

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

CENTRO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS Y SOCIALES

ANUARIO XIV

(2012)

ADEN, Ercilia; ALEM DE MUTTONI, Isabel Lucía; ASPELL, Marcela;
AVENDAÑO, María del Carmen; ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, Rosa Angélica;
AZAR, María Cecilia; AZCONA, Noelia; BEGALA, Silvana; BERGALLO, Santiago;
BIANCIOTTI, Ricardo; BONETTO, María Susana; BORGARELLO, Esther Susana;
BOTTIGLIERI, María Gloria; CIMA, Eduardo; CIUFFOLINI, María Alejandra;
DÍAZ GRAS, Luis A.; ETCHICHURY, Horacio; GONZÁLEZ CASTRO, Manuel;
FERREYRA, María Inés; FOA TORRES, Jorge; FRONTALINI REKERS, Romina;
HERNÁNDEZ, Juliana; JUÁREZ CENTENO, Carlos A.; JULIÁ, Marta Susana;
LAJE, María Inés; LLOVERAS, Nora; MANCINI, Pilar; MANTELI, Mauricio;
MINI, Emma; MONTENEGRO, María Cristina; ORLANDI, Olga;
ORTIZ, Esteban R.; ORTIZ, María Inés del C.; OTAOLA, Agustina;
PALAZZO, José Luis; PASTOR DE PEIROTTI, Irma; PEREYRA, Luis Cruz;
RICHARD, Efraín Hugo; ROBLEDO, Diego; ROBLEDO, Federico;
ROBLEDO, Federico J.; ROSSETTI, Andrés; SAAD, Carla; SALAS, Graciela R.;
SÁNCHEZ, Mariana; SCHAPIRA, Leopoldo; STEIN, Patricia D.;
STICCA, María Alejandra; TORRES, Félix A.; TRUCCONE BORGOGNO, Santiago;
URIONDO DE MARTINOLI, Amalia; VICARIO, Roberto;
VILLEGAS GUZMÁN; Sabrina; YANZI FERREIRA, Ramón Pedro;
ZAMZEM, Verónica

Copyright © 2014 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

Francisco TAMARIT

VICERRECTORA

Silvia BAREI

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DECANA

Marcela ASPELL

VICEDECANO

Guillermo BARRERA BUTELER

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES

DIRECTOR

Esteban F. LLAMOSAS

COORDINADORA ACADÉMICA POR ABOGACÍA

María Alejandra STICCA

COORDINADORA DE EXTENSIÓN POR ABOGACÍA

Isabel Lucía ALEM DE MUTTONI

*COORDINADORA DE EXTENSIÓN POR LA ESCUELA DE
CIENCIAS DE LA INFORMACIÓN*

Olga PÁEZ

*COORDINADORA DE EXTENSIÓN POR LA ESCUELA
DE TRABAJO SOCIAL*

Paulina BRUNETTI

COMITÉ EDITORIAL DEL ANUARIO XIV DEL CIJS

Esteban F. Llamosas
Juan Carlos Palmero
José Milton Peralta
Patricia Scarponetti
Alberto Zarza Mensaque
María Alejandra Sticca (Secretaria)



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 y Cs. Ss. de la U.N.C. 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 1 copia y en versión electrónica, letra Times New Roman, tamaño 12, a espacio simple. 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 utilicen, las notas de pie de página deben indicar:

- Apellido y nombre del autor con versalita;

- Título del trabajo en bastardilla sin comillas, si se trata de título de libro;
- 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 trate de obra conjunta, se indicará con letra 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 artículo

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 haga responsable de cualquier violación a las mismas.

—Breve *curriculum vitae*.

7. Corrección de pruebas

El Anuario habitualmente entrega 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 a su disposición un ejemplar del Anuario.

PRÓLOGO

INVESTIGAR EN TIEMPO DE ANIVERSARIOS

El año 2013, marcado por la conmemoración de acontecimientos relevantes para nuestra Universidad y el desarrollo institucional del país, ha resultado un tiempo de aniversarios. Estos acontecimientos, a veces de un modo directo, otras tangencialmente, han tenido impacto en el derecho. Los cuatrocientos años de nuestra casa, más allá de la disputa sobre la fecha exacta que debiera elegirse para su celebración, implican también cuatrocientos años de enseñanza jurídica. Soy consciente de que esta afirmación puede sorprender a quienes tienen bien presente que la Facultad de Jurisprudencia fue erigida en 1791, pero no es menos cierto que el derecho se enseñaba, sin sede propia, desde los tiempos fundacionales. Estaba radicado donde se hallaban la mayoría de los saberes a comienzos del siglo XVII: en la Teología. En esa Facultad se debatía sobre la obediencia, la justicia, el castigo, el origen y los límites del poder, así como sobre la licitud de la usura y las obligaciones de los contratos.

También conmemoramos este año el bicentenario de dos hechos trascendentes, ya para la vida universitaria, ya para la historia política de nuestro país. En 1813 el deán Gregorio Funes presentó al claustro su célebre Plan de Estudios, que sería aprobado dos años después convirtiéndose en el primero de la época patria; y a fines de enero se abrieron las sesiones de la Asamblea General Constituyente, con el objetivo de declarar la independencia y dictar una constitución.

Aunque carecemos de vocación iconoclasta (de hecho el CIJS ha convocado concursos de monografías sobre los cuatrocientos años de nuestra casa y los doscientos de la Asamblea de 1813), tenemos perfectamente claro que este tipo de recordatorios quedan vacíos de contenido si se limitan a la repetición laudatoria o a la apología sin crítica. La convocatoria de los concursos tiene el objetivo de visitar estos acontecimientos desde nuevas perspectivas metodológicas, para repensarlos y revivirlos a partir de un nuevo debate. Sería fácil y menos problemático reiterar que el Plan de Estudios del deán Funes inauguró las reformas de la Revolución en la Universidad, y que sus notas de modernidad comenzaron a iluminar las

sombras de la enseñanza colonial. Sería fácil, pero esa repetición no sería completa, a la luz de investigaciones más recientes que dan cuenta de las fuertes pervivencias tradicionales presentes en el programa de estudios, y de su clara finalidad de equilibrar las novedades políticas con la defensa de un orden social que provenía de los tiempos previos.

La asociación del Plan de Estudios con la Revolución de 1810 tiene sus consecuencias sobre el modo de analizarlo. Posiblemente ningún acontecimiento, como la instalación de la Junta del 25 de Mayo en Buenos Aires, se preste tanto a la apología. Es uno de esos sucesos en los que cada época puede hallar un motivo de celebración a su medida: desde el militarismo guerrero hasta el incipiente liberalismo del ideario ilustrado encuentran allí sus referencias. Y también nos aporta una serie de ideas preconcebidas que solemos asumir sin discusión: el criollismo como causa exclusiva del levantamiento (cuando las hubo múltiples, especialmente la crisis peninsular de la Monarquía y el deseo de consolidar el libre cambio comercial); la existencia de una patria previa a la Junta sublevada por sus derechos (cuando construir la identidad colectiva demoró bastante y no fue una tarea pacífica); la idea de soberanía popular, cuando el poder se pensó revertido a los pueblos en plural y no a un pueblo en singular y en sentido moderno, tal como se argumentó en el cabildo abierto del 22 de Mayo; el vínculo de Revolución y Modernidad a través del influjo de la razón iluminista, cuando las influencias fueron de signo diverso, pero especialmente pragmáticas y tradicionales, ancladas en el pactismo escolástico; la idea de una Revolución sin sangre argumentada por los juristas, a pesar de que poco después de Mayo se fusilaba a los contrarrevolucionarios de Córdoba (entre ellos Victorino Rodríguez, el primer catedrático de nuestra Facultad).

Con la Universidad ocurre algo similar. Tenemos de su vínculo con Mayo una idea preconcebida. La potencia historiográfica de la Revolución como hecho fundante de la patria determinó lecturas y modos de entenderla. Si la Revolución separó dos etapas, lo que venía después, lo que ella generó, debía ser automáticamente rupturista. En este sentido fue analizado el Plan de Estudios del deán Funes, quien además se presentaba como el hombre que Córdoba aportaba al orden nuevo. Ese esfuerzo por acoplar la Universidad a la Revolución no hizo más que distorsionar el pasado. El Plan de Funes tiene materias nuevas y una justificación encendida de signo revolucionario, pero una lectura detenida y sin prejuicios nos demuestra que son más las continuidades que los cambios, o que estos son más leves que el discurso que los introduce. La revolución política no fue una revolución en los estudios. No podía serlo, como tampoco lo

fue en el orden social de los primeros años. Las líneas de enseñanza de la regencia franciscana y el clero secular, incluso varios de los textos y autores utilizados, pervivieron: el rigorismo de la Teología Moral y Escolástica, el texto de Vinnio para el Derecho Romano, la utilización de las leyes españolas. Cambios hubo, por supuesto, y fundaron la idea de la separación de dos épocas en la vida universitaria. Pero el libro de Devoti para el Derecho Canónico, con su apego a las doctrinas papales, no implicaba modernidad; el Derecho Natural y de Gentes por los compendios de Grocio y Puffendorf redactados por Heineccio, a primera vista una irrupción del racionalismo, en realidad se presentaba templado por la prudencia y desgajado de las ideas más peligrosas para el orden social; la Legislación Patria, en la práctica, parecía más un deseo que una realidad. Y la obra del dominico Antonio Valsechi para la Teología Dogmática, que aparecía por primera vez en la Universidad, cumplía la función de dique para contener la religión. Si la Revolución había alterado el sistema político, no debía alterar la constitución social de raíz católica. Si el peligro radicaba en las doctrinas “monstruosas y pestilentes” de algunos filósofos modernos (así las nombra Funes en el Plan), el libro de Valsechi debía servir de muro para detener sus argumentos.

Se han querido ver dos Córdobas frente a Mayo. La de Liniers, Rodríguez y Orellana, monárquica y conservadora; y la de Funes, ilustrada y revolucionaria. ¿En verdad eran tan distintas? Más allá de los reacomodamientos personales que supuso el orden nuevo, realizados por motivos que no siempre contemplaban convicciones, ¿tenían diferencias de fondo o apenas se separaban por los matices? Una, la de Liniers, se opuso con las armas a una Revolución que miró con espanto; la otra, la de Funes, buscó encauzarla en el orden católico para que no se disolviera la constitución social conocida hasta entonces. Ese es el objetivo de Funes en el Plan de Estudios para la Universidad y en muchos de sus escritos posteriores a 1810, cuando se eliminan los artificios verbales de su discurso y quedan las ideas desnudas.

Algo similar, aunque no entraremos en detalles, ocurre con la visión historiográfica de la Asamblea de 1813. A fuerza de reiteraciones que invisibilizan los matices, su comprensión es dominada por la potencia de sus logros, y mucho más, por la de sus intenciones. El objetivo de declarar la independencia y dictar la constitución a veces se erige en argumento de modernidad por sí mismo, sin preguntarse qué independencia y qué constitución se pretendía. El tinte ilustrado, liberal e igualitario de sus decretos, como la libertad de vientres, la supresión del tormento y la abolición de los títulos de nobleza, que por cierto comprendemos como un golpe a la socie-

dad corporativa y jerárquica de la colonia, no debieran esconder los fuertes lastres de ese pasado que se conservaban (y que ni siquiera se ponían en discusión), muy presentes en los mecanismos de representación y en las fórmulas de juramento de las nuevas autoridades.

Consideramos que los aniversarios deben servir para proponer miradas historiográficas menos laudatorias y más complejas, convencidos de que la complejidad no desmerece la celebración y le hace más justicia al pasado porque no lo minimiza. No participamos de una noción “evolutiva” del derecho y las instituciones, y por tanto de la idea tranquilizadora de que el derecho “progresá” en línea recta, del pasado al presente, perfeccionándose. Frente a esta noción, que ubicaría a nuestro Estado, nuestras leyes y nuestra justicia en el más alto escalón civilizatorio, proponemos otra que considere las discontinuidades, los contextos, las relecturas de las tradiciones y las nuevas significaciones jurídicas en espacios locales diferentes. Observado de este modo, nuestro derecho pierde el apoyo del pasado para valerse por sí mismo. No es ni mejor ni peor que los anteriores, no es una lenta preparación que se perfecciona con el tiempo.

¿Para qué investigamos, más allá de los objetivos específicos de nuestros trabajos? Sin ánimo de dar una respuesta única a un tema que no la admite, considero que la investigación bajo el modelo sugerido y la confrontación de sus resultados contribuyen a la formación de consensos democráticos o de disensos razonados. Si evitamos justificar el derecho y las instituciones a través de datos indisponibles que anulan el debate, si evitamos el recurso a la historia o a la naturaleza como sus fuentes legitimadoras, al momento de discutir encontraremos que estamos solos con nuestros argumentos. Asumirlos como propios, deudores de nuestras posiciones y nuestros intereses, nos obliga necesariamente a la cautela. Nos obliga a contrastarlos y a aceptar otros puntos de vista, tan legítimos y válidos como los nuestros. Nos obliga, en definitiva, a un ejercicio democrático.

Este tipo de modelos, que niegan aval al pasado, la naturaleza o la religión para fundar el derecho, suelen ser acusados de relativistas. Sin embargo no nos enfrentamos a un relativismo de valores sino a un marco plural de planteos y métodos, lo que no impide de ninguna manera el compromiso científico. En todo caso, el pluralismo metodológico que rechaza el recurso a ese tipo de avales para el derecho, acepta que trabajamos con valores y que estos deben confrontarse con los ajenos. No deja de ser un acto de valentía asumirlo. Una valentía que empuja a la responsabilidad. Nuestras posiciones deben ser cautelosas porque no se apoyan en verda-

des absolutas ni permanentes, y esa cautela favorece la construcción de acuerdos¹.

Bajo estos postulados iushistoriográficos, que pueden extenderse a otras disciplinas, un Centro de Investigaciones de una Facultad de Derecho debe fomentar el pensamiento jurídico crítico y la pluralidad de miradas, ser una institución que sin temerle a la discusión académica la instrumente a favor de consensos democráticos y disensos razonables. Un Centro que favorezca la libertad de pensar y no lastre la discusión con argumentos de autoridad, en el que sus investigadores trabajen convencidos de que el debate intelectual y la multiplicidad metodológica son herramientas indispensables para hacer ciencia.

El cumplimiento de estas finalidades, indudablemente, requiere de un contexto político plural y democrático. De otro modo el esfuerzo es estéril. La deliberación democrática favorece el pluralismo teórico. En este tiempo de aniversarios, sin desmerecer la importancia de los otros, quiero resaltar entonces aquel que se constituye en presupuesto de todos los demás, porque garantiza el marco adecuado para pensar con libertad y tolerancia. El 10 de diciembre nuestra democracia cumple treinta años de ejercicio sin interrupciones, en lo que constituye el mayor ciclo institucional desde la sanción de la ley Sáenz Peña, que permitió elecciones sin fraude. Ese ejercicio ha tenido altos y bajos, luces y sombras, y también debe ser pensado críticamente, pero sin duda representa un verdadero motivo de celebración, considerando la triste historia de alteraciones constitucionales en la Argentina del siglo XX.

¿Qué elegimos celebrar, entonces, en este año de conmemoraciones múltiples? Yo elegiría la posibilidad de poder reflexionar en libertad y de mirar la historia sin mitos desde un presente democrático; la posibilidad de observar críticamente el pasado para aprender a observar críticamente el presente. Nuestro Centro de Investigaciones, creado en 1985, tiene casi la misma edad de este ciclo constitucional. Construido pacientemente con el esfuerzo colectivo de decanatos y direcciones de diverso signo, con una vitalidad que se debe al trabajo constante de numerosos investigadores que han dedicado y dedican su tiempo a pensar para los otros, hoy radica en su sede proyectos que reflejan una gran pluralidad de visiones epistemológicas, políticas y metodológicas sobre el derecho y las ciencias sociales. Este Centro de Investigaciones hoy publica su Anuario XIV, donde par-

¹ Quien se interese por la cuestión bajo esta perspectiva, puede consultar el epígrafe "Una nota sobre relativismo metodológico y relativismo moral", en HESPANHA, A. *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 55-57.

te de esa pluralidad se encuentra reflejada. Sin perspectiva histórica quizás nos parezca poco. Pero es mucho, y es un excelente motivo para celebrar el presente.

Esteban F Llamosas
DIRECTOR DEL CIJS

CRÓNICA DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Febrero 2012 – Junio 2013

El Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (CIJS), creado en 1985, tiene como objetivos: a) la promoción de la investigación en el ámbito de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba; b) la formación y perfeccionamiento de investigadores en el ámbito de la Facultad de Derecho; c) la investigación de problemas vinculados con la realidad nacional, provincial y municipal tanto en lo jurídico como en lo social que sean considerados prioritarios.

El CIJS cuenta con un plantel de investigadores permanente y tiene radicados numerosos proyectos de docentes-investigadores de la Facultad e investigadores y becarios subsidiados por otros entes.

El CIJS implementa anualmente distintos Programas que tienen como objetivo despertar el interés por la investigación científica y apoyar-acompañar la formación de futuros investigadores. Dichos Programas están dirigidos a alumnos y docentes de la Facultad; entre ellos podemos mencionar:

Programa de Tutorías de Investigación: Dirigido a alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, tiene como objetivo que el tutorando se introduzca en el proceso de investigación científica.

Becas de Pregrado: Dirigido a alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, tiene por objeto apoyar el proceso de formación en investigación de los alumnos de Abogacía.

Sistema de Ayudantía de Alumnos en Investigación: Dirigido a alumnos de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Los alumnos se pueden incorporar con categoría de Ayudantes alumnos a un proyecto de investigación en curso radicado en el CIJS con el fin de ir formándose en investigación.

Sistema de Formación en Investigación para Graduados: Dirigido a adscriptos y docentes de la Facultad, que buscan formarse en investigación, bajo la dirección de un docente-investigador o investigador formado.

En el marco de las actividades de difusión, el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales organizó la **XIII Jornada sobre Experiencias en Investigación**, la que se llevó a cabo el día 17 de octubre del 2012.

En dicha Jornada, expusieron sus proyectos de investigación Profesores, Docentes, Investigadores y Becarios de la casa.

Los Objetivos de la Jornada son:

* Constituir un espacio para el intercambio y la difusión de las experiencias en investigación desarrolladas en la Facultad (Docentes, Investigadores, Docentes-Investigadores, Becarios, Tutorandos, Doctorandos, Mastrandos).

* Incentivar, a través de sucesivas *Jornadas* anuales, al fortalecimiento de un nexo permanente entre el CIJS y quienes desarrollan labores de investigación en diversos ámbitos de la Facultad.

* Contribuir a la construcción del perfil del Docente-Investigador.

* Promover la formación de los estudiantes en investigación.

* Obtener de las *Jornadas* material de retroalimentación a los fines de adecuar de modo permanente las labores del CIJS a las necesidades de la Facultad.

* Difundir entre los docentes, investigadores y alumnos, la oferta de apoyo a la investigación existente a través de becas y subsidios.

El trabajo se organizó en tres comisiones: Comisión de Derecho Privado; Comisión de Derecho Público y Comisión de Cs. Sociales y Humanas.

Como en años anteriores y con la colaboración de la Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales, el día 17 de octubre se presentó la **“Novena Feria de información sobre de Becas y Subsidios para la investigación”**, que contó con la participación de instituciones tales como DAAD, IICANA, Alianza Francesa, Prosecretaría de Relaciones Internacionales, SECyT, Secretaría de Extensión y RRII y Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.

Por otra parte, y continuando con las actividades de formación se llevaron a cabo, entre el año 2012 y julio de 2013, diversos **Seminarios, Cursos y Conferencias**, entre los que cabe mencionar:

SEMINARIO - TALLER DE INVESTIGACIÓN, dirigido por la Dra. María Inés Laje y la Mgter. María Alejandra Sticca.

SEMINARIO: INTERPRETACIÓN E INTERDISCIPLINA EN LAS CIENCIAS HUMANAS, SOCIALES Y JURÍDICAS”, dirigido por el Profesor Encargado de la Cátedra “B” de Introducción al Derecho, Dr. Aldo Marcelo Azar, coordinado por la Dra. Graciela Ríos y la Ab. Isabel Lucía Alem de Muttoni.

CURSO SOBRE “ANÁLISIS METODOLÓGICO DE CASOS JURISPRUDENCIALES DE DERECHO CONSTITUCIONAL - AÑO 2012 - PROGRESO CIENTÍFICO, NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DERECHOS HUMANOS”, dirigido por el Dr. Andrés Rossetti.

SEMINARIO DE ÉTICA, FILOSOFÍA POLÍTICA, “LECTURAS SOBRE EL LIBRO ‘INTRODUCCIÓN A LA FILOSOFÍA POLÍTICA CONTEMPORÁNEA’ DE WILL KYMLICKA”, bajo la dirección del Dr. Hugo Seleme y la codirección del Dr. Andrés Rossetti

CURSO: “LA CONSTRUCCIÓN DE AULAS VIRTUALES PARA LA ENSEÑANZA DEL DERECHO” COORGANIZADO CON LA SECRETARÍA ACADÉMICA DE LA FACULTAD DE DERECHO.

SEMINARIO DE PROFUNDIZACIÓN “EJERCICIO DE LA CIUDADANÍA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (NNA) EN EL ÁMBITO ESCOLAR”, dirigido por la Dra. María Inés Laje y la Mgter Mariana Brizuela Ambrosius.

Como en años anteriores, se llevó a cabo con el *Departamento de Gobierno y Política de la Universidad de Maryland (U.S.A.)*, en el marco del “PROYECTO ICONS”, el Seminario sobre “Simulación Internacional de Relaciones Exteriores Vía Internet”.

Por primera vez, se organizó el Ciclo de presentación y difusión de investigaciones “*Pensando desde el Centro*”, que se llevó a cabo los terceros lunes de cada mes. En cada uno de los encuentros investigadores y becarios presentaron sus proyectos de investigación.

Se llevaron a cabo tres encuentros del Ciclo “*Con la mirada puesta en Córdoba*”, coordinado por los doctores Hernán Bouvier, Juan Iosa, José Milton Peralta y Rodrigo Sánchez Brígido.

En el marco del Programa en Ética y Teoría Política, dirigido por el Dr. Hugo Seleme, se llevaron a cabo los siguientes seminarios: * *“Seminario de Ética y Filosofía Política”*, dirigido por el Dr. Hugo Seleme y el Mgter Carlos Krauth; * *“Seminario de lectura y debate sobre sobre el tema: Republicanismo: antecedentes históricos”*, dirigido por el Dr Hugo Seleme; * *“Seminario de lectura sobre el tema: Política, sexualidad y ética”*, dirigido por la Ab. Natalia Milisenda y la Ab. Laura Judith Sánchez; y * *“Seminario de lectura sobre el tema: Dilemas morales”* dirigido por el Dr. Guillermo Lariguet.

También se desarrollaron:

Seminario de Lectura, “John Gardner: ofensas y defensas. Ensayos selectos de Filosofía del Derecho Penal”, dirigido por la Dra. Laura Manrique.

“Jornadas de presentación de Proyectos de investigación en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología”, que se llevaron a cabo el 21 y 22 de marzo de 2013, bajo la dirección del Dr. José Milton Peralta.

Seminario de “Violencia Institucional y paradigmas constitucionales”, dirigido por el Dr. Andrés Rossetti.

De la idea al papel: Taller de producción científica jurídico-social, dirigido por el Dr. Carlos Lista.

“Los modelos normativos de ‘democracia’ y ‘control’ judicial de constitucionalidad”, dirigido por el Dr. Andrés Rossetti.

Seminario “Derecho de la Vejez”, dirigido por la Dra. María Isolina Davove.

El 19 de abril de 2013 se presentó el libro, *“Imagen de la Justicia de Córdoba - Años 2009 - 2010”*, Colección Investigaciones y Ensayos N° 9, una publicación del Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Esta publicación es el resultado de un Proyecto de Investigación conjunto llevado a cabo entre el Centro Ricardo Núñez y el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales (UNC). El proyecto, dirigido por el Dr. Armando S. Andruet (h) y el Arq. Leopoldo Schapira, se enmarca en el Protocolo de Cooperación en Investigación firmado el 16 de marzo de 2009 entre el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba y la Facultad de Derecho y Cs. Ss. de la Universidad Nacional de Córdoba. La investigación se centra en la imagen de la justicia de Córdoba, tanto entre los ciudadanos como entre

magistrados, funcionarios, empleados y abogados litigantes (los habitantes de Tribunales).

El 22 de mayo de 2013 se presentó el libro, *“DERECHO DE HUELGA Y DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL: UN ANÁLISIS DESDE EL MÉTODO DE CASOS”*, publicación que se realizó con referato del C.I.J.S., bajo la coordinación de los Profesores Dr. Andrés Rossetti y Mgter. Magdalena Inés Álvarez. Una obra colectiva de 505 páginas coeditada por el CIJS y Editorial Advocatus en 2013.

Para concluir esta crónica, el Comité Editorial del Anuario desea recordar la figura del Investigador del CIJS Ricardo Bianciotti, querido colega fallecido en el mes de junio de 2013. Un artículo de su autoría es publicado en este número. Del mismo modo, el CIJS expresa su pesar por el fallecimiento de la Dra. María Cristina Montenegro, en el mes de diciembre de 2013.

SECCIÓN I
DERECHO PÚBLICO Y ANÁLISIS
DE POLÍTICAS PÚBLICAS

MUERTE DIGNA. DISTINCIONES CONCEPTUALES, ENFOQUES DOCTRINARIOS Y REGULACIÓN LEGAL: ANTESALA DE UN ESTUDIO EMPÍRICO EN CURSO[†]

*Azcona, Noelia**
*Mera Salguero, Ana Laura***
*Soria García, Emilse Romina****
*Perrone, María Cecilia*****

Resumen: La muerte digna involucra cuestiones de índole legal, biológica y moral. El presente propone un repaso por los dilemas éticos que se generan en torno a ella, por las principales doctrinas que la estudian y un sintético análisis de la legislación que regula en Argentina, las prácticas englobadas en la expresión. El enfoque teórico es la antesala de un estudio empírico en curso, que busca el posicionamiento de los estudiantes de las carreras de Abogacía y Medicina de la Universidad Nacional de Córdoba, respecto de la muerte digna. Los estudiantes de esas carreras, eventualmente se convertirán en profesionales que podrán estar en contacto con la temática, su praxis concreta y su regulación normativa.

Palabras claves: muerte digna, posicionamiento, estudiantes, carrera de medicina y abogacía.

Introducción

La “muerte digna” comprende un conjunto de prácticas que entran, por su contenido y finalidad, una gran complejidad, involucra cuestiones diversas, de índole legal, biológica y moral, entre otras.

[†] Recibido el 30/04/2013, Aprobado el 30/09/2013.

* Codirectora de equipo de investigación que cuenta con subsidio de SeCyT. Abogada especialista en Derecho Penal (Universidad de Belgrano). Profesora Ayudante A por concurso, Cátedra Derecho Constitucional y Administrativo, Facultad de Ciencias Económicas, UNC. Profesora categorizada en sistema de incentivos. Escribiente en Juzgado de Control, Niñez, Juventud y Penal Juvenil y Faltas de Río Segundo, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Lugar de trabajo de la investigación en curso: CIJS. Email: noelia.azcona@gmail.com.

** Miembro del equipo de investigación. Abogada. Auxiliar docente de Elementos de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho, UBA. Becaria doctoral de CONICET. Lugar de trabajo de la investigación en curso: CIJS. Email: ana1985lms@hotmail.com.

*** Miembro del equipo de investigación. Abogada, UNC. Estudiante de la Maestría en Sociología, CEA, UNC. Adscripta en Derecho Penal II en Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Meritorio en Juzgado de Control N° 6, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

**** Miembro del equipo de investigación. Psicóloga. Estudiante Maestría en Salud mental (UNC). Profesional del Patronato de Liberados. Lugar de trabajo de la investigación en curso: CIJS. Email: ceciperrone02@hotmail.com.

A modo de aclaración inicial, se advierte que se usarán en el texto de manera indistinta los términos “muerte digna” y “eutanasia”, aunque no siempre este uso indistinto sea compartido¹.

“La eutanasia despierta mucho interés y opiniones encontradas” (Díaz Aranda, 2003, pp. 299), y ha cobrado especial relevancia en las últimas décadas, “dado el avance de la tecnología y su aplicación en la medicina a través de los llamados medios extraordinarios, con los cuales se puede prolongar la vida de enfermos terminales” (ídem).

El interés que genera la temática ha dado lugar a debates profundos tanto en el plano de la filosofía, como de la medicina, el derecho, la sociología y la psicología.

En ese contexto, el presente artículo propone un repaso de los dilemas éticos que se generan en torno a la muerte digna, asimismo por las principales doctrinas que la estudian y, por último, un sintético análisis de la legislación que la regula en Argentina.

El enfoque teórico resulta necesario por la complejidad del tema que se aborda y por la sensibilidad de las cuestiones que involucra, y es la antesala de un estudio empírico en curso, cuya finalidad es conocer el posicionamiento de los estudiantes de las carreras de Abogacía y Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de Córdoba frente a la muerte digna.

Dicho estudio empírico consiste en la realización de encuestas a los alumnos de las carreras de grado indicadas, mediante el uso de un instrumento psicosocial específico. Los conceptos derecho-vida o derecho-muerte son estudiados por profesionales de las ciencias médicas y jurídicas. Se podría ilustrar un escenario de interacción social con diversos actores políticos, sin embargo delimitamos la especificidad de la práctica en dos grandes esferas de acción social. Identificamos como focos de poder, la práctica de la Medicina por un lado y del Derecho por el otro.

Los actores sociales muestreados serán estudiantes universitarios de estas profesiones, por la función clave que ambas cumplen en el control social de las prácticas mencionadas. Frente a situaciones que requieren de una respuesta o reacción —en un sentido o en otro— nos preguntamos cuál es la postura de los mencionados grupos de estudiantes cuyos roles

¹ De hecho, en la discusión parlamentaria de la ley argentina reciente, el senador Cabanchik hizo una distinción conceptual de ambos términos. Así, el mencionado senador declara en su blog que el “Proyecto de ley: Muerte digna” —presentado por él— no contempla la regulación de la “eutanasia”. Agregando que “el término ‘eutanasia’ etimológicamente sólo significa “buena muerte” y, en este sentido etimológico, vendría a resumir de excelente manera el ideal de la muerte digna. Sin embargo, esta palabra se ha ido cargando de numerosos significados y cargas emocionales, que la han vuelto imprecisa y necesitada de una nueva definición”. Ver en sitio web: <http://blog.cabanchik.org/2011/08/17/proyecto-de-ley-muerte-digna-080411/> (consultado por última vez el día 10/07/2013).

profesionales serán fundamentales en el futuro próximo, y su reflejo en la legislación argentina, sea que aumente su permisividad o no, en situaciones en las que se ponen en funcionamiento conceptos tales como eutanasia, derecho a morir, suicidio asistido o —incluso— homicidio.

Se realizarán entrevistas semi-estructuradas, bajo un análisis cuantitativo, se utilizarán veintinueve variables categóricas numéricas, que se corresponden con las situaciones de los debates y argumentos analizados. Asignando los valores: 1) desacuerdo, 2) desacuerdo relativo, 3) acuerdo relativo, 4) fuerte acuerdo. Además se analizarán otras variables tales como la edad, sexo y religión. La información recabada a partir de dichas entrevistas estandarizadas será incluida en una base de datos que se procesará mediante el sistema de análisis cuantitativo SPSS (Statistical Package for the Social Sciences).

I. Reflexiones éticas

La “muerte digna” es un fenómeno complejo, que involucra cuestiones biológicas, jurídicas, económicas, filosóficas, etc. Un estudio completo de este fenómeno exige, inevitablemente, la realización de algunas consideraciones pertenecientes al ámbito de la filosofía moral.

La filosofía moral posee tres grandes niveles: la metaética, la ética normativa y la ética aplicada.

La metaética estudia la naturaleza de los juicios morales y otras cuestiones vinculadas al razonamiento moral en sí mismo; por su parte, la ética normativa se ocupa, específicamente, de las nociones de lo “bueno” y lo “correcto” (Farrell, 2006, pág. 2). Finalmente, la ética aplicada, “concreta en algún área determinada las nociones estudiadas por la ética normativa” (ídem).

Las decisiones que deben tomar los operadores sanitarios y jurídicos con relación a los casos de muerte digna o eutanasia corresponden al ámbito de la ética aplicada, y se asientan en las categorías que construye la ética normativa.

Los casos de eutanasia son ejemplos de “dilemas morales”, es decir, de situaciones en las que quien debe tomar una decisión —un médico, por ejemplo— tiene dos cursos de acción posibles, incompatibles entre sí, con el agregado de que ambas opciones atañen a bienes morales considerados valiosos por el sujeto (Ortiz Millán, 2011, pág. 163).

En todo dilema moral existen obligaciones morales contradictorias entre sí (ídem, pág. 164); en el caso de la eutanasia el conflicto se produce entre: la obligación moral de no matar y la obligación moral de impedir (o, al menos, no incrementar) el sufrimiento de otro ser humano.

Ahora bien, cabe destacar que la existencia de dilemas morales no fue aceptada por la filosofía moral clásica. En tal sentido, pensadores de la talla de Kant han negado radicalmente la posibilidad de que existan dos obligaciones morales válidas en contradicción (Ortiz Millán, 2011, pág. 164). De todos modos, la filosofía moral actual sí admite la existencia de dilemas morales. En este sentido, Gustavo Ortiz Millán, al comentar las tesis sostenidas por Guillermo Lariguet, afirma que existen tres tipos de dilemas: a) de inconmensurabilidad; b) de empate; y c) de sacrificio (ídem, págs. 165 a 170).

Precisamente, los dilemas morales de mayor interés y, además, los que están directamente vinculados con la cuestión de la eutanasia, son los dilemas de sacrificio. En estos casos, según explica Ortiz Millán, el mal es inevitable, es decir, cualquier curso de acción por el que opte generará una consecuencia negativa (ídem, pág. 169). Esta elección, en términos de Lariguet, es denominada “elección trágica” (ídem).

Las decisiones en materia de eutanasia involucran, precisamente, una elección trágica, utilizando la expresión acuñada por Lariguet, pues cualquier curso de acción por el que se opte involucra un mal inevitable: o bien la muerte del paciente, o bien la prolongación del malestar psíquico y físico de ese paciente.

Ahora bien, las corrientes de pensamiento desarrolladas en el ámbito de la ética normativa proponen algunas respuestas en torno a este tipo de dilema moral. Los dos paradigmas más importantes son: el consecuencialismo —también conocido como teleologismo— y el deontologismo.

“El consecuencialismo es una teoría moral en la cual lo bueno se define de manera independiente de lo correcto, y lo correcto consiste, sencillamente, en maximizar lo bueno. En cambio, el deontologismo es una teoría moral en la cual lo correcto —definido de manera independiente de lo bueno— tiene a la vez prioridad sobre lo bueno” (Farrell, 2000, pág. 153).

Los consecuencialistas consideran que lo correcto es aquello que maximiza lo bueno, dicho de modo sumamente simplificado. El problema, entonces, estriba, en determinar qué es lo “bueno”. En este sentido, son numerosas las teorías, dentro del consecuencialismo, que han intentado definir lo bueno; probablemente, la más difundida es el utilitarismo.

Entonces, un elemento clave de las teorías consecuencialistas es la ausencia de actos correctos o incorrectos en sí mismos, pues desde esta perspectiva teleológica “la rectitud o maldad de nuestros actos viene determinada por una valoración comparada de sus consecuencias” (Davis,

1995, pág. 294). Por el contrario, el deontologismo considera que sí existen “ciertos tipos de actos que son malos en sí mismos, y por lo tanto, medios moralmente inaceptables para la búsqueda de cualquier fin, incluso fines moralmente admirables, o moralmente obligatorios” (ídem, pág. 295). Entonces, para un deontologista, “la bondad de las consecuencias últimas no garantiza la corrección de las acciones que las produjeron” pues “para el deontólogo los dos ámbitos no sólo son distintos sino que lo correcto es anterior al bien” (Ídem, pág. 293).

La definición de lo bueno y lo correcto que proponen las teorías consecuencialistas y deontológicas incide, de manera directa, en la resolución de dilemas morales como el que plantea la eutanasia. La postura ética de cada individuo determinará su postura concreta ante un caso de eutanasia.

De manera puntual, y a título de ejemplo, sería acertado afirmar que desde una posición consecuencialista, la eutanasia solidaria resultaría admisible. Sacrificar la vida de un paciente en estado terminal para salvar (por ejemplo, mediante la donación de órganos) la vida de dos o más individuos, con posibilidades de sobrevivida, es una decisión correcta según la máxima que propone el bien del mayor número de personas (aquí lo bueno es el bien de la mayoría).

Por el contrario, esa afirmación resultaría inadmisibles desde una posición deontologista, pues acelerar la muerte de un enfermo terminal para salvar la vida de otras personas implicaría una violación al deber negativo de no matar. Para un deontólogo, “el procedimiento por el cual se arriba al resultado, tiene prioridad sobre el resultado mismo” (Farrell, 2000, pág. 27). El deontologista “no cuestiona que la felicidad sea buena, pero cree que no cualquier medio de maximizar la felicidad es correcto; por ello, puede considerar incorrecto que se mate a un individuo, aunque sea para prevenir la ocurrencia de cinco muertes” (ídem, pág. 27).

No obstante, es preciso destacar que la mayoría de las personas ante un dilema ético elige un curso de acción sin tener en claro a qué corriente de pensamiento ético está adhiriendo.

Ahora bien, más allá de que sean —o no— explicitadas, las consideraciones éticas en torno al dilema moral que genera la eutanasia siempre están presentes en el estudio del tema. En tal sentido, el concepto que se brinde de eutanasia, especialmente, la mayor o menor amplitud de prácticas que se engloben en él, depende en gran medida de la posición moral que se tenga con respecto al tema.

Resta señalar que, estas escuetas consideraciones en materia de filosofía moral no pretenden agotar el debate, sino, tan sólo, plantearlo.

II. Posiciones encontradas, argumentos opuestos

La muerte digna es, ante todo, una práctica controvertida. Algunas de las causas de tal controversia son el desacuerdo existente en torno a qué se entiende por ella; la complejidad que entrañan las prácticas subsumidas (se exige el análisis de factores tanto biológicos —relativos al estado físico y psíquico del enfermo—, como económicos —relativos a los costos que entraña la prolongación de la vida a través de ciertos mecanismos—, legales —vinculados a la autonomía de la voluntad, el rol del Estado en la protección de la vida de sus ciudadanos, el derecho a morir, etc.—, morales —vinculados a la corrección, desde el punto de vista ético, de mantener con vida a una persona o no hacerlo—); y por último la sensibilidad que está en juego en el debate de este tipo de prácticas, pues se relaciona, estrechamente, con las creencias religiosas de los individuos.

Ahora bien, más allá de las causas de la controversia, la realidad es que la eutanasia cuenta con defensores y detractores. Los principales argumentos de quienes defienden las prácticas eutanásicas son:

La **autonomía de la persona** es, probablemente, el principal argumento que esgrimen los defensores de la eutanasia. Se afirma que la persona es autónoma y, por ende, puede determinar si quiere, o no, continuar viviendo. “Así como toda persona posee el derecho a planear, en la medida de lo posible, su proyecto personal de vida, posee igualmente el derecho a determinar, en la medida de lo posible, el curso de acción a seguir en su propia muerte” (Cohen Agrest, 2006, p. 133). No obstante, los detractores sostienen que tal autonomía puede estar influenciada en una faz externa y en una faz interna. En la faz externa, el enfermo puede sufrir las incidencias del contexto social y familiar, que ejerce presión sobre él, predisponiéndolo a elegir la muerte (la persona en estado terminal elige morir, por ejemplo, porque no quiere ser una carga para su familia). Entre tanto, en la faz interna, el paciente puede tener rasgos psicológicos preexistentes —o concomitantes a su enfermedad— que favorezcan a la toma de la decisión de morir.

Otro de los argumentos a favor de la eutanasia es el que propone una **distinción entre calidad y cantidad de vida**. Básicamente, se pone en tela de juicio la idea paternalista que sostiene que continuar con vida es siempre “la decisión” y que no puede optarse por la muerte. La asunción de una actitud “pro vida”, sin importar en qué condiciones se viva, bajo cualquier forma de existencia (natural o artificial, consciente o inconsciente), es, precisamente, lo que los defensores del “buen morir” rechazan. Los partidarios de la eutanasia sostienen que “lo que debe promoverse no es la mera cantidad de vida —días de agonía y sufrimiento—, sino la posibilidad

de disfrutar una vida mínimamente digna” (Luna y Salles, 1995, p. 117). El problema, en este caso, es definir qué se entiende por vida digna.

La **compasión** es otro de los argumentos esgrimidos a favor de la muerte digna. Este fundamento remite, principalmente, a los padecimientos extremos que atraviesan muchos enfermos terminales. En tal sentido, se afirma que la eutanasia es un camino para liberar a la persona de sufrimiento. Por su parte, los detractores de la eutanasia indican que la medicina actual puede paliar casi todos los dolores del ser humano. De todos modos, algunos dolores no pueden ser controlados, y “a menudo, cuando no se puede controlar el dolor, se sugiere una sedación completa. Pero esta sedación provoca en el moribundo una completa anulación de la sensibilidad, de la percepción, de la comunicación con los otros, y lo sume en un estado muy parecido a la muerte” (Cohen Agrest, 2006, p. 136).

Entre tanto, el argumento de la **justicia distributiva**, hace foco en la escasez de los recursos y en la necesidad de asignarlos promoviendo el mayor beneficio posible². La idea central es que “aunque todo ser humano tenga derecho a ser atendido, este derecho es débil en los que no podrán ser salvados. Pero así, se asegurarán los recursos para aquellos que tienen chances de recuperarse” (ídem, p. 138). No obstante, resulta evidente que este razonamiento, llevado a la práctica, entraña un enorme riesgo de abuso.

Finalmente, entre los principales argumentos de quienes defienden las prácticas eutanásicas, se encuentra aquel que repara en las **diferencias socio-económicas entre las personas**. Según este fundamento, existen dos tipos de eutanasia: una para ricos y otra para pobres. Las clases sociales más bajas, por no disponer del dinero que implica solventar los gastos que conllevan algunas enfermedades como el cáncer o la vida artificial, simplemente se dejan morir aunque medie un fuerte deseo de seguir viviendo. En cambio en los grupos sociales más favorecidos económicamente tienen opción de invertir todo su capital en salvar o prolongar la vida de quien va a fallecer (Artiachi de León, 1998, p. 64).

Ahora bien, los detractores de la eutanasia, esgrimen también numerosos argumentos a favor de su posición: uno de los usuales es el relativo a su **inmoralidad**. En muchos casos, quienes se oponen a las prácticas eutanásicas tienen la convicción que la vida humana es sagrada en sí misma. Tal es el caso de numerosas religiones, en las que no se admite la muerte bajo ningún punto de vista, pues el fin de la vida es fruto de la voluntad divina.

² Esta idea pone de manifiesto, desde el punto de vista ético, un argumento claramente consecuencialista.

Otra razón esgrimida por quienes están en contra de la eutanasia es la relativa a la **inclinación natural a la vida**. Se trata del argumento “tal vez más difundido, tanto en el ámbito religioso como en el laico”, según el cual “todos y cada uno de los seres humanos poseen una inclinación natural a seguir viviendo”. Desde esta perspectiva, “nuestros instintos nos impulsan a huir del peligro o del daño, y a diario ejercemos la prudencia y el cuidado necesarios para protegernos. Nuestros cuerpos, aún a nivel molecular, están estructurados para sobrevivir”. Entonces, se afirma que la eutanasia resulta contraria a la naturaleza humana pues “menoscaba el objetivo primario de supervivencia” (Cohen Agrest, 2006, p. 127). No obstante, quienes defienden la eutanasia indican que hablar de una inclinación natural a la vida es confuso y contradictorio, pues “si por natural se entiende no intervención humana, casi ninguna intervención médica es natural. Si por natural se alude a la no corrección de desviaciones o problemas de la naturaleza, el uso de anteojos no es natural” (Luna y Salles, 1995, p. 115).

La “**regla de oro kantiana, compórtate hacia los demás, cómo quisieras que los demás se comportaran hacia ti**”, es otro de los argumentos en contra de la eutanasia. Según Kant “sólo debemos actuar según las reglas que estemos dispuestos a aplicar universalmente” (Cohen Agrest, 2006, p. 127). Con relación a la eutanasia se afirma que “el sujeto que colabora en el acto debe preguntarse si puede desear la misma conducta para con él” (ídem, p. 128).

Los detractores de la eutanasia también esgrimen a favor de su posición la **prohibición de matar**. “Sin embargo, a esta tesis se le suele objetar que, históricamente, matar ha sido tanto social como legalmente permitido en actos de autodefensa, en la guerra y en la pena capital. Por lo tanto, debería ser social y legalmente aceptable cuando es el resultado de una elección personal de la persona que va a morir” (ídem, p. 128).

Además, quienes se oponen a las prácticas eutanásicas, también suelen invocar el argumento de la **esperanza de vida**. Así “es imposible establecer con certeza si el estado clínico de un paciente puede no dar lugar a esperanza alguna” (ídem, p. 129). Lo que en un momento histórico es una enfermedad incurable, en otro período de tiempo ya deja de serlo.

También, como argumento en contra de la muerte digna, se alude al **error de diagnóstico**. “Si bien la medicina contemporánea se encuentra muy desarrollada, aún no ha llegado a constituirse un conocimiento perfecto y completo”, por lo que “cabe la posibilidad, como suele suceder con muchos actos médicos, de que el diagnóstico esté equivocado y se dé el caso de que creamos que estamos muriendo de determinada en-

fermedad cuando, de hecho, puede tratarse sólo de un pronóstico errado” (Cohen Agrest, 2006, p. 130). Ante tal afirmación, los defensores de la eutanasia plantean como opción la creación de un cuerpo colegiado de especialistas, psicólogos, trabajadores sociales, abogados, etc., que trabajen en forma interdisciplinaria para evaluar, después de un estudio minucioso, la conveniencia o no de la aplicación de la eutanasia terapéutica, independientemente del diagnóstico primario del médico tratante, evitando así posibles errores de diagnóstico e impidiendo que la misma sea solicitada, por ejemplo, por razones testamentarias (Artiachi de León, 1998, pp. 74-75).

Los opositores plantean asimismo la posibilidad de que **aparezcan nuevos tratamientos médicos**. A esta idea, los que están a favor de la práctica de la eutanasia, responden que “el progreso en la cura de enfermedades proviene de la investigación lenta y concienzuda, no del descubrimiento repentino e inesperado de remedios mágicos” (Cohen Agrest, 2006, p. 131).

Las **obligaciones profesionales de los médicos** son también una cuestión que suelen alegar los detractores de las prácticas eutanásicas. Según este argumento, es la obligación de los profesionales de la salud el salvar la vida de sus pacientes. Los médicos están “comprometidos a salvar vidas, no a ponerles fin” (ídem, p. 131). Admitir la eutanasia resulta contrario al juramento hipocrático, e implicaría contradecir un compromiso de carácter milenario. Sin embargo, los defensores de la eutanasia atacan este argumento señalando que el antiguo juramento hipocrático prohíbe a los médicos, por ejemplo, cobrar por enseñar su disciplina. Entonces, si esto último, hoy es ampliamente permitido, “¿por qué no permitir ayudar a morir cuando el paciente lo pide?” (ídem, p. 132).

Se advierte una concepción de la enfermedad por parte de la medicina como a una entidad en sí misma, lo que puede causar la despersonalización de los tratamientos médicos. Ello atenta contra la enfermedad misma, ya que ella es un estado del organismo que no podemos separar del individuo que la porta. Así existe el riesgo de caer en un desfasaje en la atención médica, cuando ella se basa en métodos estandarizados, protocolizados, y —a veces— aplicados de forma mecánica. Toda sanación principia de adentro hacia afuera (del centro a la periferia), lo cual demanda una conexión entre médico y paciente más completa e integral. Al respecto son claras las palabras de Iona Heath en su libro *Ayudar a Morir*: “el éxito espectacular de la medicina científica hizo que los médicos abandonaran ese papel tradicional de compañeros de la muerte. Poco a poco, el desafío tecnológico de prolongar la vida fue adquiriendo prioridad sobre la calidad de vida” (Heath, 2009, p.21).

El argumento de quienes se oponen a la muerte digna llamado **pendiente resbaladiza** alude al riesgo que entraña la admisión de una práctica como la eutanasia, que puede derivar en que terceros decidan poner fin a la vida de una persona que no lo quiere o no ha manifestado su voluntad en tal sentido. “El riesgo mayor reside en que esta práctica puede llevar a que se actúe en nombre de pacientes que no han manifestado sus deseos. Y con el tiempo, permitir que los médicos maten puede conducir a matar pacientes en contra de sus deseos. Sólo hay un paso, reza el argumento, desde la eutanasia voluntaria o el suicidio asistido a la eutanasia dirigida, administrada a un paciente que no ha dado su consentimiento” (Cohen Agrest, 2006, pp. 132). No obstante, contra esta argumentación, los defensores de la eutanasia afirman que “antes de anular los derechos individuales —entre los que se cuentan la posibilidad de decidir personalmente sobre todo aquello que concierne a nuestro cuerpo y a nuestra propia vida—, se debe probar empíricamente esa predicción” (ídem, p. 132).

Por último, citamos a Ronald Dworkin, filósofo norteamericano que sintetiza los debates dando su impronta. Plantea que la eutanasia está afectada por dos equívocos:

1) La confusión acerca del tipo de intereses que la gente tiene respecto de cuándo y cómo morir. Afirma que la cuestión de si satisface los mejores intereses de alguien la eutanasia, depende de la forma y carácter de su vida y de su propio sentido de la integridad e intereses críticos, por lo tanto no se puede esperar que una decisión colectiva y uniforme sirva a todos (Dworkin, 1994, p. 283). El estado debería alentar a los individuos para que adopten decisiones con respecto a su futuro por sí mismos, o que la decisión la tomen los familiares o personas directas que sabrán satisfacer mejor los intereses de la persona (ídem, p. 278-279).

2) La vida humana es intrínsecamente importante en tres sentidos: a) instrumentalmente (el valor de la vida depende de su utilidad, se mide en términos de cuánto sirve la vida de la persona eutanásica a los intereses de los demás), b) subjetivamente (el valor se concentra en la persona, si es bueno para ella estar viva y lo desea), c) intrínsecamente (es independiente de lo que las personas quieran) (ídem, p. 97-99). Si sólo estuviese en juego el valor personal, subjetivo, no habría debates, pero tenemos objeciones morales porque todos compartimos la idea del valor intrínseco de la vida humana. Dworkin considera que los debates son a causa de ese valor intrínseco y cósmico de la vida. Esas batallas tienen al menos una naturaleza cuasi religiosa (ídem, p. 25).

III. Salud, derecho a la salud y muerte digna

Para un estudio integral, nos propusimos deslindar y definir conceptos. Así pues en relación a la salud la Organización Mundial de la Salud (OMS), sostiene que “la salud es un estado complejo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (Preámbulo de la Constitución de la OMS, 1946³). Esta definición no ha sido modificada desde el año 1948.

Entre tanto, los autores mexicanos Jorge Alsina Valdés y Capote, Salvador Vega y León, Fernando de León González y José Luis Cepeda Dovala, consideran que hablar de salud exige un profundo entendimiento del ser humano y la sociedad en que se construye, así como también “del conocimiento, de las relaciones de micro y macro poder y del efecto en el cuerpo físico y en el entorno material, social y simbólico, y de las relaciones entre todo eso” (Alsina Valdés y otros, 2011). Los especialistas citados también afirman que hablar de salud, en la actualidad, requiere considerar “los resultados, posibilidades y limitaciones del ejercicio de la salud individual y colectiva, manifestados en las condiciones del cuerpo biológico y en las condiciones del ambiente —particularmente en el deterioro e insostenibilidad del ambiente social y biológico que requiere el ser humano para su existencia—” (ídem).

Las conceptualizaciones reseñadas demuestran que existe la posibilidad de definir qué se entiende por salud con un criterio amplio —inclusivo, por ejemplo, de cuestiones socio-ambientales—, o bien, con uno más restrictivo —limitando el concepto a factores biológicos (físicos y psíquicos)—.

La medicina se ha apropiado de la muerte, la ha definido, la ha ordenado, clasificado y, de algún modo, le ha otorgado otro estatuto en el imaginario social. La mayoría de las sociedades de cultura occidental han optado por ocultar la muerte entre las cuatro paredes de una institución, pretendiendo con esta negación que la misma sea cuestión sólo de especialistas, y que reflexionar sobre estos temas no brindaría ningún beneficio.

Desde hace cuarenta años el soporte vital (producto de la explosión del desarrollo biotecnológico) se constituyó en el eje de una nueva modalidad asistencial llamada terapia o cuidado intensivo, su existencia comprende todo medio farmacológico, mecánico o electrónico que pueda

³ La Constitución de la Organización Mundial de la Salud fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, y firmada el 22 de julio del mismo año por los representantes de 61 Estados (*Official Records of the World Health Organization*, N° 2, p. 100). Entró en vigor el 7 de abril de 1948.

sustituir las funciones vitales y prolongar, en principio, indefinidamente la llegada de la muerte. Esta revolución tecnológica no es éticamente neutra. La aplicación indiscriminada de técnicas de soporte vital (muchas veces sobre indicadas) ha hecho que muchos enfermos sobrevivan en condiciones de extrema indignidad. El morir, en vez de un acto, se convirtió en un proceso, a costa de nuevos e incomprensibles sufrimientos para el ser humano que supuestamente queremos ayudar⁴.

Entre tanto, en el plano jurídico, puntualmente en el ámbito constitucional, existe el reconocimiento de un derecho a la salud. El mismo tiene un doble carácter: “por un lado, su reconocimiento como derecho subjetivo, ligado a la dignidad e integridad de la persona humana y, por el otro, como mandato objetivo dirigido al accionar público en su rol de intermediario necesario en la concreción de los mandatos constitucionales” (Cayuso, 2004).

El derecho a la salud, hasta la reforma constitucional de 1994, no estaba reconocido explícitamente en el texto de la Carta Magna. “Sin embargo, por su adscripción al derecho a la vida y a la integridad física, había sido receptado a través de la jurisprudencia con expresa invocación, además, del artículo 33 del plexo jurídico de base” (ídem). No obstante, a partir de la modificación del texto constitucional de 1994, que incluyó normas relativas a la protección del ambiente y de los consumidores y usuarios, con expresa alusión a la salud, y determinó la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos (artículo 75, inciso 22 CN) al plexo constitucional, el derecho a la salud pasó a integrar la normativa constitucional en forma expresa.

Ahora bien, tomando como base la breve reseña realizada, es posible afirmar la existencia de una estrecha relación entre salud, derecho a la salud y muerte digna.

Los conceptos enunciados aluden, con mayor o menor amplitud, a la dignidad, integridad y bienestar del ser humano. En consecuencia, las prácticas comprendidas en la noción de muerte digna o eutanasia, destinadas a impedir la prolongación de la vida bajo determinadas circunstancias, plantean, como mínimo, la necesidad de analizar qué se entiende por salud del individuo, qué involucra la idea de dignidad del paciente y qué integridad se garantiza al mantener con vida a un enfermo terminal. En definitiva, debatir sobre muerte digna implica, al menos como punto de partida, una seria discusión sobre el concepto de salud y del derecho a la salud.

⁴ “Muerte digna. Guía para la adecuación del esfuerzo terapéutico”. Comité hospitalario de bioética. Hospital municipal de urgencias. El emporio ediciones. Año 2012. Córdoba.

IV. Precisiones conceptuales

A lo largo de la historia

En la antigüedad la vida humana lo era en la medida en que resultaba apta para cumplir con las funciones que la comunidad le había asignado a la persona. Por ende, ante la pérdida de la capacidad de llevar a cabo tal misión social, la vida perdía sentido. “Existía, pues, una prevalencia de la calidad de vida sobre el hecho de la existencia misma, de modo que el hecho de desprenderse de aquellos que no sólo no eran útiles para la sociedad, sino que además suponían una carga, era totalmente legitimado por la autoridad política y por la sociedad” (Marcos del Cano, 1999, p. 26).

En Grecia —y también en Roma aunque con variaciones—, dar muerte a inválidos, bebés con deformaciones, ancianos e incurables era admitido, justamente, porque se trataba de individuos no aptos para cumplir con la función social correspondiente, y en consecuencia inútiles. Entre los celtas se realizaba la muerte digna dando muerte a los ancianos, y lo mismo sucedía en algunas tribus indígenas primitivas. Por su parte, en la India se terminaba con la vida de los incurables en el Río Ganges ya que, según creencias religiosas, sólo de esta manera los enfermos podían incorporarse a la esencia divina y obtener la eterna felicidad.

La eutanasia se modificó sustancialmente con el advenimiento del cristianismo. Éste aportó, principalmente en Occidente, una nueva visión de la vida humana, la que pasó a sacralizarse, por ser considerada un “don de Dios”. Esa nueva perspectiva “produjo un radical cambio en el común sentir y en la actitud de la humanidad en relación con la posibilidad de practicar la eutanasia” (ídem, p. 27).

El cambio de visión en torno al valor de la vida permanece aún hoy vigente y es uno de los argumentos centrales que los detractores de esta práctica suelen invocar a la hora de criticar su utilización. En este sentido el doctrinario Vladimir Jakélévitch estima que “hoy todo lo que hace a la vida humana tiene tendencia a ser sacralizado... los partidarios de la eutanasia son progresistas, y los adversarios son reaccionarios, pero en realidad unos y otros están un poco fascinados por una idea del precio infinito de la vida humana. Los inquisidores no tenían tal sentido de la vida humana” (2004, pp. 75-76). Asume el autor que tanto el tabú progresista como el humanitario ven siempre el costo de la vida humana.

No obstante, es preciso señalar que “desde tiempos antiquísimos las civilizaciones conocieron y legitimaron el fenómeno eutanásico, junto con el eugenésico”, lo que responde a “una distinta concepción del valor

de la vida humana, que aleja dichas situaciones del planteamiento que actualmente se hace de la eutanasia” (Marcos del Cano, 1999, p. 25).

Bajo estas perspectivas brevemente esbozadas, se han desarrollado distintos conceptos según los elementos contextuales que conformen el fenómeno.

Definiciones y clasificaciones

No existe un concepto unívoco de muerte digna o eutanasia. De hecho, son múltiples y variadas las definiciones que se encuentran.

El diccionario de la Real Academia Española indica que “eutanasia” es una palabra que proviene del griego “εὖ” que significa bien, y “θάνατος” que significa muerte, y brinda dos definiciones: (i) acción u omisión que, para evitar sufrimientos a los pacientes desahuciados, acelera su muerte con su consentimiento o sin él; (ii) muerte sin sufrimiento físico. La segunda acepción del vocablo eutanasia es incluida, por el propio diccionario, como un término específico de las ciencias médicas.

Aquilino Polaino define a la eutanasia como “una muerte dulce y tranquila que se procura dar a los enfermos incurables y a los moribundos antes de que su vida se extinga en una agonía amasada con sufrimientos y sin esperanzas” (Artiach de León, 1998, pp. 12-14). Dicho autor también enseña que “el primero en acuñar el vocablo eutanasia fue el doctor inglés y canciller del reino, Francisco Bacón de Verulamio, en su célebre obra escrita en el siglo XVII (año 1623) titulada ‘Historia de la vida y de la muerte’, quien, influenciado por la corriente de la filosofía experimental, sostuvo la tesis de que en las enfermedades consideradas como incurables, es imperiosa y humana la necesidad de abolir el sufrimiento por el camino más accesible de privar la vida a un ser humano, buscando una agonía buena y dulce que es aquella que se desliza sin dolores” (ídem, p. 23).

Actualmente, los términos muerte digna y eutanasia son utilizados, normalmente, de manera indistinta. Ahora bien, la expresión eutanasia es comprensiva de diversas prácticas, pues suelen incluirse bajo esta denominación diferentes formas de dar muerte a una persona en estado terminal, que, a su vez, responden a fines variados⁵.

⁵ Un criterio de clasificación que mira los motivos que pueden impulsar a que una persona decida la muerte de otra, es el propuesto por Ana María Marcos del Cano (1999, pp. 49- 53), quien indica que según sus fines la eutanasia puede ser: 1) Eugénica: se da muerte a personas con algún tipo de deformación o tara con el fin de mejorar la raza. 2) Criminal: “muerte sin dolor ocasionada a los individuos socialmente peligrosos” (1999, pp. 49-51). Este caso es una forma de ejecución de la pena de muerte. 3) Económica: respecto de enfermos incurables, locos, inválidos, ancianos, etc., “con el fin de aligerar a la sociedad de personas inútiles que suponen un elevado coste económico, sanitario y asistencial” (Marcos del Cano, 1999,

Carlos Gherardi (2006, p. 213) señala que “no resulta temerario afirmar que la bioética, como espacio multidisciplinario y transversal que debe examinar los innumerables conflictos morales que se plantean en las ciencias de la vida, ha permitido, inexplicable y hasta imprudentemente, que todavía hoy pueda catalogarse como eutanasia a situaciones muy distintas y antagónicas”.

La eutanasia, según cómo haya operado la muerte de la persona podrá ser:

- **Voluntaria.** Quien toma la decisión de morir es una persona plenamente consciente y capaz; es el enfermo eutanásico quien decide morir. En la actualidad, en gran parte de los países del mundo, la posibilidad de tomar esta determinación es considerada como un derecho del paciente.
- **No voluntaria.** Incluye dos supuestos: a) la persona eutanásica carece de consciencia y es un tercero quien toma la decisión de que muera (la familia, los médicos, la justicia, etc.); y b) la persona eutanásica está consciente, no desea morir, pero se decide su muerte en contra de su voluntad. Este caso es conocido, también, como *eutanasia coactiva*.

Entre tanto, según el modo o la forma en que se concrete la eutanasia —acción u omisión— esta podrá ser:

- **Pasiva.** En este supuesto, no se realiza ningún tipo de intervención en la persona, de modo tal que ésta sigue con vida sólo durante el tiempo en que su organismo pueda resistir. Este tipo de eutanasia, “implica no iniciar o no interrumpir el tratamiento o cualquier otro medio que contribuya a la prolongación de la vida, de quien presenta un deterioro irreversible o una enfermedad incurable, y se halla en una fase terminal, acelerando el desenlace mortal” (Díaz Aranda, 2003, pp. 302-303).
- **Activa.** En este caso, hay una intervención concreta en la persona para causar la muerte. Este tipo de eutanasia ha sido el que ha generado mayores controversias y críticas, y ha contri-

pp. 49-51). 4) Solidaria: se mata en forma indolora a una persona desahuciada, con el fin terapéutico de poder utilizar alguno de sus tejidos u órganos para salvar a otros sujetos. 5) Experimental: “procurar la muerte sin dolor de determinados sujetos con fines de experimentación para contribuir al progreso científico” (Marcos del Cano, 1999, pp. 49-51). 6) Piadosa: se provoca la muerte de una persona a raíz de un sentimiento de compasión hacia ella, derivado de los graves sufrimientos que ese individuo está soportando, sin esperanzas fundadas de supervivencia.

buido a dotar de cierta carga negativa al concepto. Es preciso destacar que algunos autores realizan una subdistinción: a) eutanasia activa directa, si se provoca la muerte del paciente en el momento en que éste lo solicita; y b) eutanasia activa indirecta o lenitiva, si se le administran al paciente “calmantes para el dolor, aunque ello traerá como consecuencia secundaria la anticipación del momento de la muerte” (Díaz Aranda, 2003, pp. 302-303).

El derecho a morir

La pretensión de estudio de la muerte digna exige una reflexión acerca de la existencia del llamado derecho a morir. Cabe preguntarse, entonces, en primer lugar, si existe tal derecho.

En este orden, Elena Highton (1992, pp. 175) afirma que en la actualidad sí es posible hablar de un derecho a morir, pues “el tiempo y el modo de nuestra muerte han llegado a ser materia u objeto de elección y decisión consciente”.

La autora citada sostiene, en concreto, que “el cuándo morir, en supuestos extremos y terminales, constituye una decisión personalísima del paciente, que debe tomarse dentro de la esfera de intimidad de la familia, no pudiendo interferir los terceros (médicos y Estado), bajo el manto del paternalismo y de pretender saber más y mejor lo que es bueno para el paciente. El límite entre el daño y la liberación, si es mayor daño morir que subsistir, excede de la decisión profesional” (Highton, 1992, p. 180).

En este orden, resultan de interés las conclusiones alcanzadas por un equipo de investigación español, cuyos estudios determinaron que “en los últimos años se ha ido perfilando el concepto de muerte digna, y aunque hay un acuerdo tácito sobre el derecho a morir con dignidad, los puntos de vista de los pacientes terminales, los familiares, los ciudadanos, los médicos y los enfermos no son siempre coincidentes. Mientras los avances técnicos y científicos permiten prolongar la vida, aparecen casos, particularmente complejos, que abonan el debate entre encarnizamiento terapéutico y cuidados paliativos que alivien o eviten el sufrimiento, aunque tengan como consecuencia una aceleración del final de la vida” (Nebot, Ortega, Mira y Ortiz, 2009, pp. 437-8).

Por tanto, reconocido el derecho a morir, la problematización se enfoca ahora en la práctica misma, como se realiza, o como se debe realizar la eutanasia entendida como un derecho. Se impone entonces analizar la voluntad, en términos de la decisión de proceder a la eutanasia, por un

lado, y por el otro la acción u omisión, quién y cómo interviene en el curso de la vida. Sin perder la vista en que la vida aquí analizada, existe en un estado de no-salud, en un estado terminal⁶.

Ahora bien, para delimitar el estudio del fenómeno de muerte digna, se ha tomado como base la distinción realizada por James Rogers, (1996, pp. 63-84) explicada en dos dimensiones de comportamiento, dos formas del constructo derecho a morir: el *locus* de decisión y el *locus* de acción.

- a) *El locus de decisión de morir*: la decisión de morir puede estar en el mismo sujeto (*self*), en otros, o en forma conjunta en el sujeto y en otros (Klopfer and Price, 1978, p. 79).
- b) *El locus de acción de matar*: la ejecución de la muerte concreta o la omisión, dejando morir. En este caso puede hacerlo también el propio sujeto, otros individuos, o conjuntamente la persona y terceros.

	Locus de decisión	Locus de acción	Fenómeno
1	Sí mismo	Sí mismo	Suicidio
2	Sí mismo	Otros	Eutanasia o Muerte Digna
3	Otros	Sí mismo	Rituales
4	Otros y sí mismo	Otros y sí mismo	Suicidio asistido-Eutanasia o Muerte Digna
5	Otros	Otros	Homicidio - Eutanasia o Muerte Digna

⁶ Ronald Dworkin, en su libro "El dominio de la vida" (1994, pp. 239-251), nos plantea tres situaciones en las que hay que decidir acerca de la muerte: 1) un individuo enfermo plenamente consciente y con voluntad de morir, pero que necesita la ayuda de otros para hacerlo; y en virtud de constituir un delito la ayuda al suicidio, al paciente sólo le queda dejarse morir, de esta manera "el derecho produce el resultado aparente irracional de que la gente puede elegir morir lentamente pero no puede elegir una muerte rápida e indolora que sus médicos podrían fácilmente proveer" (p. 240); 2) una persona inconsciente y moribunda que se la puede mantener con vida artificial. Los familiares y los médicos tienen la posición activa, mientras algunos no reaniman o no implementan medios extraordinarios, otros optan por mantener con vida a cualquier costo. En este punto la situación económica es un factor decisivo, pues las terapias extraordinarias son de elevados costos; y 3) una persona mentalmente incompetente "por ejemplo, la enfermedad del Alzheimer, donde la persona pierde toda su memoria, identidad y carece de competencia para atender cualquiera de sus propias necesidades o funciones" (p. 240). En este caso entran en juego dos autonomías, la del paciente demente, y la del paciente que se ha convertido en demente. Esto es en referencia a las voluntades que puede haber expresado antes de enfermarse, inclusive por escrito, y la voluntad expresada devenida la demencia.

Como se observa, no todas las combinaciones señaladas representan casos de eutanasia, al menos en la distinción propuesta por Rogers (1996, pp. 63-84).

En el primer caso, el locus de decisión y de acción se encuentra en el “sí mismo”, se produce el fenómeno conocido como suicidio, praxis que escapa a la muerte digna, aunque se podría dar en una persona en estado terminal. El caso 3, la decisión de dar muerte está en otras personas y el locus de acción en “sí mismo”, se presenta en forma de prácticas rituales, de sacrificio pero también escapa a la muerte digna. En cambio los casos 2,4 y 5 son los que pueden presentar casos de muerte digna, pero también de delitos y allí radica el problema legal y de control social de estas prácticas. Estos tres casos presentan mayor complejidad, dado que son fenómenos atrapados por el derecho penal, como figuras típicas que podrían constituir delitos como ayuda o instigación al suicidio y homicidio⁷.

Cabría decir entonces que la controversia está plasmada en el locus de acción, cuando es realizada por otros, no así cuando lo hace uno mismo, lo cual se condice con el derecho a morir. Entonces ¿Cómo se garantiza el derecho a morir si el locus de acción se encuentra en otros? Son variadas las situaciones o circunstancias en que pueden pensarse, nos preguntamos si una persona con una enfermedad terminal, que no posee locus de acción, tiene o no derecho a morir.

El contexto de la eutanasia es complejo, el derecho a una muerte digna se controla socialmente con límites establecidos, por un lado se ejerce un fuerte control social desde el derecho, que reconoce y atribuye el derecho a las personas a morir y también recurre a la criminalización de las prácticas eutanásicas como homicidio o ayuda al suicidio. Por otro lado, no es menor el control social de las ciencias médicas, pues le otorgan sentido a la eutanasia, ya que definen *prima facie* que es una enfermedad terminal, y cómo proceder en los diferentes casos reglamentando su actuación en códigos de ética médica. Éste último grupo, es objeto de estudio en nuestra investigación pero escapa a la presentación este artículo, y nos concentramos en esta oportunidad en la legislación nacional.

Legislación nacional sobre el “derecho a morir”

El análisis del marco legal o jurídico que se subsumen dentro de la noción de eutanasia involucra, principalmente, la siguiente dicotomía:

⁷ El Código Penal Argentino tipifica en su art. 79: Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena. Art. 83: Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado.

por un lado, el derecho a la vida, y, por otro, la autonomía de la voluntad. El derecho a la vida, para quienes se oponen a la eutanasia y de acuerdo a la tradición jurídica occidental a la cual pertenece la Argentina, es concebido como un derecho indisponible e irrenunciable. Esa tradición jurídica occidental ha visto en el valor vida humana un derecho-deber respecto del cual no parece válido asignar cualquier destino, como supuesta exteriorización de la autonomía individual (Yurman, 2005, p. 5).

La defensa de la vida en forma incondicionada, da lugar a fuertes cuestionamientos que, como mínimo, exigen una reflexión. En tal sentido, Paula Siverino Bavio afirma que “sostener que el derecho a la vida protege la existencia, sobre todo si esta existencia es meramente biológica, lleva a una concepción casi parasitaria del individuo, que debe sostener este valor biológico superior a sí mismo, a su biografía, su identidad, su humanidad misma, en razón de que es el antecedente material que lo soporta, desconociendo las condiciones de humanidad que le dan sentido a esta existencia, que no sólo es biológica sino fundamentalmente biográfica” (Siverino Bavio, 2012).

No obstante, la autonomía de la voluntad —desde la perspectiva que considera el derecho a la vida como irrenunciable e indisponible— no podría llevarse al extremo de disponibilidad absoluta de la vida. En la balanza, el platillo en el que se ubica el derecho a la vida tiene mayor peso que aquel en el que se ubica la autonomía de la voluntad. Sin embargo, durante los últimos años el platillo de la autonomía de la voluntad ha ido aumentando su peso. Sin dejar de lado que los derechos del paciente a rechazar determinados procedimientos médicos, o solicitar el retiro de medicina artificial tienen límites contextuales, tales como la criminalización de las conductas eugenésicas y los deberes éticos de los profesionales de la salud, cuya obligación es preservar la vida.

La normativa a nivel nacional se compone de Ley de Salud Pública, Ley de Muerte Digna, y su decreto reglamentario⁸. A su vez, cabe destacar que este reconocimiento a favor de la autonomía de la voluntad y del derecho a morir es muy reciente en Argentina. Progresivamente, los legisladores y los profesionales de la salud tendrán que instrumentar, en forma conjunta o colaborativa, los protocolos de actuación que son necesarios para la realización y ejercicio del derecho a morir con dignidad.

Ley Nacional de Salud Pública vigente desde el año 2009⁹, estableció en el artículo 2, referido a la relación entre los profesionales de la salud y los pacientes, principios generales y reconoció derechos específicos de

⁸ Ley 26.529 del año 2009, ley 26.742 del año 2012 y decreto N° 1089/12 respectivamente.

⁹ Ley 26.529. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Sancionada: Octubre 21 de 2009. Promulgada de Hecho: Noviembre 19 de 2009.

los pacientes, tales como la asistencia, el trato digno y respetuoso, la intimidad, la confidencialidad, información, interconsulta y la autonomía de la voluntad, entre otros. El reconocimiento a la autonomía del paciente se plasma en el inciso e)¹⁰ de dicho precepto legal, en tanto se faculta al paciente a *aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa*. A este reconocimiento vino a sumarse una nueva norma, ley N° 26.742, popularmente denominada como “Ley de Muerte Digna”. Le agrega al artículo 2 inc. e): *En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.*

Se contemplan dos situaciones concretas: a) la enfermedad irreversible o incurable; y b) la enfermedad o estadio terminal. Sólo en tales casos, el paciente —previa información de su estado por parte del médico— tendrá derecho a: 1) rechazar procedimientos quirúrgicos o de reanimación artificial; y 2) solicitar que se le retiren los soportes vitales artificiales.

Como exigencia para admitir el rechazo del paciente, debe ocurrir que tales procedimientos médicos resulten extraordinarios, o bien desproporcionados (en perspectiva de la mejora manifestada), o que provoquen un sufrimiento desmesurado. Sólo si concurren las condiciones señaladas el paciente podrá optar por la eutanasia.

Asimismo se agregaron estas previsiones en el artículo 5 que establece el consentimiento informado, entendido como la expresión de voluntad del paciente luego de una información basta de su diagnóstico y pronóstico, y al artículo 6 que establece la obligatoriedad del mismo e in-

¹⁰ Ley 26.529, Artículo 2, inc. e) Autonomía de la Voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

corpora los casos de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico.

Agrega al art. 6: *En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido.*

Es una remisión expresa a la ley de ablación de órganos, específicamente a los familiares en orden de prelación que ante la ausencia de voluntad expresa del fallecido, pueden autorizar la donación de órganos. Quiere decir que la muerte digna, en términos de derecho a morir, puede ser autorizada por los familiares en ese orden¹¹ a partir de una ausencia de voluntad del enfermo terminal.

Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones. Además el artículo 7, continúa con la instrumentalización, requiriendo que se labre un acta con los presentes dejando constancia de la información dada y de la decisión. En este sentido el decreto reglamentario N° 1089, agrega que ante casos de discrepancias se podrá recurrir a un comité de Bioética.

No obstante, el artículo 11 que prevé la voluntad anticipada del paciente, no incluyó a la eutanasia o muerte digna, en tanto que es la expresión del derecho a morir. Sino que agregó en el segundo párrafo, la formalidad de los actos que se debe instrumentalizar todas las declaraciones de voluntad, por escrito, por escribano público o declaraciones juradas

¹¹ Ley 24.193, Artículo 21: En caso de muerte natural, y no existiendo manifestación expresa del difunto, deberá requerirse de las siguientes personas, en el orden en que se las enumeran siempre que estuviesen en pleno uso de sus facultades mentales, testimonio sobre la última voluntad del causante, respecto a la ablación de sus órganos y/o a la finalidad de la misma. a) El cónyuge no divorciado que convivió con el fallecido, o la persona que sin ser su cónyuge convivió con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de TRES (3) años, en forma continua e ininterrumpida; b) Cualquiera de los hijos mayores de DIECIOCHO (18) años; c) Cualquiera de los padres; d) Cualquiera de los hermanos mayores de DIECIOCHO (18) años; e) Cualquiera de los nietos mayores de DIECIOCHO (18) años; f) Cualquiera de los abuelos; g) Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive; h) Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive; i) El representante legal, tutor o curador; Conforme la enumeración establecida precedentemente y respetando el orden que allí se establece, las personas que testimonien o den cuenta de la última voluntad del causante que se encuentren en orden más próximo excluyen el testimonio de las que se encuentren en un orden inferior. En caso de resultar contradicciones en los testimonios de las personas que se encuentren en el mismo orden, se estará a lo establecido en el artículo 19 bis. La relación con el causante y el testimonio de su última voluntad, serán acreditados, a falta de otra prueba, mediante declaración jurada, la que tendrá carácter de instrumento público, debiendo acompañarse dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas la documentación respectiva, cuando correspondiere.

y puede ser revocada en cualquier momento¹². Sin perder de vista que la historia clínica del paciente, es el instrumento por excelencia que registra todo el proceso terapéutico, intervenciones y autorizaciones, y es de obligatorio cumplimiento.

La reforma se encargó de otorgar mayor seguridad jurídica por medios fehacientes, a los profesionales de la salud por la posibilidad de ser responsables del estado de salud del paciente. Con ese criterio se agregó el artículo 11 bis¹³, que exime de responsabilidad profesional, a los que proceden de acuerdo a lo establecido en ella. Sin embargo no se reconoció el derecho a morir en la voluntad anticipada, dice:

Artículo 11: Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.

Sin embargo incita a la confusión su reglamentación, el decreto 1089/12, por un lado deja a criterio del médico si la voluntad autónoma del paciente implica una práctica eutanásica, puede consultar al comité ético, o negarse a concretarlo. Pues, es un derecho de los profesionales de la salud, conocido como objeción de conciencia. Por otro lado da por supuesto que en los casos de muerte digna se pueden rechazar los procedimientos o retiro de medidas extraordinarias por una directiva anticipada.

En su artículo 11, párrafo tercero prescribe: *Los profesionales de la salud deberán respetar la manifestación de voluntad autónoma del paciente. Cuando el médico a cargo considere que la misma implica desarrollar prácticas eutanásicas, previa consulta al Comité de ética de la institución respectiva y, si no lo hubiera, de otro establecimiento, podrá invocar la imposibilidad legal de cumplir con tales Directivas Anticipadas.* Seguidamente en el párrafo cuarto: *Cuando el paciente rechace mediante Directivas Anticipadas determinados tratamientos y decisiones relativas a su salud, y se encuentre en los supuestos previstos por el artículo 2° inciso e) tercer párrafo de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742, el profesional interviniente mantendrá los cuidados paliativos tendientes a evitar el sufrimiento.*

¹² Ley 26.529, artículo 11, segundo párrafo: La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó.

¹³ Ley 26.529, artículo 11 bis: Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo a las disposiciones de la presente ley, está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma.

Se plantea una contradicción en el ejercicio del derecho a morir en forma de voluntad anticipada, la ley no lo permite y el decreto reglamentario sí, pues lo faculta al médico a considerar que si es eutanásica puede no proceder, o si hacerlo conforme a la ley y aplicar los cuidados paliativos.

Ahora bien, la legislación de eutanasia reconoce el derecho a morir de las personas cuando el *locus* de decisión está en sí mismo, y el locus de acción en otros, pues los que no intervienen (omisión) quirúrgicamente, ni realizan reanimación artificial, ni proveen de hidratación o alimentación o retiran (acción) medidas de soporte vital son los médicos. Además reconoce que el locus de decisión esté en otros, ya que remite directamente a los familiares previstos en la ley de ablaciones de órganos para representar su voluntad. Estaría entonces legalizada la eutanasia voluntaria, y no voluntaria sea ésta pasiva o activa.

En este orden, autores como Pizzolo Calogero afirman que la nueva ley no es una ley de eutanasia en sentido amplio, sino una ley de ortotanasia, pues “no ha receptado la llamada eutanasia activa, y en cuanto a la pasiva se debe tener presente que la iniciativa no puede partir del profesional interviniente, se necesita del consentimiento fehaciente del paciente o las personas legalmente habilitadas para ello. La ley, por sobre todo, procura cesar el sufrimiento evitando el escarnecimiento terapéutico” (Pizzolo Calogero, 2012).

La cuestión no queda clara a la luz de las directivas anticipadas, en que expresamente dice que la voluntad autónoma del paciente que involucre prácticas eutanásicas se tendrán como inexistentes. Autorizando luego mediante el decreto reglamentario a criterio del médico su aplicación con tratamientos paliativos.

Nos preguntábamos si una persona con una enfermedad terminal, que no posee locus de acción, tiene o no derecho a morir. A la luz de la legislación vigente, diríamos que sí, pues la ley de muerte digna ha legalizado la eutanasia (siempre que se cumpla con el procedimiento determinado, y que esa voluntad no sea manifestada anticipadamente al estado de irreversibilidad, sino por los familiares que lo representan).

Sin embargo nos queda por profundizar sobre cuáles son los casos que son considerados como muerte digna y abarcados en esta legalización, establecer los alcances pragmáticos que implica la enfermedad irreversible o incurable y la enfermedad o estadio terminal. Cuando los procedimientos médicos resultan extraordinarios, o bien desproporcionados (en perspectiva de la mejora manifestada), o que provocan un sufrimiento desmesurado. Analizando estos conceptos desde las ciencias médicas podríamos aproximarnos a una mejor interpretación del ejercicio del derecho a morir en nuestro país.

V. Conclusiones

La complejidad y relevancia de la materia bajo estudio, resulta evidente. Por lo tanto, pretender fijar postura o emitir opinión implicaría una desviación del objetivo científico planteado. La búsqueda de respuestas está orientada a lograr descifrar y definir los parámetros sobre el tema que posee un grupo social determinado (futuros médicos y abogados), es decir, analizar la postura de terceros y explayarla lo más objetivamente posible.

Hemos hecho un recorrido por los debates filosóficos éticos, por las posturas doctrinarias y detenernos a analizar qué establece la legislación argentina al respecto. Así pues, el estudio empírico en curso tiene un sostén teórico, sintéticamente reseñado en este artículo —lejos está de pretenderse haber agotado el tema, la bibliografía en torno a la eutanasia es vasta, amplia y sumamente diversa—, y otro práctico, basado en el análisis cuantitativo. A dicho análisis se llegará tras procesar los instrumentos psicosociales que se utilizarán para realizar encuestas a los estudiantes de abogacía y medicina. Como se dijo, la normativa argentina reconoció el derecho a morir, y analizar la postura de los —hoy— estudiantes de las mencionadas carreras es animarnos a abrir una ventana hacia un potencial paisaje nacional en la temática.

La eutanasia es receptada actualmente en la ley argentina, pero la práctica concreta de la eutanasia está en manos de la medicina y de los profesionales de la salud. Son ellos quienes determinan los casos en los que se puede hablar de eutanasia, ya que le dan sentido y contenido a los conceptos técnicos médicos incorporados en la ley. A través de las entrevistas a futuros médicos nos proponemos completar el análisis, dándole un bastón más realista.

Pascal Dupont, uno de los autores estudiados para la construcción del marco teórico, pone énfasis en que la muerte digna es un problema exclusivo de los médicos: “el problema de la eutanasia se le plantea al médico, no a Freud, pues ahí, es el problema del suicida” (Jakélévitch, 204, p. 58). Si bien es una postura interesante, resulta sumamente parcial, pues abarca sólo una arista de la realidad. En la investigación en curso, se intenta ampliar la mirada solamente médica del tema, seleccionando asimismo encuestar a estudiantes de la carrera de derecho y ciencias sociales. Ello no quita que el equipo de investigación considera que la forma de definir cómo morir es un fenómeno que trasciende la acción u omisión de uno o dos sectores profesionales específicos, sino que involucra también aspectos históricos, políticos, ideológicos, religiosos, éticos, jurídicos y sociales. Todo lo cual demuestra la amplitud que posee el objeto de estudio elegido.

Finalmente, a modo de cierre, cabe destacar que “hoy se están multiplicando, en todas partes, las peticiones, los movimientos de opinión, las propuestas de ley a favor del reconocimiento de la eutanasia. Pero estas iniciativas son fruto del contraste entre los principios del respecto más absoluto a la vida humana y la consideración de las particulares situaciones en las cuales el mismo respecto en relación con la persona impone la necesidad de tener piedad de sus condiciones extremas, incompatibles con la dignidad, poniendo fin con la muerte a los sufrimientos insoportables” (Marcos del Cano, 1999, p. 31).

Bibliografía

ALONSO, CARLOS, *Eutanasia: Licencia para matar*, Ediciones digitales 2008, pp. 56-206.

ALSINA VALDÉS y CAPOTE, VEGA y LEÓN, DE LEÓN GONZÁLEZ y CEPEDA DOVALA, *Pensar el futuro de México. Colección conmemorativa de las revoluciones centenarias. La salud en México: ayer, hoy y mañana*, Editorial Universidad Autónoma Metropolitana, México D.F., año 2011.

ANDRUET, S., BARRAL, J., BELTRAMINO, C., BERGOGLIO, R., CAEIRO, T., JUÁREZ, M., LEVÍN, L., SARACHO CORNET, P., SCHICKENDANTZ, C., SECCHI, E., VERGOTTINI, J., *Medicina y sociedad*, Córdoba, Centro de Estudios Avanzados, año 2002.

ARTIACHI DE LEÓN, ANGÉLICA, *Opúsculos de Derecho Penal y Criminología. Eutanasia*, Editorial Lerner, Córdoba, año 1998, pp. 12-75.

CAYUSO, SUSANA, “El derecho a la salud: un derecho de protección y de prestación”, *La Ley* 2004-C-303 y ss.

COHEN AGREST, DIANA, “La buena muerte: razones y sinrazones de la eutanasia y el suicidio asistido”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Volumen 2006, pp. 119-139.

DAMIANI, A., LARIGUET, G., MALIANDI, R., *Ética y conflicto. Un diálogo filosófico sobre la ética convergente*, Ediciones de la UNLa., Remedios de Escalada (Pcia. Bs. As.), año 2012.

DAVIS, NANCY ANN, “La deontología contemporánea”, en *Compendio de Ética*, editor Peter Singer, Alianza Editorial, Madrid, año 1995, pp. 291 a 308.

DÍAZ ARANDA, ENRIQUE, “Eutanasia -Propuesta de solución jurídica en México”, *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, año 2003, pp. 209-309.

DWORKIN, RONALD, *El dominio de la vida*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, año 1994, pp.235-315.

FARRELL, MARTÍN D., *Filosofía del derecho y economía*, Editorial La Ley, Buenos Aires, año 2006, pp. 1 a 45.

FARRELL, MARTÍN D., *Privacidad, autonomía y tolerancia*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2000, pp. 23 a 84.

GHERARDI, CARLOS R., "Eutanasia. Propuesta para una definición restrictiva", en *Bioética y Derechos Humanos*, Volumen 2006, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, pp. 213-223.

GHERSI CARLOS A., "El consentimiento informado y el médico en la muerte digna", *Suplemento Especial Identidad de Género-Muerte Digna*, mayo de 2012, LA LEY 2012-C-1094.

HEYD, D. "The meaning of life and the right to Voluntary Eutanasia", en A. Carmi (ed.), *Euthanasia*, Berlin: Soruberg-Verlag, año 1984, pp. 169-174.

HIGHTON ELENA, "La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona", Tomo II, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal Culzoni, año 1992, pp. 165-180.

HEATH, IONA, *Ayudar a Morir*, Madrid, Editorial Katz, año 2009.

JANKÉLÉVITCH, VLADIMIR, *Pensar la muerte*, Fondo de cultura económica, Buenos aires, año 2004, pp. 39-126.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, "Las voluntades anticipadas. Una apertura a favor del reconocimiento de la autonomía de la voluntad para expresar decisiones bioéticas", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Volumen 2006, pp. 249-294.

KLOPPER, F. J. and PRICE, W. F., "Euthanasia acceptance as related to afterlife belief and other attitudes", *Omega* 9, año 1979, pp. 245-253.

KOTTOW, MIGUEL, *Bioética y biopolítica: espacio público y espacio privado*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, año, 2010, pp. 1075-1082.

LUNA, FLORENCIA y ARLEEN, SALLES, *Decisiones de vida y muerte: eutanasia, aborto y otros temas de ética médica*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, año 1995, pp. 109-162.

MARCOS DEL CANO, ANA MARÍA, "La eutanasia: estudio filosófico-jurídico", en la serie *Monografías Jurídicas*, Madrid, Editorial Marcial Pons, año 1999, pp. 23-65.

NEBOT, CRISTINA, ORTEGA, BLAS, MIRA, JOSÉ JOAQUÍN y ORTIZ, LIDIA, *Morir con dignidad. Estudio sobre voluntades anticipadas*, publicado por Elsevier España, S.L., año 2009, pp. 437-445.

ORTIZ MILLÁN, GUSTAVO, "Guillermo Lariguet. Dilemas y conflictos trágicos. Una investigación conceptual", en *Revista Isonomía de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 34, año 2011, pp. 163 a 174.

PIZZOLO CALOGERO, "Muerte digna, la ley", *Suplemento Especial Identidad de Género-Muerte Digna*, mayo de 2012, La Ley 2012-C-1104.

ROGERS JAMES, R., "Assessing right to die attitudes. A conceptually guided measurement model", *Journal of Social Issues*, Volumen 52, N° 2, año 1996, pp. 63-84.

SHAH, N., VOLKER, D. L., YOUNG, A., RIEGER, P. T., THORPE, D., "Psychiatrists' attitudes to euthanasia". *Lancet*. 2000 January 16; 9148(353):136.

SIVERINO BAVIO, PAULA, "Derechos de los pacientes y muerte digna: comentario a la ley sobre el rechazo o la negativa al soporte vital", *Suplemento Especial Identidad de Género-Muerte Digna*, mayo de 2012, LA LEY 2012-C-1121.

STERN, K. A., "Quality of life, Human Suffering, and Euthanasia" en A. Carmi (ed.), *Euthanasia*, Berlin, Soruberg-Verlag, año 1984, pp 175-179.

TINANT, EDUARDO LUIS, "Eutanasia pasiva y distanasia a la luz de un fallo de la Corte Suprema del Estado de California", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Editorial La Ley, año 2002, pp. 512- 521.

YURMAN, R. PABLO, "La eutanasia en el marco de los procesos de reingeniería social", *Revista El Derecho*, Volumen 215. Buenos Aires, Editorial Universitas, año 2005, pp. 1-13.



EL “VIVIR BIEN” PARADIGMA DE LA DESCOLONIZACIÓN†

*María Susana Bonetto**

Resumen: El artículo propone una primera aproximación al análisis del “vivir bien”, y luego se interroga acerca de las condiciones de comprensión y realización de un proyecto civilizatorio alternativo al capitalismo y a la modernidad colonialista en el actual contexto latinoamericano, signado por experiencias comunes, pero también por diversidad de situaciones.

Palabras claves: Vivir bien - Estado - Capitalismo - Descolonización.

En este trabajo nos proponemos, inicialmente, una primera aproximación al análisis del “vivir bien”, y en segundo término, nos interrogamos acerca de las condiciones de comprensión y realización de un proyecto civilizatorio alternativo al capitalismo y a la modernidad colonialista en el actual contexto latinoamericano, signado por experiencias comunes, pero también por diversidad de situaciones.

Analizando las reflexiones sobre el Estado en la región de Boaventura de Sousa Santos (2010), se advierte que el autor habla de dos vertientes de transformación del Estado. La primera la vincula al “Estado comunidad ilusoria”. Esta opción mantiene el mismo Estado, su misma estructura de poder, su misma composición institucional operativa y práctica. Además incorpora reformas, que si bien satisfacen parcialmente las demandas populares, no cambian radicalmente las estructuras que generan las desigualdades.

Por otra parte, plantea una segunda opción referida al “Estado venas cerradas”. Este último, responde al desafío de transformar estructuralmente al Estado, produciendo reformulaciones institucionales y transformaciones económicas, políticas, sociales y culturales. Se trataría de fundar un nuevo Estado, basado en relaciones de poder que estabilizan equidad social, descolonización e interculturalidad, todo ello con formas de vidas equilibradas en interacción con la naturaleza.

El Estado plurinacional, que con diversos matices ha obtenido rango constitucional en Bolivia y Ecuador, pertenece al segundo grupo.

† Recibido el 10/07/2013, Aprobado el 21/08/2013.

* Profesora Titular de Fundamentos de la Ciencia Política en I.A.P. de Ciencias Sociales U.N.V.M. Directora del Doctorado en Ciencia Política del CEA U.N.C. Categoría 1 en Docencia-Investigación.

Supone, no solamente otra forma y otro contenido histórico, político y cultural, sino otros agenciamientos y otras prácticas. Se trata de fundar un nuevo Estado, sobre la base de una nueva gestión pública plurinacional, comunitaria, participativa e intercultural. La gestión pública está pensada desde la expansión, la ejecución, el seguimiento y la evaluación con una lógica abierta por la participación y el control social. En una democracia participativa, la gestión es participativa (Prada Alcoreza, 2010).

Por otra parte no es un Estado Nación, por ello no se ve constreñido a limitar su accionar económico a las formas de capitalismo de Estado. En este marco, el Estado plurinacional, abre la posibilidad de construir una economía social y comunitaria, sobre las bases materiales de sustentación del modelo civilizatorio del “vivir bien” en interrelación armónica con los seres sociales y los ciclos vitales de la naturaleza.

Suma qamaña o sumak kausay, en aymara y quechua refieren al “vivir bien” o *ñandereko* (convivencia armoniosa) y otras expresiones similares hacen posible sostener que constituyen proyectos sociales, que proponen, en definitiva, las alternativas más rupturistas y críticas al capitalismo y al colonialismo. Esto es así, porque sostienen proyectos sociales, en armonía con la naturaleza y la comunidad.

Coincidiendo con Prada Alcoreza (2010) esta vez la revolución anticapitalista, en nombre del “vivir bien”, no sólo se opone a la explotación de la fuerza de trabajo, sino que se trata de defender la vida, contra la amenaza de la depredación ambiental y la amenaza de crisis ecológica, ocasionada por el desarrollo destructivo del capitalismo.

Resulta interesante intervenir en la discusión del sentido del “vivir bien” que se desarrolla en términos de modelos socio-económicos, que pretenden representar alternativas a la modernidad, al capitalismo y al discurso del desarrollo, tal como lo conocemos en Occidente, a partir del discurso de los países centrales. En ese sentido, se ha hablado de una búsqueda de armonía, un nuevo ámbito de relaciones, con nuevas formas de producción y reproducción sociales en equilibrio con las comunidades y pueblos y con las formas de reproducción de la vida. Podría decirse que se ha planteado una nueva utopía, por el horizonte emancipador que permite.

Según Alberto Acosta (2011) el *Sumak Kausay* constituye una oportunidad para construir colectivamente una nueva forma de organización de la vida comunitaria, con una cosmovisión diferente a la occidental, que al surgir de raíces comunitarias no son capitalistas. Esto rompe con las lógicas antropocéntricas del capitalismo, en tanto civilización dominante, aunque también con las instauradas en los socialismos realmente existentes. Así no se pueden confundir el concepto de “vivir bien” con “vivir mejor”,

en cuanto este último se refiere a estrategias para aumentar la producción, porque en ese marco, con una visión mecanicista del crecimiento económico, para que algunos vivan bien, millones han tenido que vivir mal.

De lo que se trata es de construir una sociedad solidaria y sustentable, apunta a una ética de lo suficiente para toda la comunidad. Existe una interpretación simplista del vivir bien que casi lo presenta como otra moda teórica de los estudios sociales regionales. No se trata de un regreso al pasado, como algunos sostienen al interpretarlo como un misticismo indigenista. El buen vivir expresa construcciones actuales, en las que se mezclan y se hibridizan saberes y concepciones que expresan una crítica al desarrollismo extractivista y plantean otra relación con los hombres y con la naturaleza.

Pero estas concepciones no son una originalidad de los procesos político-sociales de los pueblos originarios del *Alya-Yala*, existió en otros períodos y regiones. La particularidad que revista en el presente es que en estas tierras americanas existen memorias, experiencias y prácticas, que permiten que se postulen modos de convivencia que no están expresados en el tradicional concepto de desarrollo y progreso, entendidos como acumulación permanente e ilimitada de riqueza.

¿Cómo se explica esta emergencia? Luego de 500 años de desprecio y de destrucción material y cultural, los pueblos originarios han conocido en los últimos años una renovación de su conciencia colectiva.

La colonización destruyó las bases materiales de sus sociedades, reprimió su cultura y sus visiones del mundo. Fue un genocidio, combinado con un etnocidio. Sus imágenes del mundo y sus prácticas, se transmitieron en la clandestinidad, ya que el colonialismo interno reprodujo este rechazo, después de las independencias. En el presente esta nueva dinámica de emancipación se tradujo en cambios constitucionales que produjeron la inclusión del *Suma Qamaña* (Bolivia) y el *Sumak Kausay* (Ecuador).

Por eso se requiere, atendiendo el pensamiento de Escobar (2003), adoptar una visión del capitalismo desde sus bordes, ya que permite enfocar la relación constitutiva entre el capitalismo y el colonialismo. Estas consideraciones habilitan una mayor comprensión del papel de la naturaleza en la acumulación de la riqueza.

Pero no es una propuesta de fácil aceptación y también presenta interpretaciones, que reavivan polémicas que recorren el pensamiento de los teóricos de la región.

Si consideramos las reflexiones de Houtart (2011) sobre el tema, existen dos tipos de desviaciones del concepto de "vivir bien". El primero se apuntala en la exigencia de expresión de la naturaleza con un lenguaje an-

tropomórfico lo que Medina¹ llama el posmodernismo del “buen vivir” y que otros califican de “pachamamismo”. En definitiva, consiste en expresar una visión holística del mundo, necesaria para construir una nueva relación con la naturaleza. Los modos de pensamiento simbólico que expresan, difícilmente son aceptados por otras culturas en un mundo pluralista. Sin embargo, entendemos que en el contexto de un pensamiento descolonizado, sus premisas deben ser respetadas, aunque no tengan aceptación por los intelectuales críticos eurocéntricos, quienes las consideran como propuestas que no pueden extenderse más allá de las comunidades indígenas.

La otra desviación consiste en transformar el “buen vivir” en la redistribución del desarrollo. En este caso se promueven políticas extractivas o de monocultivos introduciendo la idea del “bien vivir” sin siquiera hablar de una transición para un nuevo modo civilizatorio. En este marco, el concepto se banaliza y se lo utiliza como equivalente de políticas asistenciales a favor de los pobres, como si estas fueran reivindicaciones indígenas, aunque en realidad, no tienen ninguna relación con sus propuestas. En algunos casos se asume el liderazgo gubernamental de campañas de este tipo, con formas poco participativas para las comunidades, sin expresar su verdadero sentido del “vivir bien”, sino buscando de manera occidental el “vivir mejor”.

En ese marco, si nos retrotraemos históricamente, es claro que existen antecedentes de este modo de pensamiento, en tanto coincidiendo con Mignolo (2001) entendemos, que la conciencia criolla de las élites blancas que condujeron el período independentista se forjó en el imaginario del colonialismo interno (reproducción de la diferencia colonial en el período nacional). Así se produce la independencia política, pero no la cultural ni la económica. El colonialismo interno atraviesa todo el período de formación del Estado nacional. Según el autor la conciencia criolla en el período independentista se forjó como conciencia geopolítica. América se constituye como el lugar de pertenencia geográfica y de derecho de autodeterminación. Como conciencia racial se constituyó internamente en la diferencia con la población afroamericana y amerindia. La conciencia criolla produjo la independencia política, generando a su vez el colonialismo interno. Según la conciencia de las élites blancas criollas se trataba de ser americanos sin dejar de ser europeos, por ello distintos a los amerindios y a los afroamericanos. Esto signa un imaginario regional que se reitera con distintas expresiones, en diferentes momentos en las élites latinoamericana-

¹ Esta referencia está tomada de la cita de su concepción en GUDYNAS y ACOSTA, A., “El buen vivir o la disolución de la idea de progreso” en ROJAS, MARIANO, *La medición del progreso y del bienestar*, México, Foro consultivo Científico y Tecnológico.

nas. Por ello se ha dificultado enormemente el respeto por las propuestas surgidas de los pueblos originarios.

Así la oposición civilización o barbarie como sostiene Rojas Mix (1997) es la antinomia de dos identidades: la europea y la americana. Para las elites blancas criollas, la razón, el orden, la libertad y la riqueza provienen de Europa. El colonialismo interno reproduce la misión civilizatoria del blanco por sobre el negro, el indio y el mestizo, representativos de la barbarie americana que constituyen "lo otro de la razón", lo que justifica el ejercicio de un poder disciplinante.

Desde esta perspectiva el proceso de homogenización de los miembros de la sociedad imaginada desde una mirada eurocéntrica no se produjo por la descolonización de las relaciones sociales en la población, sino por la eliminación masiva de una parte de ella (los indios) y la exclusión de otros (negros y mestizos).

De ahí en más la construcción del Estado se ha orientado por concepciones eurocéntricas que excluyen los sujetos populares herederos de la "barbarie", salvo en los períodos de irrupción popular y de gobiernos representativos de estos sectores, que fueron descalificados y destituidos por las elites eurocéntricas.

En este contexto, el giro descolonial, no habilita sólo a la crítica sino que permite dar respuesta a los nuevos requerimientos, desde una perspectiva diferente. Por ello se refuerza el lugar que tendrán estos marcos analíticos de la descolonización, en las posibles transformaciones de los nuevos movimientos con características sociales y políticas antiliberales y étnico-culturales diferentes².

En este marco se plantea por primera vez dejar de lado los discursos que continúan prescribiendo el modelo de sociedad moderna emergente en el occidente central como el paradigma a seguir por toda construcción social y también las bases justificadoras de su pretendida superioridad.

Frente a la recuperación de proyectos opuestos a las prescripciones centrales es posible interpelar las lógicas esencialistas, determinantes del colonialismo y la dependencia que subyacen en ellas.

Así, el giro descolonial y la propuesta de interculturalidad planteada por un sector de la teoría social latinoamericana con autores como Mignolo (2001), Lander (2003), Quijano (2003) y otros³, proponen una nue-

² En ese sentido debe destacarse el magnífico libro de ESCOBAR, ARTURO, *La invención del Tercer Mundo. Construcción y deconstrucción del desarrollo*.

³ Mignolo diferencia el proyecto descolonial del proyecto postcolonial aunque se encuentren vinculados. El giro descolonial es complementario aunque diferente de la Teoría Crítica de la Escuela de Frankfurt. Los estudios postcoloniales se vinculan a Foucault, Lacan, Derrida y los aportes de los intelectuales de las ex colonias inglesas de Asia y África.

va configuración conceptual, un giro epistémico que tiene como base la construcción de conocimientos que den cuenta de las huellas del pasado y el presente de las realidades de dominación vividas en la región, a partir de las cuales se construye una respuesta social, política, ética y epistémica, al pensamiento central dominante, desde su propio y diferente lugar. Es un pensamiento que se encuentra en la interrelación entre el conocimiento universalizado central y reflexiones desde la diferencia que lo ponen en cuestión, contaminándolo con otras historias y otros modos de pensar, desviándose de los marcos dominantes y pensando desde categorías negadas por el centro.

Según Mignolo (2003:15), “el giro descolonial consiste en desprenderse del chaleco de fuerza de las categorías de pensamiento que naturalizan la colonialidad del saber y del ser y lo justifican en la retórica de la Modernidad, el progreso y la gestión democrática imperial”. Así, se puede advertir que estamos inmersos no sólo en una dominación económico-política sino sobre todo del conocimiento: el control sobre éste opera en la economía y en la teoría política dando prioridad al mercado y a los conceptos de democracia y libertad ligados al mismo, constituidos en universales. Por el contrario, la genealogía del pensamiento descolonial es “pluriversal” e introduce lenguas, memorias, economías y políticas consideradas “inferiores”, sosteniendo la apertura y libertad de pensamientos y de formas de vida, propias de la región. Se propone pensar que otros mundos son posibles, sin subordinarse al pensamiento hegemónico central.

La dominación colonial es polimorfa, afecta el ámbito de las subjetividades, se efectúa en la deconstrucción de sujetos colectivos y busca instaurar sujetos sumisos, domesticados, con el establecimiento de las instituciones modernas y sujetos disciplinados. En ese marco los discursos nacionalistas y de la izquierda tradicional, no llegan a ser discursos descolonizadores, no responden a la problemática de la dominación civilizatoria, tampoco los de la crisis de la modernidad y su universalización.

En definitiva, de lo que se trata es poder reflexionar sobre nuestras realidades regionales, fuera de los marcos teóricos generados por las ciencias sociales desde el centro.

Desde este enfoque, se relata otra historia que permite comprender las huellas de los procesos pasados y sus efectos en las construcciones político-económicas latinoamericanas.

Por lo tanto, la descolonización como proyecto intelectual, reconoce la variedad de historias coloniales y la diversidad epistémica. En definitiva, la diversidad como proyecto universal, postula variados puntos de creación y transformación epistémica, ética y política. Significa la deconstrucción, el desmontaje de subjetividades domesticadas y sometidas,

así como la constitución de identidades de resistencia, de emancipación abiertas a distintos posicionamientos del sujeto liberado, en sus condiciones individuales, grupales, comunitarias y multitudinarias.

Partir de una mirada descolonizada para comprender la pluralidad, permite entender la crítica al capitalismo no solo como modo de producción sino también como sistema mundo que explota las riquezas naturales, destrozando la tierra en su afán de acumulación. Esta deconstrucción crítica es fundamental para habilitar otras lecturas sobre el estado en Latinoamérica.

A partir de esta interrelación el "Vivir Bien" nos permite reconocer el papel fundamental que el trabajo y la naturaleza tuvieron en el período colonial, y como han jugado en la formación del mundo moderno. En este marco, es posible un análisis crítico incluso de los análisis críticos tradicionales, en tanto se evidencia que el capitalismo no es sólo el producto de la racionalidad de las burguesías centrales o de la explotación del proletariado europeo, sino también del trabajo y la riqueza material bajo el control de los europeos en sus territorios de ultramar (Quijano 2003).

Desde esta perspectiva también se constata que el colonialismo es el lado oscuro de la modernidad europea, la de la explotación de la naturaleza y el trabajo humano de la región. La acumulación primitiva colonial, no es sólo una precondition del desarrollo capitalista, sino que ha sido un elemento indispensable de su dinámica interna.

En este sentido la propuesta del vivir bien viene a plantear una interpretación y a constituir una alternativa que conjuga una superación del capitalismo y del colonialismo.

La lógica del sistema capitalista de transformar todo en mercancía es la expresión de la ontología occidental que desde la modernidad instaló la racionalidad instrumental.

En el caso de los pueblos indígenas el capitalismo se presentó en su historia bajo su forma colonizadora, con todas sus consecuencias físicas y culturales. En el presente, el sistema presiona fuertemente sobre las tierras y las comunidades a través de actividades extractivas y del acaparamiento de tierras agrícolas. Por eso en esta emancipación de los pueblos originarios, no es difícil comprender porque estos condenan radicalmente al sistema capitalista, como causa de su sufrimiento. Por otra parte también desconfían del socialismo en su realización europea del este, en tanto sostienen que éste se inscribiría en la misma racionalidad instrumental del capital, con respecto al crecimiento económico, y de proponer un desarrollo alternativo y no una alternativa al desarrollo.

Con un nuevo horizonte de sentido histórico los movimientos de pueblos originarios emergen en la descolonialidad del poder y en la auto

producción democrática de su existencia social, como eje de orientación de sus prácticas sociales.

Es en este contexto histórico donde hay que ubicar necesariamente todo debate y toda elaboración conceptual del buen vivir.

Sólo en un contexto de descolonización en el cual según Quijano (2011) se produjera la igualdad social de individuos heterogéneos contra la desigualizante clasificación racial-sexual-social de la población mundial es posible comprender la propuesta civilizatoria del “vivir bien”. En ese marco las diferencias no son fuente de argumentaciones de desigualdad y las identidades son el producto de las decisiones libres y autónomas.

América Latina y los pueblos originarios, ocupan un lugar fundante en la constitución y la historia de la colonialidad del poder. De allí su actual lugar y papel en la subversión epistémica, teórica, histórica, ética y política de este patrón de dominación en crisis. Esto explica la propuesta del “vivir bien” como una existencia social alternativa. Esto es así ya que la lucha por la descolonialidad ha mostrado que la relación social de dominación-explotación fundada en la raza es un producto de la historia del poder y no de alguna cartesiana naturaleza (Quijano 2011).

Asimismo, en esta indigenidad histórica de los pueblos víctimas de la colonialidad del poder no está solo la herencia del pasado, sino la resistencia histórica a largo plazo. Ahora se ha constituido una identidad histórica nueva, cuyo desarrollo puede producir una nueva existencia social, liberada de dominación. La interculturalidad es indispensable en estos procesos, para la construcción de una alternativa al desarrollo. La recuperación de saberes ancestrales y la combinación con conocimientos actuales contribuye al proceso de aprendizaje para la construcción de una sociedad post-capitalista (Houtart 2011).

En ese contexto, en el presente emergen interrogantes, sobre las condiciones de posibilidad de la realización del “vivir bien”, ya que la historia posterior de los países sudamericanos, aún luego de la independencia política de estos, a partir de los proyectos político-económicos de las élites que construyeron los Estados nacionales ha continuado la dependencia económica y el colonialismo interno.

Por ello, en el presente, para hacer posible el “vivir bien”, se requiere una transformación en todas las dimensiones de colonización y dependencia. Se plantea así, el interrogante de cómo salir de una economía subordinada a las exigencias del mercado internacional de materias primas y recursos naturales. Además surge la cuestión, en los casos que fuera posible, de cómo debería intervenir un Estado plurinacional, que ha dejado ya de ser un Estado Nación (Prada Alcoreza 2010).

Siguiendo la orientación de este pensamiento, esto sería posible, a partir de una clara voluntad transformadora, que contara con la participación amplia y comprometida de la sociedad y las comunidades.

En ese sentido coincidiendo con el autor, el Estado plurinacional abre la posibilidad de construir una economía social y comunitaria, conformando así las bases materiales de un nuevo modelo civilizatorio del "vivir bien," en interactividad con la comunidad, con la naturaleza y sus ciclos vitales.

Aunque la construcción de este proyecto no resulta fácil en el actual contexto histórico, tampoco se requiere esperar para su realización, la caída del capitalismo, ya que las limitaciones del mismo, abren la posibilidad, que pueda producirse a partir de las partes que en su interior dejan de funcionar como antes.

Esta opción no solo asume la forma de una lucha ideológica de grandes discursos interpeladores al actual capitalismo, su discurso neoliberal y su restaurada forma colonialista, sino que se evidencia en las resistencias gestadas por los pueblos originarios.

Así, su potencialidad transformadora es muy fuerte, ya que a diferencia del marxismo, constituye una alternativa civilizatoria diferente a la modernidad y el desarrollo.

La apuesta del "vivir bien" constituye una ruptura con el modelo desarrollista y extractivista de origen colonial que se ha reiterado hasta el presente. Este proceso que apuesta a una alternativa civilizatoria, debe enfrentarse no solamente al actual capitalismo globalizado sino con la afianzada universalización de la ideología de la modernidad identificada como eurocentrismo, que según Dussel (2001), sigue vigente en el presente en variadas formas. Está presente desde los principios legitimantes de la "misión civilizatoria" del mercado neoliberal, hasta las filosofías democráticas de inclusión como el modelo deliberativo de Habermas. Al considerar las reflexiones del autor se advierte que el mito de origen que está escondido en el concepto "emancipatorio" de la modernidad tiene que ver con la conexión del eurocentrismo con la "falacia del desarrollismo". Esta consiste en pensar que el patrón del moderno desarrollo europeo es el máximo logro de la humanidad, y debe ser seguido unilateralmente por toda cultura.

Teniendo en cuenta los aportes de Escobar (2007) por casi cincuenta años en Latinoamérica (también como en Asia y África) el "desarrollo" generado como creación de Estados Unidos y Europa, después de la segunda Guerra Mundial y aceptado por los gobiernos y élites del "Tercer Mundo" formuló una propuesta inusitada desde un punto de vista antropológico: la transformación total de las culturas y formaciones sociales de

tres continentes de acuerdo con los patrones vigentes en el llamado Primer Mundo.

Así culturas milenarias, debían reconstruirse como clones de los países occidentales considerados económicamente avanzados. De allí que el autor propone la defensa de la diferencia cultural que nos permita trascender lo impuesto, con un discurso alternativo, formulado en nuestros propios términos.

Además, ya desde el período del capitalismo globalizado se produce una reprimarización y una regresión a formas extendidas de control por parte de los países centrales de los recursos naturales que reinsertan la más brutal explotación de la fuerza laboral y la naturaleza.

En este marco, el “vivir bien,” constituye un proyecto rupturista, con el modelo extractivista, de origen colonial-imperialista, que se busca recuperar en el presente.

El “vivir bien” revierte el desprecio a la preservación de la naturaleza, inherente al sistema capitalista, que ha puesto en peligro la vida en el planeta. A eso se agrega que con la revolución tecnológica-científica se ha producido, en las últimas décadas una degradación sin precedentes de toda forma de vida.

Esta forma de relacionarse con la naturaleza se explica, porque como sostiene Lander (2003) la cultura occidental, a partir de su matriz filosófico- cultural plantea una representación del sujeto, reducido a su actividad pensante, que se cree autónomo, divorciándose de lo viviente, y con una exacerbación de la voluntad de dominio de la naturaleza.

A pesar de la solidez argumentativa de estas consideraciones, no resulta fácil desprenderse de este discurso hegemónico por más de medio siglo (e incluso si nos remontamos a sus orígenes llegamos a la colonia y las independencias herederas del colonialismo interno en el siglo XIX), por quienes no resistimos con igual fuerza que los pueblos originarios, que han logrado en el presente plantear la alternativa más sólida al modelo hegemónico. Por ello, para rescatar como parte de la emancipación Latinoamericana a aquellos pueblos que no se identifican en sus prácticas y tradiciones con el “vivir bien” se requiere un acompañamiento para desandar el laberinto de la dominación, de una orientación hacia la descolonización y profundización de la democracia.

La descolonización implicaría una ruptura epistemológica, ética, cultural, política y subjetiva. Esto requiere una labor crítica reconstructiva de alcance histórico, la revisión crítica y genealógica de los diagramas de poder, de las estructuras y prácticas y las instituciones de la dominación colonial. Ya que no se trata de cambiar élites y mantener la dominación colonial (Prada Alcoreza 2010).

La descolonización es una ruptura completa, múltiple y plural e implica poner en juego prácticas de liberación que desmonten las relaciones de fuerza, y de poder, sobre todo las formas de dominación inscriptas en las superficies del cuerpo e internalizadas en el imaginario.

Recuperando el pensamiento de Fanon⁴ puede afirmarse que para pensar el carácter revolucionario de la lucha anticolonial hay que considerar la historia íntima del sujeto que se reconoce en el mundo cuando se ve a sí mismo en las tramas que lo alienan y en el deseo político que lo articula como tal. Ese deseo debe superar la aspiración de ocupar el lugar del colonizador y de reproducir sus hábitos y su lenguaje.

"Todo pueblo colonizado (con un complejo de inferioridad)... se sitúa vis a vis del lenguaje de la nación colonizadora, es decir, de la cultura metropolitana" (Fanon 1974:34). Esto no puede dejar de reconocerse en los países de mayor colonialismo interno, por ej. Argentina.

Sin embargo, es posible que el deseo de la emancipación, reinscriba ese conjunto de lenguajes y prácticas como prácticas liberadas.

"Se trata de una representación que ha separado la cultura, las prácticas culturales coloniales, de los cuerpos donde se hace evidente el hecho en bruto de la dominación" (De Oto 2009:37).

Por eso se trata de una sustitución que ataca las formas de reproducción social existentes, y abre la posibilidad de inscribir una figura diferente y posible para el sujeto colonial, la posibilidad de ser otro, lo que se transforma en una experiencia emancipadora, que implica preguntarse por ese mundo colonial en términos de alienación. Esta experiencia permite pasar de la alienación colonial a una nueva historicidad, como forma de construcción política crítica y descolonizadora.

Boaventura de Sousa Santos (2010) nos propone una epistemología del Sur frente al reclamo de nuevos procesos de producción y valoración de conocimientos antes descalificados. Por ello se trata de una epistemología descolonizadora por el desmontaje de los dispositivos de poder, que cuestiona los saberes dominantes, que hace circular la pluralidad de los otros saberes y los articula en una hermenéutica múltiple e intercultural.

Las dos premisas fundamentales de esta epistemología son en primer término que la comprensión del mundo es mucho más amplia que la comprensión occidental y por ello las transformaciones del mundo pueden ocurrir por caminos no previstos por el pensamiento occidental, incluso por el crítico (sin excluir el marxismo). En segundo término que la diversidad del mundo es infinita e incluye modos distintos de pensar y de sentir.

⁴ Confirmar en las obras de FANON (1974), *Dialéctica de la liberación*. Buenos Aires. Ediciones Pirata, *Los condenados de la tierra* (1994), F.C.E. México, *Piel negra, máscaras blancas* (1974), Editorial Schapere. Buenos Aires.

Así también hay dos ideas que constituyen los ejes de esta nueva epistemología. Por una parte la ecología de los saberes y por otra la traducción intercultural. La primera sostiene que no hay ignorancia o conocimiento en general, toda ignorancia lo es de un cierto conocimiento, ya que todas las prácticas de relaciones entre los seres humanos, así como entre los seres humanos y la naturaleza, implican más de una forma de conocimiento, y por ello de ignorancia. La traducción intercultural, por su parte, asume una forma de hermenéutica diatópica, ésta parte de la idea de que todas las culturas son incompletas y por tanto pueden ser enriquecidas por el diálogo y la confrontación con otras culturas.

En la región, las posibilidades de emancipación se encuentran en los movimientos indígenas, sociales y populares que enfrentan la dominación no sólo del capitalismo globalizado sino del eurocentrismo.

Una nueva teoría crítica, según Boaventura de Sousa Santos (2010), se distancia de la tradición crítica eurocéntrica. Pero no es sólo un deslinde respecto a la epistemología eurocéntrica, sino también un múltiple despliegue de prácticas discursivas y no discursivas que hacen circular la pluralidad de otros saberes. En ese marco, uno de los saberes más emblemáticos lo constituye el vivir bien, que implica oponerse a la separación entre sociedad y naturaleza.

Esta concepción del “buen vivir”, sólo se construye en un Estado cualitativamente diferente y con otra democracia, más cercana a la auto-representación, rebasando el modelo liberal. En ese marco, cobra fuerza la interculturalidad, expresada en las constituciones de Bolivia y Ecuador. En ese sentido resulta esclarecedor la conceptualización crítica de la interculturalidad, aquella que no busca incluir las diferencias en el “derecho vigente”, sino descentrar este derecho, descentrar los sistemas políticos, las estructuras estatales y las redes sociales, para crear reales condiciones de igualdad (Viaña 2009).

Las actuales constituciones de Bolivia y Ecuador, se plantean el reto de estos descentramientos para poder pensar realmente en un diálogo intercultural y no un monólogo. Revisando la propuesta del autor, afortunadamente para América Latina, la interculturalidad ha planteado con fuerza la reinscripción del Estado bajo la forma de Estado plurinacional y ha rebasado el constitucionalismo liberal europeo, para refundar el Estado y la Democracia, sus formas de comprensión y el modo de vivirlas (Viaña 2009).

En ese sentido, el “buen vivir” más que una declaración constitucional, según entiende Acosta (2008) se presenta como una oportunidad para construir colectivamente un nuevo régimen de desarrollo.

Atendiendo las formulaciones de Acosta (2008) entonces, si esta propuesta es asumida por la sociedad, receptando las prácticas de los pueblos originarios, así como amplios segmentos de la población, puede generar debates de transformación que se desarrollen en sus sociedades y se expandan en el mundo.

El "buen vivir" es otra forma de vida, con una serie de derechos y garantías sociales, económicas y ambientales.

La tarea no es fácil, todavía están muy arraigadas propuestas pro-desarrollistas, propias de una economía extractivista.

Tanto en Ecuador como en Bolivia aunque los gobiernos impulsaron activamente la aprobación de las nuevas constituciones, siguen en importantes espacios atados a ideas y políticas que están en contradicción con el espíritu del buen vivir.

La economía social y comunitaria, se articula complementariamente entre distintas formas de organización económica: las comunitarias, las privadas y la estatal. Pero todas ellas están integradas en una economía orientada a la perspectiva de vivir bien, en armonía con los seres y los ciclos vitales integrales de la Madre Tierra.

Así la propuesta del vivir bien se opone a un proyecto destructivo y depredador de la naturaleza efectivizado en la actualidad por el capitalismo.

Se profundiza, en este contexto la radicalización de la democracia, la participación comunitaria e intercultural. También en esta perspectiva crítica, una muy interesante propuesta de resignificación de la democracia es la realizada por Raúl Tapia (2009) quien sostiene que para articular otras propuestas democráticas es necesario una revisión de la estructura conceptual de las definiciones de democracia, en tanto sirven como discurso de legitimación de un solo tipo de democracia: la liberal. Esto es así porque definen la democracia como un método de selección de gobernantes y un conjunto de condiciones jurídicas que constituyen las condiciones de posibilidad de la misma. Así se define la democracia sólo por una parte de la misma, por su método y las condiciones de posibilidad del mismo, quedando sin teorizar el proceso de gobierno, —en el caso de la democracia es el autogobierno con todas sus implicancias transformadoras— que sólo en algunos casos se referencia en la democracia liberal y de una manera débil, sólo por representación.

Sin embargo, según el autor este es definitorio de la democracia. Y en la reconceptualización de la misma, es un rasgo que debe ser acompañado por otro con el que constituirían el núcleo central de la definición de la democracia: la igualdad. Esta tampoco forma parte del núcleo central de

la democracia liberal, salvo en su versión más débil que es la igualdad de derechos para participar de la selección de representantes.

Una nueva definición de la democracia implicaría sostener que la democracia es una forma de autogobierno entre sujetos políticos iguales que tienen la finalidad de ampliar áreas de igualdad socioeconómica y participación ciudadana.

Por ello se requiere no solo un sentido de tolerancia, a lo diferente, usualmente considerado inferior por el centro, sino un principio de equivalencia e igualdad intergubernamental, garantizando la democracia al interior y entre los Estados, lo que implicaría una estrategia política de descolonización y a la vez anti-imperialista.

Finalmente cabe concluir siguiendo a Tapia (2009:67) que “el trabajo teórico de reconceptualización de la democracia y las luchas políticas por la democratización y reforma de las instituciones políticas no son algo que corre de manera separada... es decir que la discusión teórica puede alimentar la lucha política, en términos de apoyar, precisamente procesos de democratización histórica”.

En definitiva, el vivir bien, implicaría una culminación del proyecto descolonizador, tanto en lo económico como en lo político, en lo cultural y lo social constituyendo una verdadera alternativa civilizatoria.

De acuerdo a las apreciaciones de Boaventura de Sousa Santos (2010) la peculiaridad del vivir bien es que arranca de la matriz de cosmovisiones indígenas del continente y se proyecta como proyecto civilizatorio de los movimientos sociales del mundo en lucha contra el capitalismo.

Desde diferentes grupos y movimientos de la cultura occidental, se suman cada vez más opiniones que pueden estar en sintonía con esta visión alternativa al desarrollo occidental que surge de los pueblos originarios. Existen constataciones científicas de la inviabilidad global del estilo de desarrollo dominante.

El crecimiento material sin fin podría llevar a un deterioro irreversible del planeta. Por ello, el concepto mismo de desarrollo debería ser reubicado en una dimensión adecuada (Acosta 2008), no en el sentido de “desarrollo sustentable” de un capital hoy vendido como “capitalismo verde”. Tampoco se acepta ya la confianza desmedida en la Ciencia y en la Técnica. Por el contrario, se entiende que la Naturaleza debe tener la necesaria capacidad de recomposición para no deteriorarse irremediamente.

Bibliografía

ACOSTA, ALBERTO, “El buen vivir una oportunidad para construir” en *Debate* N° 75. Diciembre del 2008. Quito. Ecuador.

AMIR, SAMIR, *El desarrollo desigual*, Planeta de Agostini. Barcelona. 1986.

- BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social*. CLACSO. Buenos Aires. 2006.
- BORON, ATILIO, "El postneoliberalismo: un proyecto en construcción" en *La trama del neoliberalismo*, SADER, E. y GENTILI (comps.). 2001.
- BLOMSTRÖM, M. y HETTNE, B., *La Teoría del desarrollo en transición*. F.C.E. México. 1990.
- BERNAL MEZA, *América Latina en el mundo. El pensamiento latinoamericano y la teoría de las relaciones internacionales*. Nuevo Hacer. Buenos Aires. 2005.
- BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (2010), *Refundación del Estado en América Latina. Perspectiva desde una epistemología del Sur*. Quito Edic. Abya-Yali.
- CORONIL, FERNANDO, "Naturaleza del poscolonialismo: del eurocentrismo al globocentrismo" en LANDER, Comp., *La colonialidad de saber: eurocentrismo y ciencias sociales Perspectivas latinoamericanas*, CLACSO, Buenos Aires.
- CHOQUEHUANCA, DAVID, *Veinticinco postulados para entender el buen vivir* (Mimeo).
- DE OTO, ALEJANDRO (2009), "Teorías Fuertes. Frantz Fanon y la descolonización como política" en *La Teoría Política en la encrucijada descolonial*, Ediciones Del Signo. Buenos Aires.
- DUSSEL, ENRIQUE (2001), "Eurocentrismo y Modernidad" en *Capitalismo y geopolítica del conocimiento: el eurocentrismo y la filosofía de la liberación en el debate intelectual contemporáneo*, Mignolo comp. Ediciones del Signo, Buenos Aires.
- ESCOBAR, ARTURO (1998), *La invención del tercer mundo. Construcción y deconstrucción del desarrollo*, Editorial Norma Bogotá.
- DOS SANTOS, THEOTONIO (2003), *La Teoría de la dependencia. Balances y perspectivas*. Buenos Aires: Plaza Janes.
- FANON FRANTZ (1974), *Dialéctica de la liberación*. Ediciones Pirata Buenos Aires.
- Piel negra, máscaras blancas* (1974), Editorial Schapire. Buenos Aires.
- Los condenados de la Tierra* (1994), F.C.E. México.
- HOUTART, E. (2011), "El concepto de Sumak Kausay y su correspondencia con el bien común de la humanidad" en *Debate* N°84, Quito Ecuador. Diciembre del 2011.
- LANDER, EDGARDO (2003), "Ciencias Sociales: saberes coloniales y eurocéntricos" en *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. LANDER, Comp., CLACSO, Buenos Aires.
- MIGNOLO, WALTER y otros (2001), *Interculturalidad, descolonización del estado y del conocimiento*, Ediciones Signo. Buenos Aires.
- MIGNOLO, WALTER (2003), "La colonialidad a lo largo y a lo ancho: el hemisferio occidental en el horizonte colonial de la modernidad" en LANDER, comp., op. cit.
- PRADA ALCOREZA, RAUL (2010), "La revolución social del vivir bien" en G. T. CLACSO.
- "Crisis del capitalismo y crisis ecológica" (2010) en G.T. CLACSO.
- "¿Qué es la descolonización?" (2010) en G.T. CLACSO.
- "Transformaciones Institucionales. La defensa del Estado plurinacional comunitario y autonómico" (2010) en G. T. CLACSO.

QUIJANO, ANÍBAL, "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina" en LANDER, Comp. Op. cit.

TAPIA, LUIS (2009), *Pensando la democracia geopolíticamente*. CLACSO. La Paz.



LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL Y LA PROTECCIÓN A LA NIÑEZ EN LA LEY 26.522[†]

*Esther Susana Borgarello**
*Carlos Juárez Centeno***

Resumen: La ley de Servicios de Comunicación Audiovisual —26.522— viene a complementar la ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, dictada en el año 2005, la cual inició una nueva etapa —desde el punto de vista legal— por la cual éstos pasan a ser reconocidos como sujetos de pleno derecho.

Palabras claves: Ley de servicios de comunicación audiovisual - Protección a la niñez - Derecho a la información.

Haciendo un poco de historia respecto a la reglamentación legal de la radiodifusión

La primera reglamentación legal —la Radio Act. de 1912— fue sancionada por el Congreso de los Estados Unidos, reservando al Estado el derecho a conceder licencias y a raíz del hundimiento del Titanic se acordó que todos los radio operadores deberían respetar un periodo de tres minutos de silencio a partir de las horas y quince minutos y las horas y 45 minutos para emitir o recibir exclusivamente señales de socorro. En 1927, la proliferación de estaciones que producían interferencias, motivó que se creara por ley la Comisión Federal de Radio (F. A. R.) integrada por cinco miembros nombrados por el presidente con acuerdo del Senado, antecedente directo de la Comisión Federal de Comunicaciones, creada a su semejanza en 1934, que hasta hoy regula todo lo concerniente a televisión, radio y comunicación en Estados Unidos.

En cuanto a la televisión a partir de 1950 se extendió a escala mundial, reglada por las mismas normas que la radio. Su multiplicación exponencial y extensión a todas las regiones del planeta provocaron cambios cuantitativos y cualitativos que afectaron todos los ámbitos de la vida humana.

[†] Recibido el 02/05/2013, Aprobado el 23/09/2013.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora titular por concurso de Derecho de la Información, Escuela de Ciencias de la Información. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba.

** Abogado especialista en Derechos Humanos. Director de la Maestría en Relaciones Internacionales. Centro de Estudios Avanzados. Universidad Nacional de Córdoba.

Esa expansión, en los Estados Unidos, hizo necesaria una normalización técnica y un mayor ordenamiento de las concesiones de licencias por parte de la Comisión Federal de Comunicaciones (F. C. C.), incluso una reglamentación contra la concentración, limitando a siete las estaciones que podían poseer una misma empresa lo que no impidió que estas grandes sociedades —networks—, como la —N.B.C. (National Broadcasting Company)—, la C.B.S. (Columbia Broadcasting System) y la A.B.C. (American Broadcasting Company) dominaran el mercado mediante el sistema de estaciones afiliadas. En 1952, se dictó el Código de la National Association of Radio Television Broadcasters que impuso una serie de limitaciones a la emisión de los programas. En Inglaterra, la British Broadcasting Company (B.B.C.) explotaba un único canal de televisión con programas de información, grandes obras de literatura y emisiones de variedades. En julio de 1954, se dictó la Television Act que autorizó la explotación de una nueva cadena de televisión a la Independent Television Authority (I.T.A.), que concedió a 14 empresas privadas, situadas en distintas regiones del país, autorización para producir programas. Otro tanto puede decirse de Italia y Alemania y de los restantes países occidentales. Es decir, en un principio, todos los países europeos confiaron la regulación de la televisión y su monopolio a organismos públicos o mixtos, financiados por impuestos. Esta situación se modificó parcialmente al darse intervención a los intereses privados, lo que dio origen a un sistema mixto de cadenas nacionales y de carácter privado para las estaciones provinciales o locales. Este sistema mixto existe en la mayoría de los países de América Latina. Francia mantiene el sistema del monopolio estatal, en tanto países como Bélgica, Italia y Alemania han conciliado el monopolio con el pluralismo.

Antecedentes legales de la regulación de la radiodifusión en el país¹

En 1875 se sanciona la ley 750 1/2, que es la vieja ley de telégrafos. Este es el antecedente más lejano legislativamente en materia de comunicaciones por éste todo tendido de línea telegráfica requería la obtención previa de un permiso por parte del gobierno y, en el caso de ofrecer servicios al público, la autorización del Congreso. En la práctica, no se otorgaron concesiones salvo para las conexiones internacionales, y el Estado nacional y los estados provinciales tomaron a su cargo los telégrafos dentro del país, salvo los de las líneas de ferrocarril, para su propio uso².

¹ Extraído del fallo Servini de Cubría, M. R. N° 315: 1943 CSJ 1992.

² BENEGAS LINCH, A., KRAUSE M., "Telecomunicaciones para comunicarse eficientemente", *Revista Libertas* 09 (Octubre 1993), Instituto Universitario ESEADE en: www.eseade.edu.ar (consultado 20 de enero de 2013).

En 1913, la ley 9127 establece un monopolio estatal porque se entendía que esa era la mejor forma en que se protegía la seguridad del Estado. También, en ese mismo año, se legisla sobre la transmisión radio-eléctrica relacionada con los faros y los barcos, dando las habilitaciones el Ministerio de Marina.

En 1920, aparecen los pioneros que comienzan a desandar la historia de la radiofonía en nuestro país. En ese momento sólo había habilitaciones municipales —que fijaban los criterios con que debían regularse las radios en la Argentina— porque el único lugar donde había radio era en la ciudad de Buenos Aires, y debido al alcance que tenían bastaba con la certificación municipal.

En 1933, el decreto SC 21044³ regula las telecomunicaciones y por primera vez habla de la radiodifusión.

El Servicio Oficial de Radiodifusión

En 1946, Juan Domingo Perón dispuso la creación del Servicio Oficial de Radiodifusión (SOR). Actualizó un proyecto de 1939, en época de la presidencia de Roberto M. Ortiz, por el cual caducan todas las licencias de las emisoras comerciales privadas, y se impulsa la integración de tres redes comerciales y una red oficial sin publicidad.

El SOR tuvo su sede en Ayacucho 1556, Buenos Aires, y allí se trasladaron los estudios de la Radio oficial.

También se habilitó en General Pacheco la planta transmisora de LRA Radio del Estado. El SOR, entre otras responsabilidades culturales y sociales, debía jerarquizar la oferta radial, y encargarse de la difusión de las acciones de gobierno.

Al momento de producirse el golpe militar de septiembre de 1955 existían tres cadenas privadas de alcance nacional: *Belgrano*, *Splendid* y *El Mundo*, las que se encontraban en manos de personas o empresas vinculadas al peronismo.

En cuanto a la televisión, el canal 7 de Buenos Aires, la más antigua emisora existente de TV del país, realizó su primera transmisión, como empresa privada bajo el nombre de R3 Radio Belgrano TV el 17 de octubre de 1951.

En el año 1953 se sanciona la ley 14.241 que trata en forma integral el aspecto legal de la radiodifusión. Con el golpe militar la misma es derogada y se dicta posteriormente el decreto 866/57 que establece la necesidad de sancionar una nueva ley de radiodifusión. De esta forma, todos los

³ Ver Anales de Legislación Argentina Tomo 1920-1940: Reglamento de radiocomunicaciones del 3 de mayo de 1933 en http://www.cnc.gov.ar/normativa/dec21044_33.pdf.

medios en poder de empresas o particulares afines al peronismo pasan a nuevos dueños, ligados ahora al gobierno de facto.

El decreto-ley 15.460/57⁴ (ley 14.467) inició la regulación de los servicios de radiodifusión y televisión, entendiéndose por tales los de radiocomunicaciones cuyas transmisiones estuvieran destinadas a ser recibidas por el público. Esto es, comprendían las transmisiones de sonidos, o por televisión, facsímil y otros medios de emisión. Tanto los servicios de radio como de televisión podían ser realizados por el Estado o por particulares mediante su adjudicación por concurso público. En el artículo 8 del citado decreto-ley se disponía que “no podían realizarse transmisiones que comprometan las buenas relaciones internacionales o provoquen desórdenes o perturben el orden público, que signifiquen competencia desleal, que resulten injuriosas o que ocasionen daño moral o material, dentro y/ o fuera del territorio nacional”. En sus artículos 10, 11 y 12, se creaban el Consejo Nacional de Radio y Televisión y el Servicio Oficial de Radiodifusión y Televisión, a cargo del Estado Nacional, de las Provincias, de las Municipalidades y Universidades Nacionales, estableciéndose en los artículos 13 y 14, los casos en que los titulares de licencias debían realizar emisiones sin cargo y el carácter individual de la explotación de las licencias, poniéndose a cargo del Ministerio de Comunicaciones la autoridad para asignar frecuencias, potencias y demás características técnicas de las estaciones de radiodifusión y televisión, de conformidad con los convenios y reglamentación internacional suscriptos por el país. Por el artículo 16, el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión tenía la supervisión e inspección de los servicios de radiodifusión y televisión y la promoción de su perfeccionamiento artístico y cultural. En abril de 1958, tres días antes de entregar el gobierno, el General Pedro Eugenio Aramburu firmó un decreto mediante el cual se adjudicaron las primeras licencias para establecer canales de televisión privados. A partir de aquí, se observa el predominio de un régimen de licencias que —según sus defensores— debe elevar la calidad de los mensajes, al basarse en la competencia fomentando la pluralidad de opiniones; algo que sabemos, dista mucho de la realidad actual.

El 15 de mayo de 1967 se dictó la ley de facto N° 17.282 que modificó el decreto 15.460/57, estableciendo nuevas condiciones en la adjudicación de licencias para la explotación y funcionamiento de emisoras de radio y televisión. El 22 de agosto de 1972 se dictó el decreto-ley 19.798 —la llamada Ley Nacional de Telecomunicaciones— que, en lo general reproduce las disposiciones del decreto-ley 15.460/57 definiendo los diferentes sistemas de telecomunicaciones —a los que se consideraba de jurisdicción

⁴ “Servini de Cubría, María Romilda s/ amparo”.

nacional— y la competencia del Poder Ejecutivo Nacional para establecer, explotar, autorizar y fiscalizar toda actividad o servicio de telecomunicaciones como así administrar las bandas de frecuencias. Por esta ley, en el artículo 91 se crea el Comité Federal de Radiodifusión⁵ —COMFER— como organismo autárquico bajo jurisdicción de la Presidencia de la Nación. Era el encargado de la adjudicación, caducidad y revocación de licencias y la modificación total o parcial de su titularidad. Por el artículo 92 inc. a, tenía como atribuciones vigilar e inspeccionar los servicios de radiodifusión en sus aspectos culturales, artísticos, comerciales, administrativos y técnicos. Le correspondía aplicar las sanciones previstas de llamado de atención, apercibimiento, multa y suspensión. La caducidad de la licencia la disponía el Poder Ejecutivo Nacional, previo sumario.

El marco regulativo de la televisión argentina se completaba con la ley de facto N° 22.285, modificada por numerosos decretos presidenciales como el 1005/99. Regulaba específicamente la radiodifusión desligándola de la ley de telecomunicaciones. Así tenemos que la ley 19.798 del año 1972 —actualmente vigente como ley de telecomunicación— en la parte relativa a radiodifusión resultó derogada por la 22.285/80. Esta ley 22.285 —que representaba una mora por cuanto desde 1983 no se reemplazaba por una ley de la Democracia— finalmente será sustituida por el actual régimen —ley 26.552—.

A continuación vamos a realizar el análisis del actual régimen legal de la tele-radiodifusión.

La ley actual —llamada de servicios de comunicación audiovisual— cumple en general con casi todos los principios marcados en la **propuesta de la coalición por una radiodifusión democrática**⁶ —**no se ha reglamentado lo que contempla la propuesta en el punto 3 in fine**: “también estará prohibida por ley la asignación arbitraria o discriminatoria de publicidad oficial, créditos oficiales o prebendas”.

Los principios en los que se asientan son los siguientes:

- *Ratificando que los derechos humanos son la piedra fundamental de la vida en democracia.*
- *Convencidos de que los procesos de consolidación de democracia y justicia en nuestro continente son plenamente dependientes del ejercicio del derecho a la información de modo universal.*
- *Convencidos de que la libertad de expresarse, opinar e informarse es fundamental para el desarrollo de los pueblos, y para*

⁵ Actualmente cumple similares funciones por la ley 26.552 —artículo 10— la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA).

⁶ Extraído de <http://www.coalicion.org.ar/> (consulta febrero 2013).

mantener vivas sus culturas y diversidades, a las que se debe respetar para alcanzar una plena convivencia entre las naciones americanas.

- *Convencidos de que cuando no hay democracia, junto con el derecho a la vida y a la libertad física se atenta siempre contra la posibilidad de expresión e información de las mayorías.*
- *Convencidos de que sólo el pluralismo garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales en el estado de derecho.*
- *Considerando que en diversas declaraciones los sectores representativos de la vida democrática de nuestro continente han afirmado el valor de la pluralidad.*
- *Considerando que en la Declaración y Plan de Acción de Santiago de UNESCO (1992) se han reivindicado el rol y la importancia de los medios comunitarios en la construcción de la ciudadanía.*
- *Inspirados en la importancia para nuestro continente de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADDHH) en materia de libertad de expresión e información.*
- *Reconociendo el alcance universal en materia de sujetos, medios y mensajes con que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDDHH) ha interpretado el artículo 13 de la Convención.*
- *Reconociendo la importancia que alcanza la Declaración de Principios de Libertad de Expresión de la CIDDHH, al fijar estándares de interpretación del artículo 13 de la CADDHH.*
- *Reconociendo los valores asentados por la Relatoría de Libertad de Expresión de la OEA desde su instalación, en la búsqueda de ampliar los sectores amparados por su intervención.*
- *Reconociendo la importancia del capítulo referido a las radios comunitarias del Informe 2002 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.*
- *Recordando que la libertad de expresión es un derecho fundamental reconocido en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Resolución 59(I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Resolución 104 adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, La Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que todos estos acuerdos representan el marco legal y político al que se encuentran sujetos los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos.*

- *Recordando los dichos de la Declaración de los tres relatores de Libertad de Expresión (de la OEA, de la ONU y el Representante de la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación (OSCE)) realizada en Noviembre de 2001, titulada “Desafíos a la Libertad de Expresión en el Nuevo Siglo” se expide sobre el punto diciendo: Radiodifusión: La promoción de la diversidad debe ser el objetivo primordial de la reglamentación de la radiodifusión; la diversidad implica igualdad de género en la radiodifusión e igualdad de oportunidades para el acceso de todos los segmentos de la sociedad a las ondas de radiodifusión.*
- *Enfatizando que el Relator de Libertad de Expresión de la OEA señala que “la utilización de los medios tradicionales de comunicación masiva no siempre se presentan como medio accesible para la difusión de las necesidades y reivindicaciones de los sectores más empobrecidos o vulnerables de la sociedad. (Y que) En este sentido, los medios comunitarios de comunicación y difusión vienen insistiendo desde hace tiempo para incluir en las agendas nacionales, estrategias y contenidos que atiendan a las necesidades de estas comunidades.*
- *Recordando que también dice el Informe 2002 que “Dada la importancia que pueden tener estos canales de ejercicio de la libertad de expresión comunitarias, resulta inadmisibles el establecimiento de marcos legales discriminatorios que obstaculizan la adjudicación de frecuencias a radios comunitarias. Igualmente preocupante resultan las prácticas que, aún en los casos de funcionamiento en el marco de la legalidad, importan amenazas de cierre injustificadas, o incautación arbitraria de equipos”.*
- *Enfatizando que las normas técnicas aplicables a la radiodifusión deben facilitar y no obstaculizar la libre circulación de informaciones, de obras radiofónicas y audiovisuales y opiniones de conformidad al artículo 13.3 de la Convención Americana.*
- *Considerando que la Relatoría entiende que los Estados en su función de administradores de las ondas del espectro radioeléctrico deben asignarlas de acuerdo a criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades a todos los individuos en el acceso a los mismos, en virtud del Principio 12 de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión⁷.*

⁷ *Ibidem.*

Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual y niñez

No hay duda de la enorme influencia que ejercen los medios de comunicación⁸ sobre los comportamientos del público modelando estándares de comportamientos y transmitiendo valores.

Hay que resaltar que las nuevas tecnologías hoy incrementan visualmente el desarrollo de un imaginario violento y que influyen en los MMCC masivos.

Los contenidos audiovisuales destinados a la niñez presentan muchas veces una apariencia neutra pero que subrepticamente producen expropiaciones simbólicas globalizando valores que no son adecuados al desarrollo ético vgr. consumismo a ultranza, explotación del niño en apariencias de adultos, como son los certámenes de belleza, la violencia a ultranza, la destrucción y otros.

Los MMCC tienen una enorme responsabilidad en cuanto a la emisión de contenidos especialmente cuando están involucradas la niñez y adolescencia. Se debe tener cuidado con la manipulación, porque las formas en que se comunica ayuda o afirma a la formación de estereotipos —positivos o negativos— por ello es importante que desde los MMCC se promueva una concepción del niño o adolescente como sujeto de derecho y su respeto como tal.

La ley de Servicios de Comunicación pone especial énfasis en la protección de la niñez, así los objetivos educacionales previstos en el artículo 3^o y las definiciones pertinentes contenidas en el artículo 4 tienen en

⁸ En adelante MMCC.

⁹ Art. 3^o - Objetivos. Se establecen para los servicios de comunicación audiovisual y los contenidos de sus emisiones, los siguientes objetivos:

- a) La promoción y garantía del libre ejercicio del derecho de toda persona a investigar, buscar, recibir y difundir informaciones, opiniones e ideas, sin censura, en el marco del respeto al Estado de Derecho democrático y los derechos humanos, conforme las obligaciones emergentes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados incorporados o que sean incorporados en el futuro a la Constitución Nacional;
- b) La promoción del federalismo y la Integración Regional Latinoamericana;
- c) La difusión de las garantías y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional;
- d) La defensa de la persona humana y el respeto a los derechos personalísimos;
- e) La construcción de una sociedad de la información y el conocimiento, que priorice la alfabetización mediática y la eliminación de las brechas en el acceso al conocimiento y las nuevas tecnologías;
- f) La promoción de la expresión de la cultura popular y el desarrollo cultural, educativo y social de la población;
- g) El ejercicio del derecho de los habitantes al acceso a la información pública;
- h) La actuación de los medios de comunicación en base a principios éticos;
- i) La participación de los medios de comunicación como formadores de sujetos, de actores sociales y de diferentes modos de comprensión de la vida y del mundo, con pluralidad de puntos de vista y debate pleno de las ideas;

cuenta lo prescripto por la “Convención sobre los Derechos del Niño” de 1989, y que tiene jerarquía constitucional conforme el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, a partir de la Reforma de 1994, además otros que serán materia de nuestro análisis.

La Convención, aprobada por nuestro país mediante la ley 23.849¹⁰, reconoce en su artículo 17 la importante función que desempeñan los medios de comunicación y obliga a los Estados a velar porque el niño¹¹ tenga acceso a información y material procedente de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental.

Los Estados partes, con tal objeto:

a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;

b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales; y

c) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

En México, Perú, Venezuela y otros países, existen sistemas legales de protección de la niñez a través del sistema de horario de protección. Como así también lo ha normado nuestro país con la nueva normativa vigente.

j) El fortalecimiento de acciones que contribuyan al desarrollo cultural, artístico y educativo de las localidades donde se insertan y la producción de estrategias formales de educación masiva y a distancia, estas últimas bajo el contralor de las jurisdicciones educativas correspondientes;

k) El desarrollo equilibrado de una industria nacional de contenidos que preserve y difunda el patrimonio cultural y la diversidad de todas las regiones y culturas que integran la Nación;

l) La administración del espectro radioeléctrico en base a criterios democráticos y republicanos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en su acceso por medio de las asignaciones respectivas;

m) Promover la protección y salvaguarda de la igualdad entre hombres y mujeres, y el tratamiento plural, igualitario y no estereotipado, evitando toda discriminación por género u orientación sexual;

n) El derecho de acceso a la información y a los contenidos de las personas con discapacidad;

ñ) La preservación y promoción de la identidad y de los valores culturales de los Pueblos Originarios.

¹⁰ Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 22/10/1990.

¹¹ La expresión es genérica de niños, niñas y adolescentes.

En tal sentido, el artículo 4 define lo que se entiende por programa infantil, al señalar que se entiende por tal:

(...) [aquel] Producto audiovisual específicamente destinado a ser emitido por radio o televisión creado para y dirigido a niños y niñas, generado a partir de elementos estilísticos, retóricos y enunciativos de cualquier género o cruce de géneros que deben estar atravesados por condicionantes, limitaciones y características propias que apelan y entienden a la niñez como un estatus especial y diferente a otras audiencias.

En cuanto al artículo 17, el mismo fue incorporado ante la propuesta de diversos actores de la sociedad civil, tales como: Consejo Nacional de la Mujer, Centro Cultural de la Memoria H. Conti, Alianza MenEngage, Red Nacional de Jóvenes y Adolescentes para la Salud Sexual y Reproductiva, Feministas en Acción, Red No a la Trata, ONG Mentes Activas, Fundación Mujeres en Igualdad, Grupo de Estudios Sociales, Revista Digital Feminas, Grupos Vulnerables, Unidad para la Erradicación de la Explotación Sexual Infantil (Secretaría de DDHH), Consejo Federal de Derechos Humanos, FM Azoteas, Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, Programa Juana Azurduy, Comunicación del Archivo Nacional de la Memoria; periodistas, estudiantes de Ciencias Sociales, legisladoras, entre otros¹².

Se dispone por el mismo: (...) [la creación del] *Consejo Asesor de la Comunicación Audiovisual y la Infancia. La autoridad de aplicación deberá conformar un Consejo Asesor de la Comunicación Audiovisual y la Infancia, multidisciplinario, pluralista, y federal integrado por personas y organizaciones sociales con reconocida trayectoria en el tema y por representantes de niños, niñas y adolescentes.*

Su funcionamiento será reglamentado por la autoridad de aplicación de la ley. El mismo tendrá entre sus funciones:

a) La elaboración de propuestas dirigidas a incrementar la calidad de la programación para los niños, niñas y adolescentes;

b) Establecer criterios y diagnósticos de contenidos recomendados o prioritarios y, asimismo, señalar los contenidos inconvenientes o dañinos para los niños, niñas y adolescentes, con el aval de argumentos teóricos y análisis empíricos;

c) Seleccionar con base en un modelo objetivo de evaluación, los proyectos que se presenten al Fondo de Fomento Concursable previsto en el artículo 153;

d) Propiciar la realización de investigaciones y estudios sobre audiovisual e infancia y de programas de capacitación en la especialidad;

¹² Ver Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual N° 26.522, También llamada ley de Medios de Comunicación o ley de Medios.

e) Apoyar a los concursos, premios y festivales de cine, video y televisión para niños, niñas y adolescentes y los cursos, seminarios y actividades que aborden la relación entre audiovisual e infancia que se realicen en el país, así como los intercambios con otros festivales, eventos y centros de investigación internacionales, en el marco de los convenios sobre audiovisual y cooperación cultural suscriptos o a suscribirse;

f) Promover una participación destacada de la República Argentina en las cumbres mundiales de medios para niños, niñas y adolescentes que se vienen realizando en distintos países del mundo de manera bianual y apoyar las acciones preparatorias que se realicen en el país a tal fin;

g) Formular un plan de acción para el fortalecimiento de las Relaciones del Campo Audiovisual que comprende cine, televisión, video, videojuegos, informática y otros medios y soportes que utilicen el lenguaje audiovisual, con la cultura y la educación;

h) Proponer a los representantes del sector ante el Consejo Consultivo Honorario de los Medios Públicos;

i) Promover la producción de contenidos para niños, niñas y adolescentes con discapacidad;

j) Elaborar un Programa de Formación en Recepción Crítica de Medios y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a fin de:

- (1) Contribuir a la capacitación y actualización de los docentes para una apropiación crítica y creativa del audiovisual y las tecnologías de la información y las comunicaciones, en su carácter de campos de conocimiento y lenguajes crecientemente articulados entre sí.
- (2) Formar las capacidades de análisis crítico, apreciación y comunicación audiovisual de los niños, niñas y adolescentes para que puedan ejercer sus derechos a la libertad de elección, de información y de expresión, en su calidad de ciudadanos y de públicos competentes de las obras audiovisuales nacionales e internacionales.
- (3) Apoyar la creación y el funcionamiento de redes de niños, niñas y adolescentes en las que sus participantes puedan generar acciones autónomas de análisis y creación de sus propios discursos audiovisuales e instancias de circulación de los mismos, como parte inescindible de su formación integral y de su condición de ciudadanos.
- (4) Aportar a la generación de condiciones de igualdad de oportunidades para el acceso a la información, conocimientos, aptitudes y tecnologías de la información y las comunicaciones que posibiliten la superación de la brecha digital y promuevan

la inserción de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes en la sociedad del conocimiento y el diálogo intercultural que ella reclama.

k) Monitorear el cumplimiento de la normativa vigente sobre el trabajo de los niños, niñas y adolescentes en la televisión;

l) Establecer y concertar con los sectores de que se trate, criterios básicos para los contenidos de los mensajes publicitarios, de modo de evitar que éstos tengan un impacto negativo en la infancia y la juventud, teniendo en cuenta que una de las principales formas de aprendizaje de los niños es imitar lo que ven.

Por su parte, el artículo 68 dispone, en materia de *Protección de la niñez y contenidos dedicados*, deben ajustarse a las siguientes condiciones:

a) En el horario desde las 6.00 y hasta las 22.00 horas deberán ser aptos para todo público;

b) Desde las 22.00 y hasta las 6.00 horas se podrán emitir programas considerados aptos para mayores.

En el comienzo de los programas que no fueren aptos para todo público, se deberá emitir la calificación que el mismo merece, de acuerdo a las categorías establecidas en este artículo.

Durante los primeros treinta (30) segundos de cada bloque se deberá exhibir el símbolo que determine la autoridad de aplicación al efecto de posibilitar la identificación visual de la calificación que le corresponda.

En el caso en que la hora oficial no guarde uniformidad en todo el territorio de la República, la autoridad de aplicación modificará el horario de protección al menor que establece este artículo al efecto de unificar su vigencia en todo el país.

No será permitida la participación de niños o niñas menores de doce (12) años en programas que se emitan entre las 22.00 y las 8.00 horas, salvo que éstos hayan sido grabados fuera de ese horario, circunstancia que se deberá mencionar en su emisión.

La reglamentación determinará la existencia de una cantidad mínima de horas de producción y transmisión de material audiovisual específico para niños y niñas en todos los canales de televisión abierta, cuyo origen sea como mínimo el cincuenta por ciento (50%) de producción nacional y establecerá las condiciones para la inserción de una advertencia explícita previa cuando por necesidad de brindar información a la audiencia (noticieros/flashs) pueden vulnerarse los principios de protección a niños, niñas y adolescentes en horarios no reservados para un público adulto.

Asimismo, el artículo 69, sobre *Codificación*, señala que no serán de aplicación el inciso a) del artículo 68 en los servicios de televisión por suscripción de emisiones codificadas, en las que se garantice que a las mis-

mas sólo se accede por acción deliberada de la persona que las contrate o solicite.

En el artículo 70, la ley expresa que la programación deberá evitar contenidos que promuevan o inciten tratos discriminatorios basados en la raza, el color, el sexo, la orientación sexual, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento, el aspecto físico, la presencia de discapacidades o que menoscaben la dignidad humana o induzcan a comportamientos perjudiciales para el ambiente o para la salud de las personas y la integridad de los niños, niñas o adolescentes.

El artículo 71 prescribe que quienes produzcan, distribuyan, emitan o de cualquier forma obtengan beneficios por la transmisión de programas y/o publicidad velarán por el cumplimiento de lo dispuesto por las leyes 23.344, sobre publicidad de tabacos; la 24.788 —Ley Nacional de lucha contra el Alcoholismo—; la 25.280, por la que se aprueba la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad; la Ley 25.926, sobre pautas para la difusión de temas vinculados con la salud; 26.485 —Ley de protección integral para prevenir, sancionar, y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales— y por lo que regula la 26.061, sobre protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes así como de sus normas complementarias y/o modificatorias y de las normas que se dicten para la protección de la salud y de protección ante conductas discriminatorias.

En materia publicitaria, la ley también persigue la protección de la niñez, toda vez que el articulado expresa:

(...) Emisión de publicidad. Los licenciatarios o autorizados de los servicios de comunicación audiovisual podrán emitir publicidad conforme a las siguientes previsiones:

g) Se cumplirá lo estipulado para el uso del idioma y la protección al menor;

h) La publicidad destinada a niñas y niños no debe incitar a la compra de productos explotando su inexperiencia y credulidad;

i) Los avisos publicitarios no importarán discriminaciones de raza, etnia, género, orientación sexual, ideológicos, socio-económicos o nacionalidad, entre otros; no menoscabarán la dignidad humana, no ofenderán convicciones morales o religiosas, no inducirán a comportamientos perjudiciales para el ambiente o la salud física y moral de los niños, niñas y adolescentes (...)¹³.

¹³ Artículo 81.

En el título X referido a “Determinación de políticas públicas”, en alusión a la niñez dispone la creación de un Fondo de Fomento Concursable para la Producción de Programas de Televisión de Calidad para Niños, Niñas y Adolescentes, y en esa línea, el inciso g) del artículo 153 insta a desarrollar estrategias y coproducciones internacionales que permitan producir más televisión y radio de carácter educativo, cultural e infantil.

En materia de reglamentación de la ley de servicios de comunicación audiovisual el decreto 1225/2010 del 31 de agosto de 2010, reglamenta la ley N° 26.522, señalando que se han considerado los aportes de *Radio María* en la reglamentación del artículo 68, tendientes a la protección de niñas, niños y adolescentes. En esta reglamentación se dispone que al inicio del horario establecido como apto para todo público y a su finalización, deberá emitirse claramente, en forma escrita y oral, la leyenda “A partir de este momento comienza el horario apto para todo público”, y “a partir de este momento finaliza el horario apto para todo público”, respectivamente. También se contempla que para la identificación visual de la calificación, en el caso de largometrajes y/o telefilmes, será de aplicación lo dispuesto por la Resolución del INCAA (Instituto Nacional de Artes Audiovisuales) N° 1045 del 30 de mayo de 2006, modificada por su similar N° 750 del 9 de mayo de 2007.

Asimismo establece que de manera previa a la difusión de flashes o avances informativos, contenidos noticiosos o de alto impacto que puedan vulnerar los principios de protección al menor en horarios no reservados para público adulto, se deberá insertar la leyenda: “Atención, contenido no apto para niñas, niños o adolescentes”. Y prescribe un mínimo de tres (3) horas diarias de la programación de los servicios televisivos abiertos para ser destinadas a contenidos especialmente dedicados a niños, niñas y adolescentes.

Se define con mayor precisión los alcances de la participación de niños y niñas menores de doce (12) años en programas que se emitan luego de las 22.00 horas, considerando tales a las actuaciones, demostraciones de destrezas, habilidades, representaciones artísticas o cualquier tipo de actividad en las que niños y/o niñas participen o realicen durante su desarrollo, debiendo indicarse en forma explícita, si el programa ha sido grabado o se emite en vivo.

En la reglamentación al artículo 69, se dispone que debe considerarse acceso restringido cuando el mismo no es posible en forma inmediata, sino que entre el usuario de dicho servicio y el contenido al que se pretende acceder, existe un protocolo específico, una suerte de obstáculo que intermedia entre el contenido y el usuario.

En igual sentido, se considera contraria a los intereses de niños, niñas y adolescentes aquella publicidad dirigida a ellos en la que se promueva la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a sus padres o tutores.

No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitud necesarias en los niños, niñas o adolescentes, que puedan ser utilizados sin producir daño para sí o a terceros¹⁴.

Conclusión

La ley de Servicios de Comunicación Audiovisual viene a complementar la ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes dada en el año 2005, la cual inició una nueva etapa desde el punto de vista legal por la cual pasan a ser reconocidos como sujetos de pleno derecho. Pero es de señalar que las nuevas tecnologías hoy incrementan visualmente el desarrollo de un imaginario violento y que influyen en los MMCC, dada su masividad.

Los MMCC tienen una enorme responsabilidad en cuanto a la emisión de contenidos especialmente cuando están involucradas la niñez y adolescencia. Se debe tener cuidado con la manipulación, porque las formas en que se comunica contribuye a la formación de estereotipos —positivos o negativos—, por ello es importante que desde los MMCC se promueva una concepción del niño o adolescente como sujeto de derecho y su respeto como tal, como así lo remarca la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño —ley N° 23.849—.

En igual sentido —promoviendo la protección de la infancia— se realizó el año pasado, en la ciudad autónoma de Buenos Aires, el **I Encuentro sobre Niñas, Niños y Adolescentes y los Medios de Comunicación Audiovisual del MERCOSUR y Estados Asociados** en el marco de la Reunión de Ministros y Autoridades de Desarrollo Social del MERCOSUR y Estados Asociados. En relación a esta temática los representantes de los Estados miembros y asociados¹⁵ asumieron un conjunto de compromisos como el de jerarquizar las acciones gubernamentales tendientes a garantizar el derecho a la comunicación y fundamentalmente fortalecer el derecho a la información y a la libertad de expresión, promoviendo regulaciones específicamente en los medios audiovisuales con el objeto de favorecer la

¹⁴ Artículo 81 inciso h reglamentado por el Decreto Reglamentario 1225/2010.

¹⁵ Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

participación de niños y adolescentes en las pantallas ya sea otorgándoles posibilidades de ser escuchados como la de participar en la producción y programación de contenidos dirigidos a ellos mismos, conforme sus intereses; protegiéndolos de contenidos nocivos respetando la imagen y la intimidad, distinguiendo los horarios de protección infantil no solo en su franja horaria sino también en su contenido, evitando seducirlos a través de la publicidad en el mundo del consumismo en edades tan tempranas y aprovechándose de la inocencia infantil.

También se destaca como compromiso el promover la realización de *“Noticieros Infantiles”* y que los noticieros de adultos respeten las restricciones impuestas por el horario de protección infantil y que se inculquen y defiendan los principios de democracia, no discriminación, igualdad de género, la integración de la Patria Grande Latinoamericana, entre otros.

Asimismo, los estados parte y los asociados del MERCOSUR, se comprometieron a comenzar a trabajar en una propuesta de *Banco Regional de Contenidos y Producciones Audiovisuales para Niños, Niñas y Adolescentes* destinado a señales televisivas sin fines de lucro, con el objeto de promover el intercambio y circulación de producciones audiovisuales entre los países de la Región, así como la producción de contenidos de uso común¹⁶.

Como se puede observar, la novedosa legislación argentina en materia de servicios de comunicación audiovisual no sólo respeta los principios de la Convención de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes, que desde 1994 tiene rango constitucional, sino que también la política exterior argentina ha promovido en el concierto regional, y específicamente en el MERCOSUR, proyectar tal experiencia a los restantes países sudamericanos.

Bibliografía

Además de la citada en notas:

ALBORNOZ, L. A.; CASTILLO, J.; HERNÁNDEZ, P.; MASTRINI, G. y POSTOLSKI, G. (2000), “La política a los pies del mercado: la comunicación en la Argentina de la década del 90”, en *Globalización y Monopolios en la Comunicación en América Latina*. Editorial Biblos. Buenos Aires.

BORGARELLO, E. S., et alter (2012), *Manual de Derecho de la Información*. Editorial EDCl, Córdoba.

DUHALDE, LUIS EDUARDO (1999), *Teoría jurídico-política de la comunicación*. Editorial Eudeba, Bs. As.

¹⁶ Encuentro sobre Niñas, Niños y Adolescentes y los Medios de Comunicación Audiovisual del MERCOSUR y Estados Asociados.

ETCHEVERRY, RAÚL A.; PACHECOY, SUSANA E. (2011), *Servicios de Comunicación Audiovisual. Régimen legal - Derecho comparado*. Editorial La ley.

SCHIFER, PORTO (2006), *Regulación jurídica de la radiodifusión argentina*. Editorial Instituto de Derecho de las comunicaciones. Facultad de Derecho UBA Año 1 N° 4.

Páginas online

<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/http://www.afsca.gob.ar/web/>.

<http://www1.hcdn.gov.ar/>.

<http://zur2.wordpress.com/>.

<http://legislacion.elderecho.com.ar/>.

<http://www.comercioyjusticia.com.ar/>.



LA “SEGURIDAD JURÍDICA” COMO RESTRICCIÓN A LOS DERECHOS SOCIALES†

*Horacio Javier Etchichury**

Resumen: El trabajo analiza cómo cierta concepción de “seguridad jurídica” se presenta como una restricción a la vigencia efectiva de los derechos sociales constitucionales. En primer lugar, se presentan dos concepciones de “seguridad jurídica”, una estricta y otra ampliada. Se marcan las diferencias de origen y alcance entre ambas. En particular, se señala el vínculo de la segunda visión con las propuestas de organismos multilaterales de crédito, tales como el Banco Mundial y su concepto de “clima de inversión”. Luego se describe el supuesto vínculo entre la concepción ampliada y el crecimiento económico. Se analizan entonces las vías por las que esta segunda versión de la seguridad jurídica puede recortar los derechos sociales, o subordinarlos a otros derechos u otros objetivos de política económica, especialmente en el área de los derechos laborales.

Palabras claves: Seguridad jurídica – Clima de inversión – Derechos Sociales – Banco Mundial.

Introducción

En este trabajo¹ exponemos nuestras reflexiones iniciales en torno a la relación entre seguridad jurídica y derechos sociales. En particular, señalamos algunas formas en las que el primer concepto podría utilizarse como una herramienta para recortar o subordinar los derechos sociales.

Para ello, presentamos (1) dos concepciones de “seguridad jurídica” que hemos reconocido. Luego describimos (2) el alegado vínculo entre una de ellas y el crecimiento económico. Analizamos (3) las vías por las que esa misma concepción de seguridad jurídica puede recortar los derechos sociales, para luego exponer (4) nuestras primeras conclusiones.

† Recibido el 22/05/2013, aprobado el 08/11/2013.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). LL. M. (Master of Laws), Yale Law School, New Haven, Estados Unidos. Abogado y licenciado en Comunicación Social, UNC. Investigador Asistente, CONICET. Profesor de Derecho Constitucional, de Introducción al Derecho y de Epistemología de las Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Correo electrónico: etchichury74@gmail.com.

¹ Una versión anterior de este trabajo fue expuesta el 10 de mayo de 2012 ante el Simposio “Seguridad y Derecho. Relecturas sobre seguridad jurídica”, coorganizado por la UNC y el DAAD (Servicio Alemán de Intercambio Académico). Agradezco los comentarios de Gustavo Beade, quien estuvo a cargo de la relatoría en el panel correspondiente.

1. Concepciones de “seguridad jurídica”

Podemos distinguir la noción de “seguridad jurídica” en un sentido estricto y en uno amplio.

En sentido estricto. La seguridad jurídica, bajo esta visión, aparece como una consecuencia de adoptar una constitución escrita y rígida. Ello suele implicar, como mínimo:

1) el principio de legalidad, como se lo prevé en los arts. 4, 14 y 19 de la Constitución Nacional (CN), como así también en el art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); este principio permite un adecuado conocimiento y certeza sobre el derecho y la previsión de las consecuencias jurídicas de las conductas²;

2) la irretroactividad de las leyes, especialmente en el ámbito penal, o en relación con el derecho de propiedad (así se halla en los arts. 17 y 18 de la CN), respetando el concepto de “derecho adquirido”³;

3) la justiciabilidad de los derechos y el control judicial de constitucionalidad, en plazos razonables y por magistrados independientes e imparciales (tal como se consagra en el art. 43 de la CN y en el art. 8 de la CADH)⁴.

Un sentido amplio. Pero ha ido conformándose una formulación ampliada. Abarca así nuevos elementos, referidos más bien al modo de actuación de los poderes públicos. Tales pautas no se hallan consagradas, en general, dentro del articulado constitucional argentino. Expresan, en cambio, ciertas aspiraciones sobre cómo deberían comportarse quienes integran las ramas del Gobierno, y ciertos efectos deseables. Bajo esta versión amplia, la seguridad jurídica incluye⁵:

1) la regularidad y eficacia del poder judicial (que va más allá de la simple justiciabilidad en tanto posibilidad de reclamo ante la judicatura);

² Véase, por ejemplo, KAUFMAN, GUSTAVO A., “Seguridad jurídica y progreso económico”, en KAUFMAN, GUSTAVO A. *et al.*, *Premio Anual ADEBA, 1992. La seguridad jurídica y el progreso económico*, Tesis, Buenos Aires, 1993, pp. 19, 25; CUETO RÚA, JULIO, “Seguridad jurídica”, *La Ley*, 1994-A, 742, párr. III; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “La seguridad jurídica”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1998-203, párr. II.1.

³ La Corte Suprema argentina ha señalado que cuando se configura un derecho bajo la vigencia de una norma determinada, la modificación de esa norma no puede alterar el derecho adquirido, protegido por el art. 17 de la CN; véase SESÍN, DOMINGO, “La inseguridad jurídica como vicio de juridicidad”, *La Ley*, 2011-D, 715, párr. VII.1.

⁴ Estos elementos ameritan un desarrollo extenso y suscitan profundas discusiones, sin duda muy conocidas. Sin embargo, en este escrito nos limitamos a plantear la enumeración, para poder avanzar en nuestro tema específico.

⁵ Resumimos aquí aspectos señalados por la doctrina argentina; en particular, véanse ALTERINI, ATILIO A., *La inseguridad jurídica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 25, 43; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *La seguridad jurídica*, *op. cit.*, párr. I.4; SESÍN, DOMINGO, *La inseguridad jurídica como vicio de juridicidad*, *op. cit.*, párr. III.

2) la claridad y coherencia del sistema legal (características que exceden al principio de legalidad en sí mismo);

3) la estabilidad del derecho, que no significa inmovilismo sino mutaciones previsibles y razonables; y

4) la confianza en las instituciones públicas⁶ y en el orden jurídico.

Como vemos, este concepto más amplio no deriva directamente del texto constitucional argentino, sino que —en todo caso— podría ligarse a ciertos supuestos de base o filosóficos (en general, no explicitados).

Bajo esta noción más amplia, parte de la doctrina argentina sostiene que los cambios legislativos y jurisprudenciales afectan la seguridad jurídica⁷. Así, se afirma que la Legislatura debe guardar claridad y coherencia al emitir normas⁸, habiendo asegurado la participación de los sectores interesados⁹ y evitando “el frenesí reglamentarista”¹⁰. Los jueces, por su parte, deben tener en cuenta la proyección futura y general de decisiones para casos individuales¹¹, y tratar de mantener interpretaciones coherentes del derecho; mantener la seguridad jurídica debe verse como una de sus funciones principales; incluso algunos sugieren que las interpretaciones “originalistas” de la Constitución contribuyen a la seguridad jurídica¹².

Coincidencias con los organismos multilaterales. Como veremos más adelante, los documentos del Banco Mundial (BM), por ejemplo, sugieren este tipo de arreglos institucionales, bajo el rótulo de “rule of law” (“estado de derecho” o “gobierno de leyes”, en una traducción simplificada) o “good governance” (“gobernanza”¹³ o “buen gobierno”). Se ofrece como una vía para que los países en desarrollo logren desplegar todo su potencial. El Banco intenta así complementar sus proyectos anteriores, centrados en las reformas económicas.

Hay quienes denominan a este giro como la “tercera generación” de los programas de ajuste estructural, surgida tras la crisis asiática de 1997-1998. El foco pasa al fortalecimiento institucional, la flexibilidad en

⁶ Kaufman agrega el requisito de que las autoridades sean elegidas democráticamente; véase KAUFMAN, GUSTAVO A., *Seguridad jurídica y progreso económico*, op. cit., pág. 26.

⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *La seguridad jurídica*, op. cit., párr. II.1.

⁸ KAUFMAN, GUSTAVO A., *Seguridad jurídica y progreso económico*, op. cit., pp. 28-29.

⁹ SESÍN, DOMINGO, *La inseguridad jurídica como vicio de juridicidad*, op. cit., párr. V.

¹⁰ ALTERINI, Atilio A., *La inseguridad jurídica*, op. cit., pág. 28.

¹¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *La seguridad jurídica*, op. cit., párr. II.4.

¹² KAUFMAN, GUSTAVO A., *Seguridad jurídica y progreso económico*, op. cit., pp. 32, 35, 55.

¹³ Este término, a primera vista un anglicismo, se halla aceptado en el Diccionario de la Real Academia Española. Allí se ofrece esta definición: “Arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía”.

el mercado de trabajo, la supervisión y regulación del sector financiero, la transparencia y el buen gobierno. La publicación insignia del Banco, el *World Development Report*, establece en su edición de 2000 una nueva estrategia, basada en “promoción¹⁴ y participación” (“empowerment and participation”)¹⁵. Este informe anual expone las preocupaciones e ideas actuales del Banco y la evolución de su pensamiento¹⁶.

El BM tiene una importante capacidad para proponer políticas públicas. Desarrolla amplios esfuerzos de investigación y difusión, si bien le falta tomar debidamente en cuenta el trabajo de otras instituciones dedicadas al desarrollo. Probablemente no tiene suficiente conocimiento sobre ideas alternativas; la mayoría de su personal técnico, más allá de su nacionalidad de origen, se ha formado en un mismo entorno: las escuelas de posgrado de Estados Unidos. A través de sus informes e investigaciones, el Banco propone a los países prestatarios nuevas razones para solicitar préstamos. Plantea temas y preocupaciones que sirven de base para nuevos proyectos¹⁷.

Estas propuestas tienen relevancia porque se ofrecen a las naciones en desarrollo junto con el financiamiento para implementarlas. Al mismo tiempo, la aprobación del BM y el Fondo Monetario Internacional (FMI) suele ser una condición para obtener préstamos de otras entidades públicas o privadas. El poder del BM y FMI se debe a la calidad de los recursos que distribuyen (conocimiento técnico y dinero¹⁸), y también a que se han convertido de hecho en prestamistas de última instancia¹⁹. Es posible comprobar la influencia del BM a través del monto de recursos que maneja. Presta entre 20 y 25 mil millones de dólares al año, mientras

¹⁴ Preferimos este término al anglicismo “empoderamiento”, no incluido en el Diccionario de la Real Academia Española.

¹⁵ MCGEE, ROSEMARY, “Poverty Reduction Strategy Papers: a role for civil society?”, en POTTS, DAVID *et al.*, *Development Planning and Poverty Reduction*, Palmgrave, Hampshire (GB) y Nueva York, 2003, pp. 128-129.

¹⁶ SINDZINGRE, ALICE, “The evolution of the concept of poverty in multilateral financial institutions. The case of the World Bank”, en BØÅS, MORTEN y MCNEILL, DESMOND (eds.), *Global institutions and development. Framing the world?*, Routledge, Londres y Nueva York, 2004, pág. 166; KILLINGER, STEFANIE, *The World Bank’s non-political mandate*, Carl Heymanns Verlag KG, Colonia-Berlín-Munich, 2003, pág. 66.

¹⁷ SINDZINGRE, ALICE, *The evolution of the concept of poverty in multilateral financial institutions. The case of the World Bank*, *op. cit.*, pp. 166, 168, 174.

¹⁸ DAÑINO, ROBERTO, *¿Es la seguridad jurídica un factor limitativo del crecimiento?*, I Encuentro Empresarial Iberoamericano “Un impulso a la integración económica”, Salamanca (España), 13 y 14 de octubre de 2005; texto disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTICE/214576-1139604306966/20817271/JuridicalSecuritySpanishSalamanca101305.pdf>, pág. 8.

¹⁹ NIELSEN y CHODOS, 2004: parág. II; MORGAN-FOSTER, 2003: 586.

que —por ejemplo— el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) gasta menos de 3 mil millones anuales²⁰.

Precisamente, la facultad de dar o negar créditos permite fijar "condicionalidades", esto es, un conjunto de políticas que el país en cuestión deberá ejecutar a cambio del dinero recibido. En este caso, se proponen reformas legales y judiciales que el BM impulsa a través de créditos sujetos a estos requisitos²¹. Se ha señalado que este discurso sobre "rule of law" aparenta ser abierto, pero en realidad insta a determinados proyectos políticos camuflados bajo aquel concepto²².

2. La "seguridad jurídica" y la economía

Tanto en cierta doctrina argentina como en los textos del BM la seguridad jurídica (en este sentido amplio) aparece como un factor necesario para el crecimiento económico y la inversión. Se afirma que las personas y empresas inversoras necesitan "reglas claras[...], con protección al derecho de propiedad, el cumplimiento de los contratos, el respeto de los derechos fundamentales, la estabilidad de las leyes, el acceso a la justicia y la independencia del Poder Judicial"²³. Por su parte, el asesor legal del BM, Roberto Dañino, asegura que "un adecuado sistema jurídico y judicial es un componente fundamental para la captación de inversiones privadas"²⁴. En esto coinciden autores argentinos, más allá de diferencias en torno a si se trata de un factor "determinante"²⁵ o sólo coadyuvante²⁶ para el desarrollo. La adopción de pautas de "rule of law", incluyendo los derechos humanos y la creación de un poder judicial independiente se emplean como una "señal" para los inversores, con el objetivo de mostrar una actitud favorable hacia los derechos, especialmente el de propiedad²⁷.

²⁰ KILLINGER, STEFANIE, *The World Bank's non-political mandate*, op. cit., pág. 74; BANCO MUNDIAL, *A guide to the World Bank*, 2ª ed., World Bank, Washington (D.C.), 2007, pág. 76.

²¹ En 2005, se contaban al menos 10 proyectos con esos objetivos en América Latina, según informaba el vicepresidente legal del BM; véase DAÑINO, ROBERTO, *¿Es la seguridad jurídica un factor limitativo del crecimiento?*, op. cit., pág. 12; véase también RITTICH, KERRY, "The future of law and development: second generation reforms and the incorporation of the social", *Michigan Journal of International Law*, núm. 26, otoño 2004, pág. 217.

²² NGUGUI, JOEL M., "Policing neo-liberal reforms: the rule of law as an enabling and restrictive discourse", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, núm. 26, otoño de 2005, pág. 516.

²³ SESÍN, DOMINGO, *La inseguridad jurídica como vicio de juridicidad*, op. cit., párr. III.

²⁴ DAÑINO, ROBERTO, *¿Es la seguridad jurídica un factor limitativo del crecimiento?*, op. cit., pág. 3.

²⁵ ALTERINI, ATILIO A., *La inseguridad jurídica*, op. cit., pág. 61.

²⁶ SESÍN, DOMINGO, *La inseguridad jurídica como vicio de juridicidad*, op. cit., párr. II.

²⁷ FARBER, DANIEL A., "Rights as signals", *The Journal of Legal Studies*, vol. XXXI, enero de 2002, pág. 98.

Clima de inversión. Un nuevo concepto del BM integra el aspecto económico dentro de aquella noción amplia de seguridad jurídica. Se trata del “clima de inversión” (“investment climate”). La edición del *World Development Report* publicada en 2004 se dedica íntegramente a este concepto. Allí se indica que un buen clima de inversión genera crecimiento alentando inversión y mayor productividad, removiendo costos injustificados, riesgos y barreras a la competencia²⁸. Por el contrario, la “incertidumbre sobre políticas, la inestabilidad macroeconómica y la regulación arbitraria pueden también nublar las oportunidades y enfriar los incentivos para invertir”²⁹. Volveremos sobre este texto en un apartado posterior de este escrito. El Banco también publica anualmente *Doing Business*, un relevamiento del impacto que las regulaciones tienen sobre la creación y funcionamiento de empresas; incluye las normas sobre contratación y despido de trabajadores. Esta es otra muestra de su interés por la cuestión legal.

El BM privilegia la predictibilidad de las reglas para los inversores³⁰, en coincidencia con autores argentinos, que la definen como un “pre-requisito del mercado”³¹.

El rol instrumental del derecho. Las normas toman el carácter de herramientas para alcanzar las inversiones y el crecimiento económico. El BM muestra muestran en sus textos una aceptación creciente de este papel³². Cabe preguntarse si este enfoque puede terminar siendo contra-productivo. Cuando el respeto del derecho se subordina al logro de ciertos efectos secundarios deseables, ese mismo respeto pierde autenticidad y —en consecuencia— sus supuestas derivaciones tampoco surgen del modo esperado. Por otra parte, la observancia de los derechos humanos puede depender de sus implicaciones para la economía. Un ejemplo aparece en este pasaje de una publicación del BM, donde Richard Posner aconseja recortar el derecho al debido proceso penal a fin de no amenazar los derechos de propiedad:

“[...] asegurar derechos amplios a los criminales puede debilitar la eficacia del derecho penal, y de ese modo, afectar los derechos de propiedad [...] las leyes penales estrictas y una correlativa atenuación de la protección de las libertades civiles pueden ser una parte significativa de la

²⁸ Banco Mundial, *World Development Report 2005. A better investment climate for everyone*, World Bank, Washington (D.C.), 2004, pág. 2.

²⁹ *Ídem*, pág. 5.

³⁰ NGUGUI, JOEL M., “Policing neo-liberal reforms: the rule of law as an enabling and restrictive discourse”, *op. cit.*, pp. 528-529.

³¹ Véase, por ejemplo, ALTERINI, ATILIO A., *La inseguridad jurídica*, *op. cit.*, pág. 63.

³² RITTICH, KERRY, “The future of law and development: second generation reforms and the incorporation of the social”, *op. cit.* pág. 204.

reforma jurídica y una herramienta importante para proteger los derechos de propiedad y de contratar³³.

3. Seguridad jurídica como limitación a los derechos sociales

La noción ampliada de seguridad jurídica se proyecta hacia un conjunto determinado de derechos, los denominados "sociales" o "económicos, sociales y culturales", contenidos en la CN.

Si la tomamos sólo en su sentido estricto, la seguridad jurídica exige el reconocimiento y justiciabilidad de estos derechos. Sin embargo, la noción amplia —y especialmente bajo la versión del BM— conduce a negar o recortar su alcance. Este efecto se produce por varias vías: *i*) por vía de omisión, *ii*) por limitaciones a la intervención estatal en la economía, y *iii*) por medidas violatorias de los derechos sociales.

i) Por omisión. Quienes proponen una versión ampliada de seguridad jurídica ponen énfasis sólo en el derecho de propiedad y en la libertad de contratar. Esto coloca a otros derechos en una posición subordinada (o de ausencia), pese a que tienen igual jerarquía constitucional.

Kaufman, por ejemplo, sostiene que la seguridad jurídica requiere la existencia de una Constitución que límite al Poder Legislativo, impidiéndole "afectar los derechos económicos", y que obligue a los jueces a respetar los derechos de propiedad³⁴. No se comprende por qué se recorta el universo de derechos en cuestión. ¿Por qué no hacer referencia a "los derechos constitucionales" si de seguridad jurídica se trata? ¿Acaso el derecho de propiedad tiene jerarquía superior al derecho de huelga, previsto en el art. 14 *bis*? Si esa es la postura de Kaufman, sería necesaria una explicación o justificación de por qué el art. 14 vale más que el 14 *bis*, y ello no se encuentra en su trabajo.

La postura se reitera en el *World Development Report* del BM que venimos citando, referido al "clima de inversión". Para mejorar dicho clima, el informe sugiere fortalecer la seguridad de los derechos de propiedad. Esto se logra verificando los derechos sobre la tierra y otras propiedades, facilitando la exigibilidad de los contratos, reduciendo el crimen y poniendo fin a la expropiación no compensada³⁵. La libertad en las transacciones, los derechos de propiedad y a participar en el mercado han sido elevados

³³ POSNER, RICHARD A., "Creating a legal framework for economic development", *The World Bank Research Observer*, vol. 13, núm. 1, febrero de 1998, pág. 9.

³⁴ KAUFMAN, GUSTAVO A., "Seguridad jurídica y progreso económico", *op. cit.*, pp. 26, 33, 57.

³⁵ BANCO MUNDIAL, *World Development Report 2005. A better investment climate for everyone*, *op. cit.*, pp. 9, 79-80.

por el BM a “derechos humanos básicos”³⁶. Se limitan los derechos que merecen protección a la propiedad, la integridad física y la libertad de contratar. Esto excluye derechos sociales contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, tales como la alimentación y la vivienda (art. 25), las vacaciones pagas (art. 24), la protección contra el desempleo (art. 23) y la seguridad social (art. 22), por citar tan sólo algunas cláusulas, luego confirmadas y ampliadas en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC) de 1966. Este recorte no puede justificarse desde el punto de vista del derecho. Sólo puede comprenderse a la luz del rol instrumental que se le asigna al derecho: un elemento para el logro del crecimiento económico u otros fines similares. Esta visión utilitaria de los derechos refleja el predominio de una concepción dominante sobre los derechos humanos dentro del BM: la de quienes se han formado en economía³⁷. El respeto a los derechos, según esta postura, se justifica sólo en cuanto pueda contribuir al desarrollo económico. La implementación de estos derechos debe ser pragmática. Incluso, puede haber compensaciones o compromisos entre los objetivos económicos y los derechos humanos debido a la escasez de recursos.

En síntesis, el BM incluye hoy referencias a los derechos humanos en sus publicaciones, sólo se alude a un “conjunto limitado” de esos derechos, identificados como “básicos”, que abarcan casi exclusivamente a los civiles y políticos; tampoco ese reconocimiento se traduce en una efectiva inclusión en las políticas e instituciones propuestas, ni en la adopción de un enfoque del desarrollo basado en derechos; más bien, ponen al crecimiento económico como condición necesaria de la vigencia de los derechos humanos³⁸. De esta forma, los derechos no sirven de marco o límite para las propuestas económicas, sino que deben postergarse hasta el momento en que se produzcan como consecuencia de las reformas liberalizadoras.

ii) Indirectamente, limitando la intervención estatal en la economía. Las versiones amplias de la noción de seguridad jurídica incluyen la reducción o eliminación de la intervención del Estado en ciertos mercados.

En su informe sobre el clima de inversión, el BM recomienda “mantener el tamaño del gobierno bajo control y gastar el dinero públi-

³⁶ RITTICH, KERRY, *The future of law and development: second generation reforms and the incorporation of the social*, op. cit., pág. 241.

³⁷ SARFATY, GALIT, “Why culture matters in international institutions: the marginality of human rights at the World Bank”, *American Journal of International Law*, vol. 103, pp. 677-678.

³⁸ RITTICH, KERRY, *The future of law and development: second generation reforms and the incorporation of the social*, op. cit., pp. 222-223.

co de manera eficiente", para no tener que aumentar la recaudación tributaria³⁹. Se trata de una pauta coherente con el planteo general de este organismo. Como es sabido, las políticas impulsadas por el BM y el FMI consisten en liberalizar y privatizar la economía en el contexto de una estricta disciplina fiscal, intentando estabilizar los precios; las funciones que quedan en manos estatales se reducen y descentralizan. En el comercio exterior, se favorecen las exportaciones, y se reducen o eliminan los aranceles a las importaciones. También se refuerza la protección a la propiedad privada y se desregula el mercado de capitales y el financiero, de modo que se permita la propiedad extranjera sobre empresas⁴⁰. Se ha señalado que en general, las políticas de austeridad suelen disminuir los recursos para salud, educación y otros servicios sociales⁴¹.

Mientras tanto, en la doctrina argentina, Alterini explica la inseguridad jurídica como consecuencia de la intervención del Estado en la economía y la consiguiente inflación⁴². Por su parte, Kaufman critica la interpretación amplia del poder de policía hecha por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)⁴³, que legitimó el intervencionismo estatal iniciado hacia 1930. En su opinión, esta teoría consolidó la inseguridad jurídica. El mismo autor afirma que el Estado argentino ha afectado la seguridad jurídica en materia laboral y de alquileres, a través de cambios en la regulación, y que el resultado ha sido perjudicial para empleados e inquilinos⁴⁴.

En estas posturas la intervención estatal amenaza la seguridad jurídica o el clima de inversión. Esto pone en riesgo el cumplimiento de muchos de los derechos sociales, que necesitan indudablemente de la acción estatal. Como se sabe, el actuar positivo del Estado no es sólo necesario para estos derechos, ni para todos ellos⁴⁵. Pero resultaría difícil garantizar la salud, la vivienda, la educación o la seguridad social sin la intervención

³⁹ BANCO MUNDIAL, *World Development Report 2005. A better investment climate for everyone*, op. cit., pp. 10.

⁴⁰ NAÍM, MOISÉS, *Fads and Fashion in Economic Reforms: Washington Consensus or Washington Confusion?*, borrador de trabajo preparado para la Conferencia del FMI sobre Reformas de Segunda Generación, Washington (D.C.), 8 al 10 de noviembre de 1999, pág. 1; STIGLITZ, JOSEPH, *El malestar en la globalización*, Taurus, Buenos Aires, 2002, pág. 42; ABOUHARB, M. RODWAN y CINGRANELLI, DAVID, *Human rights and structural adjustment*, Cambridge University Press, Cambridge (GB), 2007, pág. 15.

⁴¹ RITTICH, KERRY, *The future of law and development: second generation reforms and the incorporation of the social*, op. cit., pág. 223.

⁴² ALTERINI, Atilio A., *La inseguridad jurídica*, op. cit., pág. 78.

⁴³ KAUFMAN, GUSTAVO A., *Seguridad jurídica y progreso económico*, op. cit., pág. 74.

⁴⁴ *Ídem*, pág. 50.

⁴⁵ SCOTT, CRAIG y MACKLEM, PATRICK, "Constitutional ropes of sand or justiciable guarantees? Social rights in a new South African constitution", *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 141, noviembre de 1992, pág. 46; ABRAMOVICH, VÍCTOR, y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pág. 23.

del Estado en los “mercados” respectivos. Por otra parte, la CN exige en algunos casos esa acción del Estado: por ejemplo, al establecer un sistema estatal de seguridad social (CN, art. 14 *bis*), o al dar por sentada la existencia de universidades públicas (CN, art. 75 inc. 19).

Atar la seguridad jurídica a la noción de Estado no intervencionista en los mercados implica el desconocimiento indirecto de derechos sociales contenidos en la Constitución.

iii) Directamente, proponiendo medidas contrarias a los derechos sociales. En la edición del *World Development Report* que analizamos, el BM propone diversas medidas destinadas a mejorar el clima de inversión. Un cierto número de ellas contradice los derechos sociales contenidos en los instrumentos internacionales y también algunos consagrados en la CN⁴⁶.

Un capítulo completo del informe del Banco se refiere a los trabajadores y la regulación del “mercado laboral”. Sostiene que un buen clima de inversión “facilita la distribución del trabajo hacia sus usos más productivos”, mientras ayuda a los “trabajadores a soportar la movilidad del empleo”⁴⁷. Por ello, el objetivo central del BM es asegurar la libertad de la patronal para contratar y despedir sin demasiados obstáculos ni obligaciones. A eso se refiere la “movilidad”; garantizarla es parte del clima de inversión.

En ese marco, se sugiere liberalizar los contratos de términos fijos y temporarios, aunque se destaca que esto sólo refuerza la desigualdad en el mercado laboral si no se modifica la regulación estricta de los contratos formales⁴⁸. En cuanto a la Argentina, se la describe como un país con “una regulación laboral bastante rígida”⁴⁹.

¿Qué mecanismos deberían preverse para aliviar el impacto sobre los trabajadores de esta movilidad liberalizada? El BM sostiene que no todos los mecanismos son adecuados: algunos podrían restringir el espíritu emprendedor “y la adaptabilidad de los trabajadores”, además de “incrementar la resistencia a reformas que beneficiarían a la sociedad en su conjunto”⁵⁰.

⁴⁶ En el presente trabajo, sólo nos centramos en derechos ligados al empleo o a la carencia de él. Sin embargo, también hallamos en el texto del BM propuestas referidas a la educación pública y a la propiedad intelectual. Por cuestiones de espacio, no exponemos aquí las razones por las que consideramos que las políticas impulsadas por el Banco ponen en riesgo la vigencia del derecho a la educación (PDESC, 13) y a la ciencia y la cultura (PDESC, 15).

⁴⁷ BANCO MUNDIAL, *World Development Report 2005. A better investment climate for everyone*, op. cit., pág. 12.

⁴⁸ *Ídem*, pp. 150-151.

⁴⁹ *Ídem*, pág. 149.

⁵⁰ *Ídem*, pág. 12.

En esta evaluación de los mecanismos protectores para los trabajadores, no se incluyen como criterios los derechos humanos. La única referencia a derechos abarca el llamado "núcleo de estándares laborales" (eliminación del trabajo forzado y del trabajo infantil, no discriminación en el empleo y garantías para la libertad de asociación y el derecho de negociar colectivamente)⁵¹. Coincide con la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, de 1998, impulsada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁵². El Banco insiste en este planteo en la edición 2013 del *World Development Report*, dedicada al empleo. Allí afirma que las pautas de ese núcleo "guían acerca de qué es inaceptable en las áreas de trabajo infantil, trabajo forzado, discriminación y libertad de asociación y negociación colectiva"⁵³. La Declaración, según el BM, define "la agenda global de los derechos laborales"⁵⁴.

Quedan relegados otros derechos de igual jerarquía (como la protección contra el desempleo, consagrada en el art. 22 de la DUDH). El derecho mismo de asociación sindical ha merecido reservas en los documentos del Banco⁵⁵. En el informe que venimos reseñando, incluso, se afirma que los sindicatos pueden actuar como monopolios que mejoran salarios para sus miembros, a costa de los trabajadores no sindicalizados y de la sociedad en general⁵⁶. Esta llamativa correlación entre mejoras para sectores laborales y perjuicios para la sociedad resulta, por lo menos, discutible en una formulación tan general. Sin embargo, resulta más sorprendente que el Banco insista en definir como "monopolio" a un tipo de organización (el sindicato) garantizada como un derecho humano (DUDH, art. 23.4). La CN específicamente asegura el derecho a ser parte de sindicatos, y les otorga derechos como representantes de los gremios (CN, art. 14 *bis*).

Desempleo. Regresemos a la protección frente a la llamada "movilidad" del empleo. Tanto la DUDH (art. 23) como la CN (art. 14 *bis*), como otros instrumentos de derechos humanos, incluyen el derecho humano a la protección contra el desempleo. Sin embargo, el BM prefiere analizar la cuestión bajo otro punto de vista. Los sistemas de pago por desempleo,

⁵¹ *Ídem*, pág. 141.

⁵² Disponible en <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/com-dtxt.htm>.

⁵³ BANCO MUNDIAL, *World Development Report 2005. A better investment climate for everyone*, op. cit., pág. 297.

⁵⁴ BANCO MUNDIAL, *World Development Report 2013. Jobs*, World Bank, Washington (D.C.), 2012, pág. 156.

⁵⁵ Véase RITTICH, KERRY, *The future of law and development: second generation reforms and the incorporation of the social*, op. cit., pág. 229.

⁵⁶ BANCO MUNDIAL, *World Development Report 2005. A better investment climate for everyone*, op. cit., pág. 142.

afirma el Banco, deben ser “contemplados a la luz de sus costos, incluyendo su impacto en la eficiencia económica”; en particular, debe prestarse atención a la capacidad de controlar los requisitos para acceder al pago y de asegurar que los trabajadores tengan “incentivos para buscar activamente un nuevo empleo”. Para ello, el seguro de desempleo debe ser sólo una parte del salario anterior y ser de corta duración. Analizando el caso de nuestro país, el BM destaca que los pagos por desempleo se filtraron hacia personas que habían encontrado un trabajo en la economía informal⁵⁷.

Bajo este prisma, un derecho humano queda condicionado a su mayor o menor contribución a la eficiencia económica. Incluso, el Banco señala los inevitables “compromisos” que deben hacerse entre dar protección a los trabajadores formales y expandir la protección y las oportunidades de un grupo más amplio⁵⁸. La vigencia de un derecho humano se recorta sobre ciertos grupos, sin una justificación que permita comprender por qué deberían introducirse diferencias entre trabajadores en razón de circunstancias (como la informalidad) que no dependen de ellos (salvo que demos por supuesta la simetría contractual de empleador y empleado).

Así, las referencias a la estabilidad o la previsibilidad como contenidos del “clima de inversión” pierden sentido cuando los derechos no tienen aplicación coherente, sino sólo contingente, dependiendo de la particular valoración que se haga de su consecuencia económica.

Salario mínimo. Ocurre algo similar en torno a este derecho, consagrado en el art. 14 *bis* de la CN y, en lenguaje equivalente, en el art. 7 del PDESC. Al describir medidas conducentes a mejorar el clima de inversión, el BM advierte que fijar un piso salarial demasiado alto puede reducir los trabajos disponibles para los trabajadores jóvenes o menos preparados, cuyo “potencial productivo está por debajo de ese mínimo”. De esta forma, toma la conducta de los tomadores de empleo como criterio para establecer el salario mínimo. Esto contradice las pautas fijadas en el art. 7 del PDESC, que asegura una remuneración que “como mínimo [...] Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto”. No se define el monto de ese salario a partir de las reacciones de los empleadores, sino de los requisitos para una vida digna.

El Banco propone además mínimos diferenciados para ciertos grupos; esto nuevamente altera el carácter de un derecho humano, ya que se introducen distinciones entre las personas sin aducir mejores razones que la conveniencia de los empleadores. A modo de ejemplo, la institución

⁵⁷ *Idem*, pág. 154.

⁵⁸ *Idem*, pág. 145.

señala que en México la erosión del salario mínimo ayuda al crecimiento del empleo femenino⁵⁹. La recomendación para mejorar el clima de inversión es clara: o bien se deja caer el valor del salario mínimo hasta que no sea un obstáculo para contratar a muy bajo precio, o bien se fija un mínimo más bajo que el formal para sectores determinados (por ejemplo, las mujeres). Esto implica, por supuesto, concepciones diferenciadas de dignidad, si seguimos el texto del art. 7 del PDESC; y que precisamente el género sea la línea que marca el límite de la dignidad distinta, plantea muchos más interrogantes que quedan sin respuesta.

Compensaciones únicas. El Banco explica, en su informe, otras alternativas para "ayudar a los trabajadores a soportar el cambio" necesario para mejorar el clima de inversión⁶⁰. Una de esas alternativas consiste en dar a quienes pierden su empleo una compensación por única vez. Una medida similar se adoptó en Argentina a través del sistema de retiros voluntarios durante la ola privatizadora de los años noventa. El Banco admite que puede ser "una manera eficiente de permitir que las reformas sigan adelante", es decir, de desactivar las resistencias organizadas al "cambio". Sin embargo, ese pago debe ser a la vez aceptable para los trabajadores y "fiscalmente factible"⁶¹. Se imponen así dos condiciones sobre el derecho a la protección contra el desempleo. Por un lado, un requisito político: las compensaciones se otorgan si tienen un efecto disuasor de la protesta. Por otra parte, se condiciona esa protección al cumplimiento de ciertas metas fiscales (no a la estricta disponibilidad de recursos, prevista en el art. 2 del PDESC).

Trabajo por dinero. Una segunda alternativa planteada por el BM, e impulsada a través de sus créditos, son los programas de *workfare*. A ciertos sectores desempleados y pobres, se les ofrece trabajo por un corto plazo. Reciben un pago diferente al que se daría a un empleado en la misma labor, lo que contradice elementales principios de igualdad y —en el caso argentino— el derecho a "igual remuneración por igual tarea" (CN, art. 14 *bis*). El Banco destaca, precisamente, el Programa Trabajar en nuestro país. Especialmente, elogia el hecho de que siempre se pagaba una remuneración por debajo del salario mínimo oficial. De esta forma, sólo los pobres en situación más acuciante se inscribían dentro del Programa, asegurando que llegara a los destinatarios adecuados⁶². El derecho al salario mínimo se viola expresamente a fin de garantizar que una política social focalizada alcance estrictamente a un grupo (en este caso, los desempleados en la ca-

⁵⁹ *Ídem*, pp. 142, 144.

⁶⁰ *Ídem*, pág. 151.

⁶¹ *Ídem*, pág. 152.

⁶² *Ídem*, pág. 2.

rencia más extrema). ¿De qué forma la previsibilidad en la aplicación de las leyes se sostiene con medidas como ésta? ¿Cómo ayuda a la estabilidad del orden jurídico la adopción de políticas que deliberadamente transgreden su letra?

Dinero por condiciones. Una tercera alternativa: las transferencias monetarias condicionadas (TMC). En general, las TMC consisten en programas sociales que entregan periódicamente una suma de dinero en efectivo al jefe o jefa de familia, siempre que se cumplan ciertas actividades o condiciones respecto de hijos e hijas. Por ejemplo, pueden fijarse como requisitos completar el calendario de vacunas obligatorias, o enviar regularmente los niños a la escuela. Se imponen límites al comportamiento de los beneficiarios. El Banco afirma que sirven para la formación de capital humano. Están mejor focalizados porque se utilizan indicadores de pobreza y geográficos⁶³. A diferencia de la noción de “derecho”, en las TMC (en tanto “beneficio”) la regla es el acceso condicionado, y no el acceso universal y sin condiciones.

En el caso de nuestro país, el BM financió parcialmente⁶⁴ la implementación de un amplio programa de TMC: la Asignación Universal por Hijo (AUH), creada a través del Decreto de Necesidad y Urgencia 1602/2009⁶⁵. Consiste en un pago mensual por cada hijo o hija menor de 18 años, hasta un máximo de cinco hijos por familia. Se entrega a cada madre o padre que esté sin empleo, o que tenga un trabajo en el sector informal, siempre y cuando no gane una cifra superior al salario mínimo, vital y móvil⁶⁶. Esta asignación se presenta como la extensión del sistema aplicable a los trabajadores formales. Sin embargo, exige condiciones (de nacionalidad y de conductas) a sus beneficiarios que no le son requeridas a quienes poseen empleo formal. A la vez, la AUH tiene un límite en el número de hijos (cinco), lo que no ocurre en el caso de los trabajadores en blanco. Por lo tanto, nuevamente vemos el recorte de derechos⁶⁷ a través de una

⁶³ *Ídem*, pág. 156.

⁶⁴ A través del préstamo LN 7703-AR, el Banco otorgó 450 millones de dólares para financiar una parte del programa. Texto oficial del acuerdo para el préstamo, disponible en: <http://go.worldbank.org/VTF6V1O8W0>.

⁶⁵ *Boletín Oficial*, 30 de octubre de 2009.

⁶⁶ Decreto 1602/2009, art. 2. El salario mínimo, vital y móvil fue fijado en 2875 pesos por Resolución 2/2012 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, dictada con fecha 28 de agosto de 2012 y publicada en el *Boletín Oficial*, 30 de agosto de 2012.

⁶⁷ Una crítica similar por el trato desigual puede hallarse en el informe alternativo presentado en 2011 por organizaciones de la sociedad civil ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Dicho informe, junto a los de otras entidades, está disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/cescrs47.htm>.

política que el BM presenta como parte del programa para crear un mejor clima de inversión.

Este ejemplo nos muestra cómo el Banco termina favoreciendo una lectura estrecha de los derechos. El ciclo de un proyecto en la institución atraviesa distintas fases, en un prolongado "diálogo de políticas" entre un gobierno y el BM⁶⁸. Luego de que el Banco identifica proyectos que considera adecuados para el país cliente, éste prepara un informe de factibilidad (muchas veces, con asistencia del BM). La institución analiza las bases técnicas y las capacidades institucionales del país tomador del préstamo. A través de conversaciones con éste, el Banco elabora el proyecto definitivo, que se presenta al Comité Ejecutivo para su aprobación. De modo que la aprobación final depende del Comité, donde los países industrializados tienen un poder decisivo. Parece difícil apartarse de los enfoques economicistas que predominan en la institución, y más aún, de las lecturas restrictivas de los derechos de los trabajadores.

Argentina, en cambio, ha dado la máxima jerarquía a los tratados de derechos humanos (art. 75 inc. 22 de la CN), incluyendo al PDESC y a la DUDH. No puede suscribir acuerdos internacionales que violen sus obligaciones en materia de derechos humanos, ni implementar políticas que contradigan las pautas constitucionales. Los acuerdos con el BM son simples tratados internacionales, que en virtud del art. 27 de la CN deben estar "en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución". Esto significa subordinación a los principios constitucionales⁶⁹, incluyendo los derechos consagrados en los artículos del texto y en los instrumentos de igual jerarquía.

Un enfoque como el adoptado por el BM implica el riesgo de que nuestro país, en el marco de la negociación de créditos, adopte políticas o propuestas que recorten o debiliten el peso de derechos humanos, y que podrán ser cuestionadas judicialmente.

4. Primeras conclusiones. La "seguridad jurídica" ampliada: ¿a quién limita?

Tradicionalmente, la noción estricta de seguridad jurídica solía entenderse como un límite a los poderes públicos para evitar que destruyeran los derechos de las personas.

⁶⁸ GHAZI, BAHAM, *The IMF, the World Bank and the question of human rights*, Transnational Publishers, Ardsley (Nueva York), 2005, pp. 250-251.

⁶⁹ QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada*, 3ª edición, Zavallía, Buenos Aires, 2000, pp. 152-153.

Sin embargo, la noción ampliada propuesta por parte de la doctrina argentina, o por ciertos organismos multilaterales, conduce a otros resultados. Algunos son incoherentes; otros, inconstitucionales.

La incoherencia aparece entre los sentidos estricto y amplio de seguridad jurídica. El enfoque amplio, según hemos visto, sugiere omitir o recortar ciertos derechos (los sociales, en este caso). Pero bajo la noción estricta de seguridad jurídica, ¿cómo admitir la no aplicación del principio de igualdad entre el sexto hijo de un empleado informal y el de un trabajador formal? ¿Cómo aceptar la aplicación retroactiva de decretos que eliminan la estabilidad del empleado público? ¿Cómo negar la tutela judicial, por ejemplo, a quien invoca su derecho al salario mínimo contra un Programa que deliberadamente busca pagar una remuneración menor por el trabajo hecho? Si la certeza, la irretroactividad y la protección judicial integran la seguridad jurídica, entonces las propuestas del BM, por ejemplo, no pueden formar parte de ese mismo concepto.

La noción estricta de seguridad jurídica brinda la base, en realidad, para la vigencia efectiva de los derechos sociales consagrados explícitamente en la Constitución. Sirve de barrera contra las legislaciones de emergencia que recortan o postergan derechos, o contra las normas que retroactivamente eliminan protecciones o conquistas sociales.

Si, en cambio, decidimos aceptar la versión ampliada de la seguridad jurídica, suscribimos un programa inconstitucional. En primer lugar, porque se omiten o recortan derechos, como ya hemos visto.

Pero también porque esta noción ampliada significa colocar ciertas pautas políticas fuera del debate público. Al afirmar, por ejemplo, que la liberalización del mercado laboral es la condición para la seguridad jurídica, esa política queda exenta de su discusión democrática. Controvertirla es, en este planteo, afectar la seguridad jurídica. Más aún: en nombre de la estabilidad y la predictibilidad, se las convierte en algo muy cercano a una cláusula constitucional. No puede modificarse por las vías participativas ordinarias: está más allá de la decisión del electorado⁷⁰.

Tanto el Banco como cierta parte de la doctrina argentina favorecen esta postura. El objetivo es tomar ciertas decisiones políticas y volverlas inmodificables, protegiéndolas —precisamente— contra la democracia y su “incertidumbre” de resultados, que podrían aparejar cambios profundos⁷¹. Nadie sabe qué decidirá el pueblo. Por eso el BM propone mecanismos que “permitan a los gobiernos comprometerse con políticas bien

⁷⁰ Véase NGUGUI, JOEL M., *Policing neo-liberal reforms: the rule of law as an enabling and restrictive discourse*, op. cit., pág. 516.

⁷¹ *Idem*, pág. 566.

fundadas, con disciplina y persistencia"⁷², yendo incluso contra la voluntad de la población. Por ejemplo, sugiere adoptar "cláusulas de estabilización" entre el gobierno y una empresa, donde se congelan las tasas impositivas y las reglas sobre el envío de remesas al extranjero, entre otros puntos⁷³. También se impulsa delegar ciertas funciones (como la recaudación impositiva y el comercio exterior) en entidades no vinculadas a los poderes políticos, entre otras medidas para limitar las opciones disponibles para los electorados⁷⁴.

Entre nuestros doctrinarios, Kaufman escribe en 1993 que si la CSJN abandonara la teoría amplia en el poder de policía, "colocaría un 'ce-rojo de hierro' que asegure la permanencia de la Reforma del Estado propiciada por toda la sociedad"⁷⁵. Se refiere al programa privatizador y desregulador entonces en curso. Quizá una formulación extrema de este límite a la democracia se halle en el planteo de Cueto Rúa, quien en 1994 señalaba como ejemplo de inseguridad jurídica las reformas constitucionales, salvo que sean "absolutamente necesarias"⁷⁶. Se tomó la libertad de agregar un adverbio ("absolutamente") al texto del art. 30 de la Constitución.

De modo que la seguridad jurídica ampliada impone nuevos límites. No es un límite a los poderes públicos a favor de los derechos. Se trata, en cambio, de un límite a los derechos y a sus titulares (las personas y sus asociaciones). También es un límite a los poderes públicos en su faz regulatoria. Todo ello, a favor de quienes poseen otras clases de poderes: económico, social, financiero⁷⁷.



⁷² Banco Mundial, *World Development Report 2005. A better investment climate for everyone*, op. cit., pág. 7.

⁷³ *Ídem*, pág. 103.

⁷⁴ RITTICH, KERRY, *The future of law and development: second generation reforms and the incorporation of the social*, op. cit., pág. 216.

⁷⁵ KAUFMAN, GUSTAVO A., *Seguridad jurídica y progreso económico*, op. cit., pág. 77.

⁷⁶ CUETO RÚA, JULIO, *Seguridad jurídica*, op. cit., párr. VI, IX.

⁷⁷ NGUGUI, JOEL M., *Policing neo-liberal reforms: the rule of law as an enabling and restrictive discourse*, op. cit., pág. 522.

RESPONSABILIDAD MORAL Y PENAL DE LOS FUNCIONARIOS POR LAS PRIVACIONES ABUSIVAS DE LA LIBERTAD[†]*

*Romina Frontalini Rekers***

Resumen: La aplicación del Código de Faltas ha dado lugar a una serie de consecuencias moral y penalmente reprochables. Las privaciones abusivas de la libertad son paradigmáticas porque nos remiten al problema de las múltiples manos. Para formular una versión tipo de un enunciado de responsabilidad retrospectivo condenatorio evaluaré los argumentos que han sido utilizados desde la teoría moral y la teoría penal como respuesta a aquel problema.

Palabras claves: Código de Faltas - Privaciones abusivas de la libertad - Responsabilidad moral de los funcionarios - Responsabilidad penal de los funcionarios.

I. Introducción

A continuación intentaré ensayar una respuesta a la pregunta ¿quién es responsable por las detenciones ilegales que tienen lugar como consecuencia de la política de seguridad consistente en la aplicación del Código de Faltas?¹ Mi propósito es formular una versión tipo de un enunciado de responsabilidad retrospectivo condenatorio. La aplicación del Código de Faltas ha generado una práctica moralmente incorrecta y en muchos casos penalmente reprochable. El trabajo de científicos y organizaciones sociales locales da cuenta de esta realidad². Algunas consecuencias son:

[†] Recibido el 06/05/2013, Aprobado el 25/06/2013.

* Agradezco a los profesores Fabián Balcarce, Hugo Seleme y José Milton Peralta por abocarse con dedicación a mi formación y a los compañeros que militan activamente por acercarme a la realidad. Espero que este aporte contribuya a los esfuerzos por un Derecho justo y la derogación del actual Código de Faltas.

** Abogada. Becaria doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Maestranda en Derecho y Argumentación, Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Adscripta de las cátedras de Ética y Derecho penal. Integrante del Programa de Ética y Teoría Política del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales. Becaria de pregrado del CIJS durante los períodos 2010-2011 y 2011-2012. E-mail: rominarekers@hotmail.com.

¹ El Código de Faltas es una ley de la provincia de Córdoba (ley 8431) sancionada en 1994 que pena con multas y/o arrestos, ciertas conductas que afectan la convivencia, llamadas contravenciones o “faltas”.

² Así surge del informe “relevamiento y análisis sobre la aplicación del Código de Faltas en la ciudad de Córdoba” <http://es.scribd.com/doc/113366386/RELEVAMIENTO-Y-ANALISIS-SOBRE-LA-APLICACION-DEL-CODIGO-DE-FALTAS-EN-LA-CIUDAD-DE-CORDOBA>.

1. Detenciones en las que el supuesto de hecho es subsumible en la norma pero que resultan ilegales por violar las garantías consagradas en la Constitución Nacional y los Tratados internacionales de Derechos Humanos.
2. Detenciones en que el supuesto de hecho concreto no es subsumible en la norma cuyo antecedente está determinado.
3. Lesiones a otros bienes jurídicos distintos a la libertad ambulatoria del detenido durante la detención.
4. Autolesiones del detenido durante la detención.
5. Aplicación de patrones discriminatorios para la selección de los detenidos.
6. La dominación a la que da lugar aun en ausencia de interferencia la discrecionalidad que el legislador deja en manos de la policía.

I.1. Antecedentes

El caso alemán nos permite visualizar cómo la ilegalidad se expande a través de una práctica impune y fomentada abiertamente por la sociedad. El derecho alemán les otorga a las autoridades policiales un amplio poder para detener personas al margen de la persecución penal. Es en el absolutismo donde se hallan probablemente las raíces del trato benévolo que hoy reciben las detenciones policiales en Alemania³. Esta tendencia se vio reforzada con el crecimiento del poder de los príncipes en los distintos territorios alemanes luego de la caída de las instituciones del Sacro Imperio Romano-Germánico.

El impacto de las teorías racionalistas del derecho natural en el siglo XVIII, como consecuencia del absolutismo ilustrado, significaron la asunción por parte del soberano de los objetivos de la felicidad y la seguridad, aún cuando exigiera invadir las esferas privadas de los individuos. En este momento histórico el concepto de policía hacía referencia al poder que el monarca y sus servidores ejercían para lograr aquellos objetivos. Este poder sólo estaba sometido mínimamente a las normas jurídicas

³ CASAL HERNANDEZ, J. M., *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 1998, p. 142. WALTER JELLINEK expresó con gran claridad lo mucho que han perdurado en Alemania, concretamente en la esfera de la actividad de policía, las facultades que el monarca y su administración poseían: "Hay ciertas competencias sin las cuales el Estado ni siquiera puede ser concebido. A ellas pertenece el poder de policía. Lo mínimo que se espera del Estado es que conserve el orden en su interior. Por eso se debe cerrar el ojo cuando en algunos Estados Alemanes el derecho de ordenar de la policía, en contra de las exigencias del Estado de Derecho, no se funda en textos formales. En estos casos la policía vive de los poderes de la época del absolutismo hasta que una ley se encargue del asunto", *Verwaltungsrecht*, Berlin, Julius Springer, 1931, pp. 427 y 428.

y los individuos carecían de recursos judiciales efectivos para defenderse. Es por ello que el absolutismo ilustrado recibió el nombre de Estado de Policía en contraposición con el Estado de Derecho.

La influencia del liberalismo se plasmó en la renuncia de tales objetivos cuando estos exigían la compulsión. Sólo podían utilizarse tales medios cuando una ley los autorizara expresamente. Sin embargo la policía seguía ostentando poderes presuntos e indeterminados para la conservación de la seguridad pública. En aquel momento eran dos las clases de detenciones para las que estaba facultada la policía. La *verhaftung* cuyo objetivo era asegurar el juzgamiento del presunto autor de un delito. Por otro lado encontramos la *verwahrung* o custodia policial que implicaba la permanencia por un corto tiempo en las dependencias policiales y tenía como objetivo garantizar la tranquilidad o proteger al propio detenido. La primera estaba regulada legalmente y la segunda era concebida como una prerrogativa del poder ejecutivo. La última se asemeja a las detenciones por contravenciones.

Las posteriores regulaciones limitaron el tiempo de la *verwahrung* y crearon una instancia judicial para los casos en que el plazo era superado. Esta limitación surge como consecuencia de la preocupación social por las detenciones arbitrarias que habían tenido lugar durante la *restauración* alemana. Quienes impulsaron la nueva regulación afirmaban que la libertad personal es la que garantiza a los ciudadanos poder gozar de los demás derechos y que las detenciones arbitrarias eran muestra del inicio del despotismo. En consecuencia toda detención debía estar regulada por la ley.

Luego de la constitución de Weimar se mantuvo la práctica debido a que la doctrina y la jurisprudencia interpretaban el concepto ley en sentido material. Durante el Tercer Reich las detenciones policiales fueron uno de los instrumentos básico del régimen⁴. Tal práctica devendría en la detención tutelar —*Schutzhaft*— que se prolongaba infinitamente por lo general en campos de concentración donde culminaba con el asesinato del “protegido”⁵. Con el decreto “noche y niebla” del 7 de diciembre de 1941 la práctica se extendió a todos los países ocupados con el objetivo de causar miedo a los allegados del detenido.

Este breve recorrido por la historia alemana muestra la importancia de erradicar la práctica de las detenciones fundadas en el poder de policía de los Estados locales. La desregulación productora de discrecionalidad, si nos remitimos a la historia alemana, es una herramienta para un modelo de poder ejecutivo despótico. El hecho de que las detenciones policiales

⁴ Ídem.

⁵ Ídem.

fueron utilizadas para garantizar el orden político que intentó imponer el nacionalsocialismo es muestra de la razonabilidad de la preocupación por detenciones autorizadas por el Código de Faltas.

II. Responsabilidad moral de los funcionarios

De la discrecionalidad que existe en materia contravencional se sigue la existencia de dos opciones o cursos de acción para sus aplicadores: realizar la detención o no realizarla. Existen dos casos de los cuales ocuparse a partir de ello. Uno hace referencia a la implementación de un criterio que mide la eficacia de los agentes policiales por el número de detenciones realizadas. Esta política borra la opción de no realizar detenciones. El segundo caso se refiere a un mundo en el cual no se implementa tal criterio de eficacia conservando los agentes policiales ambas opciones.

Aquí me ocuparé del primer y segundo grupo de consecuencias, es decir de las detenciones, cuando tienen origen en la implementación de una política consistente en evaluar la eficacia de los agentes policiales en virtud de la cantidad de detenciones realizadas. No me ocuparé del caso en el que no se implementa el criterio de eficacia. Uno podría pensar que en el caso descartado resulta más difícil endilgar responsabilidad a los superiores y a los agentes. Esto es falso, en este caso es claro que el agente debe responder pues no se encuentra coaccionado por la orden. Y el superior no puede pretender excusarse alegando ignorancia pues pesa sobre él el deber de controlar la actuación de sus inferiores. Este control debe ser estricto debido al valor de la libertad individual y a la vulnerabilidad de los individuos frente al poder punitivo estatal.

La pregunta aquí es quién es responsable moralmente por las detenciones en el primer caso ¿el agente que ejecuta la detención? ¿el funcionario que aplica el criterio de eficacia? Resulta importante individualizar a los responsables para formular un enunciado de responsabilidad condenatorio. Por lo menos la determinación de la responsabilidad genera algunos deberes a cargo del responsable. Así todo ER (enunciado de responsabilidad) condenatorio crea una exigencia de respuesta por parte del imputado⁶.

La respuesta a estas preguntas remite al problema de las múltiples manos. El problema puede ser planteado de la siguiente forma: en los Estados contemporáneos aunque pueda determinarse la inmoralidad de una política a veces no resulta claro, sobre todo cuando son varios quienes co-

⁶ Según J. R. LUCAS, "Responsibility", *Oxford: Clarendon Press*, 1993, p. 5, "Así el núcleo del concepto de responsabilidad es que se me puede formular la pregunta "¿por qué lo hiciste?" y estar obligado a dar una respuesta", en VALDEZ, G., "El enunciado de responsabilidad", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 19, Alicante, 1996, p. 261.

laboran en el diseño y la ejecución, quién o quiénes son moralmente responsables por ella. Thompson⁷ presenta los inconvenientes que suponen la atribución jerárquica o colectiva de responsabilidad y las ventajas de la atribución personal de responsabilidad.

Queda una cuestión interpretativa pendiente, por qué el criterio implementado para medir la eficacia de los agentes, es decir a partir de la cantidad de detenciones, debiera ser entendido como una orden implícita. En el caso la eficacia no se mide desde un criterio consistente en el respeto de la estricta legalidad que exige cualquier medida estatal como la privación de la libertad personal. De la interpretación depende que la orden sea la causa de las detenciones ilegales. Existen razones para afirmar que el enunciado interpretativo que describe esta situación como una orden se ajusta mejor a nuestras intuiciones. Muchos coincidiríamos en que en los casos en que una empresa mide el rendimiento de sus empleados por el número de ventas existe una orden implícita. Esta orden tiene como finalidad que los empleados realicen el mayor número de ventas incluso valiéndose de medios inmorales como el engaño.

I. De acuerdo con el modelo de responsabilidad jerárquica debemos responsabilizar a la persona que se encuentra en el vértice de la pirámide formal o informal de autoridad por las detenciones ilegales. Este modelo de atribución de responsabilidad es viable, para el modelo de Weber, en los gobiernos contemporáneos desde que reconocen “áreas jurisdiccionales fijas” y una “jerarquía de la función” en la cual “los funcionarios superiores fiscalizan a los inferiores”⁸.

El político y el administrador, quienes ejecutan la política establecida por los dirigentes, están sujetos a “principios de responsabilidad exactamente opuestos”⁹. El administrador estará libre de responsabilidad siempre que se haya limitado a ejecutar las órdenes del superior como si éstas coincidieran con sus propias convicciones. En dirección opuesta la responsabilidad del dirigente es personal.

Este modelo resuelve la mayoría de los casos de manera simple ubicando fuera de los límites de la responsabilidad las consecuencias provocadas por los funcionarios públicos siempre que se limiten a cumplir las órdenes de sus superiores conforme a los procedimientos de la organización. En el marco del modelo jerárquico los agentes policiales no serían

⁷ THOMPSON, D. F., *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Gedisa, Barcelona (1999).

⁸ WEBER, M., “Bureaucracy”, en *From Max Weber*, trad. por H. H. Gerth y C. Wright Mills (Nueva York: Oxford University Press, 1958), pp. 214-216 en THOMPSON, D. F., *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Gedisa, Barcelona (1999).

⁹ WEBER, M., “Politik as a Vocation”, p. 95, THOMPSON, D. F., *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Gedisa, Barcelona (1999) en p. 67.

responsables por las detenciones policiales si se han ajustado a las órdenes de sus superiores.

Una vez descartada la responsabilidad de los administradores es fácil identificar la responsabilidad de los funcionarios que ordenaron la ejecución de la política. Aunque renace el problema de las múltiples manos resulta menos problemático desde que será más reducido el número de involucrados y las jurisdicciones estarán mejor definidas.

Este modelo es insuficiente para abordar la realidad de los estados contemporáneos. La realidad empírica, referida a cómo funciona la práctica y cómo el derecho es, demuestra que los burócratas conservan una autoridad discrecional cada vez mayor. Esta discrecionalidad en algunos supuestos no es delegada en los inferiores pero se hace lugar a través de la práctica. Otras veces la discrecionalidad es delegada por una norma y en este punto la pregunta sería si no existen razones para responsabilizar a quien delega la discrecionalidad y quien hace uso de esa discrecionalidad de una manera moralmente reprobable. Este último supuesto, del que no me ocuparé aquí, hace referencia a la responsabilidad de los agentes por la aplicación de patrones discriminatorios en ejercicio de la discrecionalidad legada.

El caso que nos ocupa es el de las detenciones que tienen lugar como consecuencia de una orden del superior. En este supuesto los agentes no conservan discrecionalidad para decidir entre las opciones “detener” y “no detener” porque la última opción queda descartada desde que el grado de eficacia laboral depende del número de detenciones realizadas. Creo que aún en este caso existen razones para responsabilizar también a los agentes policiales que ejecutan la orden.

Por otro lado el esquema jerárquico ha generado una práctica consistente en “asumir la responsabilidad”, ritual que no perjudica al dirigente sino que lo favorece¹⁰. Este ritual puede aparecer en el caso como una práctica silenciadora. Por su parte limita el proceso de indignación y responsabilización de otros funcionarios e impide el debate público. Un ejemplo hipotético haría referencia a una declaración del gobernador, ministro de seguridad o jefe de la policía declarando que “los agentes policiales sólo cumplían sus órdenes. Ordenes que se fundan en nuestro compromiso con la lucha contra la inseguridad. Nos responsabilizamos de los perjuicios que esto haya significado en algunos casos. Pero lo hicimos por el bienestar del pueblo”.

¹⁰ THOMSON, V., *Modern Organizations* (Nueva York: Random House, 1961), p. 129-137; EDELMAN, M., *The symbolic Uses of Politics* (Urbana: University of Illinois Press, 1964), p. 79. En THOMPSON, D. F., *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Gedisa, Barcelona (1999).

II. Para resolver el problema de las múltiples manos los colectivistas exponen sus argumentos que pueden ser descriptos en pasos:

- 1) Muchos resultados políticos son el producto de la acción de diferentes individuos, cuyos aportes tal vez no sean identificables ni se distingan de la contribución de otros.
- 2) Ningún hombre puede ser moralmente culpado por esas consecuencias.
- 3) En el tercer paso los defensores de la responsabilidad colectiva se dividen entre quienes sostienen que todo individuo asociado a la colectividad es moralmente responsable y quienes sostienen que sólo puede culparse a la colectividad¹¹. Ninguna de estas dos versiones adjudica responsabilidad al individuo a partir de su vinculación con el resultado.

La primera versión limita la responsabilidad de los funcionarios asignando responsabilidad a toda persona asociada a la colectividad. Esta versión afirma que los funcionarios sólo actúan como representantes. Como representantes actúan limitados por las exigencias de los ciudadanos y los compromisos asumidos por sus predecesores, en consecuencia sus decisiones no son totalmente voluntarias.

Este modelo no da cuenta de una distinción intuitiva entre los diferentes grados de responsabilidad que cabe reconocer en los funcionarios y en los ciudadanos. Asumir esta distinción implica una conclusión que el modelo colectivo pretende rechazar, a saber, la responsabilidad por un resultado depende de la contribución real que cada individuo hace o puede hacer.

A favor de la versión que consagra la responsabilidad de la colectividad se argumenta que un sistema político puede adolecer de fallos estructurales que bloqueen los esfuerzos del individuo por alcanzar fines moralmente respetables¹². Sin embargo los funcionarios pueden ser culpables de crear fallos estructurales en la organización, o de no tomarse el trabajo de notificarlos, o de esforzarse inadecuadamente por corregirlos.

Para la primera versión la responsabilidad por las detenciones por aplicación del código de faltas y las demás consecuencias enunciadas corresponde a todos los miembros asociados a la colectividad. Tales consecuencias son el resultado de políticas diseñadas y ejecutadas por funcionarios que sólo actúan como mandatarios de todos los miembros de la comunidad frente al reclamo de seguridad. Para la segunda versión la

¹¹ Ídem.

¹² Ídem

responsabilidad debe serle imputada a la colectividad, es decir, a la sociedad cordobesa.

III. La tesis de la responsabilidad personal considera que los funcionarios son responsables como personas de las consecuencias que causan. Son presupuestos de la responsabilidad por el resultado: 1) que ese resultado haya sido causado por un acto u omisión del funcionario (responsabilidad causal) 2) que el acto u omisión de que se trate no sean producto de la ignorancia o la compulsión (responsabilidad volitiva).

El inconveniente que presenta la responsabilidad causal es la imposibilidad de determinar la causa moralmente relevante entre las innumerables causas que concurren de manera equivalente sin recurrir a otros criterios normativos. En este sentido el criterio causal débil no puede ser considerado una condición suficiente de responsabilidad moral ni de determinación de grados de responsabilidad.

La acción de un individuo puede ser considerada como causa si esta es necesaria para producir el resultado, de no haber mediado otra acción suficiente para producirlo¹³. El inconveniente en este punto es que las consecuencias por las que se asigna responsabilidad a los funcionarios incluyen prácticas continuas y el desarrollo de estructuras gubernamentales¹⁴.

La responsabilidad volitiva admite que un funcionario es responsable siempre que haya podido actuar de otra manera. Este criterio admite grados de responsabilidad. La ignorancia funciona en este esquema como excusa en la medida que no sea producto de la negligencia. La compulsión como excusa no funciona en un esquema en el que un conjunto de alternativas fueron elegidas. En este esquema el funcionario es responsable por sus decisiones.

Frente a un esquema de responsabilidad personal los funcionarios recurren a diferentes excusas que excluirían la responsabilidad volitiva. Una de esas excusas hace referencia a las buenas intenciones. Las excusas volitivas aparecen una vez que se ha establecido el nexo causal entre la conducta del funcionario y el resultado.

Las buenas intenciones como excusa son diferentes de la ignorancia y la compulsión. En este caso la ausencia de responsabilidad volitiva nos compromete con la tesis según la cual el funcionario es responsable por las consecuencias intentadas, es decir buscadas, y no por lo que hagan otras personas como consecuencias de sus decisiones.

¹³ HART y HONORÉ, p. 117 en THOMPSON, D. F., *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Gedisa, Barcelona (1999).

¹⁴ THOMPSON, D. F., *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Gedisa, Barcelona (1999).

Esta concepción resulta inaceptable moralmente en la vida cotidiana y con más razón en la vida pública. Cuando los actos de terceros son consecuencias predecibles que se siguen de las acciones de los funcionarios es necesario sostener que son moralmente responsables por no tomar las precauciones evitando las consecuencias. Es claro que la intención de los funcionarios como el ministro de seguridad o jefe de policía es que se realice el mayor número de detenciones ya que al ser sus cargos políticos la continuidad en la gestión depende de su eficacia frente a la demanda mayoritaria de seguridad. Esta demanda se identifica con la necesidad de políticas de mano dura aún cuando esto permita violentar las garantías que para la seguridad personal creemos relevantes.

Las detenciones ilegales son consecuencia de la acción de los funcionarios públicos del área consistentes en exigir la realización de un número de detenciones para que el agente pueda mantener su rendimiento laboral. El funcionario es responsable por las detenciones ilegales, aún cuando esto no forme parte de sus buenas intenciones, desde que es predecible que medir la eficiencia de los agentes policiales por número de detenciones conlleva a tal resultado.

La responsabilidad de los funcionarios no se ciñe a los límites estrictamente establecidos por su intencionalidad. En el ámbito público las consecuencias no intencionales son frecuentes y en consecuencia ocupar una función en las instituciones pública supone asumir ese riesgo.

Otra excusa frente a la responsabilidad volitiva es la ignorancia. La ignorancia como excusa hace referencia a la falta de conocimiento sobre lo que otros funcionarios hacen. En este caso sería el desconocimiento por parte del jefe de policía o ministro de seguridad de las detenciones ilegales que llevan a cabo los agentes policiales a su cargo. La pregunta aquí es: ¿es suficiente el desconocimiento de que otros funcionarios que se encuentran a su mando están actuando de tal manera para librarse de la responsabilidad? La respuesta es no. Una excusa de esas características no es válida cuando los funcionarios son los instrumentos de su propia ignorancia¹⁵.

Cuando un superior presiona a sus subalternos a fin de obtener resultados y deja entrever que las prácticas cuestionables para lograrlos serán condonadas entonces la culpa recae también sobre el superior jerárquico¹⁶. Ello es así pues el superior jerárquico no puede ignorar que en condiciones normales estos resultados se siguen de tal medida. Así el dueño de un negocio que ordena a sus empleados realizar el mayor número de

¹⁵ Ídem p. 88.

¹⁶ Ídem p. 89.

ventas para conservar el trabajo no puede ignorar al día siguiente que las ventas que se realizaron encuentran origen en su buen criterio.

La excusa de la coacción se puede presentar en tres supuestos. En el primer supuesto se abordan los casos en que existe una orden no explícita del funcionario jerárquicamente superior para ejecutar acciones moralmente criticables. En este caso, la respuesta es que deben responder tanto el superior como los subordinados. En este esquema son responsables tanto el funcionario que da órdenes implícitas que permite que los subalternos creen que tienen que realizar detenciones aún flanqueando los límites de la legalidad, como los subalternos que llevan a cabo las detenciones cuando el curso de acción “no detener” tiene un costo remediable. Así si un agente fuera despedido por tal motivo o sus condiciones laborales empeoradas severamente esto haría responsable a su superior y seguramente a ello le seguiría la obligación del superior de reparar o corregir lo sucedido.

El segundo supuesto se refiere a la coacción que ejercen las prácticas que crearon funcionarios en el pasado cuya identidad no es posible determinar. El modelo de responsabilidad personal a diferencia de la responsabilidad por la función permite seguir a los funcionarios a través del tiempo. Frente a la excusa consistente en afirmar que lo sucedido se debe a que existía una práctica anterior prolongada en el tiempo y que excede la posibilidad de deconstrucción por el funcionario, cabe identificar si el funcionario colaboró en desarrollo de la práctica en el pasado desde otra posición en la institución. Así por ejemplo quién hoy es ministro de seguridad colaboró con dicha práctica desde su posición anterior como jefe de policía y el actual jefe de policía colaboró, en el mismo sentido, desde su posición anterior.

El tercer caso es el de las prácticas que generan los “burócratas de la calle” para evadir la responsabilidad por sus fracasos. Este criterio resulta útil para determinar el grado de responsabilidad de los agentes policiales. Los agentes están a cargo de la prevención del delito, para ello están facultados a privar de la libertad por aplicación del Código de Faltas. En estos casos las exigencias de los superiores pueden llevar a los trabajadores a realizar detenciones ilegales por aplicación del Código de Faltas. Cuando la opción de detener ilegalmente a un joven por aplicación del Código de Faltas encuentra su origen en la mayor facilidad, que implica gracias a las vulneraciones que la norma autoriza en comparación al régimen penal, el agente también es responsable. En estos casos no debe responder sólo el funcionario que genera las exigencias que causan ese resultado sino también los agentes que frente al posible fracaso frente a la meta propuesta optan por la opción ilegal.

Distinto es el caso donde existe una imposibilidad fáctica de cumplir con la meta. Un agente moral requiere un ámbito moral enmarcado por lo imposible y lo necesario¹⁷. Por ejemplo porque el delito no es un fenómeno tan frecuente como suponen los funcionarios que diseñan estas políticas. Así la vendedora de planes telefónicos a la que su empresa le exige una cantidad de ventas es responsable por fraude al colocar los planes a los clientes que no prestaron su consentimiento si era posible conseguir ese consentimiento. En tanto que si los planes a vender son inaceptables para los clientes y la venta resulta imposible de realizar la empleada no es responsable por colocar el plan en contra de la voluntad del cliente desde que esta no tenía otro curso de acción posible.

La teoría de la responsabilidad personal nos brinda criterios para establecer la responsabilidad moral de los funcionarios por las detenciones ilegales que se adecuan mejor a nuestras intuiciones.

III. Responsabilidad penal de los funcionarios

El Código penal regula el delito de privación abusiva de la libertad en su art. 144 bis inc. 1:

Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo:

Inc. 1: El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal.

Acá nuevamente se presenta el problema de las múltiples manos. El problema es que al intentar responsabilizar penalmente a quien da la orden, por ejemplo el jefe de policía, se lo imputa como autor mediato del delito. Esto supone que quien ejecuta la orden actúa como un mero instrumento y en consecuencia no puede ser considerado responsable. Sólo me ocuparé de este aspecto de la responsabilidad, por ser el más controvertido en el caso, pasando por alto otros aspectos que pueden ser resueltos con los criterios normativos ampliamente aceptados.

Existen razones para responsabilizar a ambos. Tanto a quién ordena las detenciones ilegales como a quien las ejecuta. La tesis que mejor se ajusta a esas razones es la del dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. A continuación expondré brevemente esta tesis por ser la que mejor se adecua a nuestras intuiciones en estos casos. Estas intuiciones encuentran apoyo en parte de nuestra historia institu-

¹⁷ VALDEZ, G., "El enunciado de responsabilidad", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 19, Alicante, 1996, p. 261.

cional reciente, a saber, los juicios por violación de los derechos humanos posdictatoriales¹⁸. Este criterio se ha impuesto de manera mayoritaria en Alemania y ha sido admitida en el año 1994 por el Tribunal Supremo Alemán. Tal fundamentación fue adoptada por la Corte Suprema Colombiana en la sentencia condenatoria contra el ex dictador Jorge Aurelio Noguera Cotes.

Esta tesis sostiene que los hombres de atrás, quienes ordenan las detenciones en este caso, son responsables como autores mediatos, aún cuando los ejecutores inmediatos sean, asimismo, castigados como autores plenamente responsables.

En apoyo a su tesis Roxin descarta otras alternativas para el caso. En primer lugar descarta que pueda tratarse de un caso de coautoría. Un presupuesto de la coautoría es la ejecución en común. Una orden y su cumplimiento raramente podrían ser interpretadas en este sentido. Con mayor razón cuando en la mayoría de los casos quien ejecuta la orden y quien la instruye no se conocen. Están ausentes otras exigencias como las aportaciones de hecho entrelazadas y una unión recíproca de cómplices.

También cabe descartar que se trate de un supuesto de instigación. Quienes defiendan este esquema deberían sostener que quien da la orden actúa como instigador y quien la ejecuta como autor instigado para ejecutar la privación abusiva de la libertad. La diferencia es que en la instigación quién instiga deja en manos de quien ejecuta la decisión de realizar o no la conducta en tanto que en el caso aquí analizado ello no ocurre. Sin embargo en el caso de las detenciones ilegales el hombre de atrás toma la decisión con la certeza de que será ejecutada necesariamente por algún integrante de la organización sometido a su mando. La cuota de poder que tiene el hombre de atrás no puede equiparse a la que tiene el instigador. Quien ejecuta el hecho llega casualmente a la concreta situación de acción. Este no puede cambiar el suceso causal, sino, a lo sumo, modificarlo. La estructura organizativa es la que asegura la ejecución de la orden.

En apoyo a su tesis Roxin sostiene tres afirmaciones que descartan las respuestas anteriores. En primer lugar prueba que quien ejecuta la orden no es quién con sus propias manos realiza las detenciones. El instrumento del que se vale en el caso el jefe de policía o ministro de seguridad es el aparato organizado de poder y no los agentes particulares. Ello es evidente si tenemos en cuenta que los agentes son fungibles y que es la organización y no un determinado individuo quien garantiza el resultado.

¹⁸ ROXIN (2006) cita como ejemplo en apoyo a su tesis el caso argentino. Esta doctrina fue invocada en los años ochenta del siglo pasado en la Condena de la Junta General Argentina.

En segundo lugar el ejecutor y quien da la orden poseen distinta formas de dominio del hecho que no se excluyen entre sí. En este sentido Roxin (2006) afirma que:

Quien mata a la víctima con sus propias manos, ejerce el por mí denominado dominio de acción, es decir, un dominio que se deriva de la consumación de un determinado acto del hecho. El hombre de atrás tiene, en cambio, el dominio de organización, es decir, una posibilidad de influir, que asegura la producción del resultado sin ejecución del hecho de propio mano a través del aparato de poder que está a su disposición. Esta seguridad de resultado fundamenta el dominio del hecho. Se diferencia del dominio de la acción del ejecutor, pero puede, sin más, coexistir con él.

La tercera observación se refiere al error en el que incurren quienes deducen de un déficit del instrumento la autoría mediata. La autoría mediata no debe fundarse a través de presupuestos negativos sino positivamente analizando el grado dominio del autor sobre el hecho. Esta fundamentación positiva se basa en la posibilidad del hombre de atrás de producir el resultado a través de la organización.

A continuación se mencionan cuatro factores que determinan el dominio de organización del hombre de atrás en el caso de las privaciones de la libertad abusivas. Los tres primeros factores hacen referencia a las características de la organización que permiten hacer responsables a los hombres de atrás, es este caso el jefe de policía, ministro de seguridad, etc. En el cuarto factor se mencionan razones para responsabilizar a los agentes que ejecutan el hecho típico como parte de la organización.

1. Poder de mando: Dentro de una organización dirigida quien ostenta autoridad para dar órdenes y ejerce esa autoridad en dirección a la realización de la conducta descripta en el tipo penal es el autor mediato. Es decir quien tiene autoridad para ordenar las detenciones abusando de la competencia delegada por las normas que rigen su actividad y fuera de las formalidades establecidas como reaseguros del ciudadano frente al poder del Estado.

Sin embargo en razón de las características de la organización pueden encontrarse distintos niveles jerárquicos y en consecuencia varios pueden resultar autores mediatos. Así por ejemplo el Jefe de policía, el ministro de seguridad, etc., ejercen distintos niveles jerárquicos dentro de la organización, pero lo relevante es que lo ejercen. En este esquema quien no ha ordenado personalmente las detenciones o ha colaborado en su ejecución, pero ha promovido conscientemente los delitos responderá como cómplice. Este es el lugar que Roxin le asigna, en un ejemplo, al personal de servicio en un Campo de Concentración.

2. Desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder: esta desvinculación del aparato de poder no es en toda relación con el derecho sino sólo en aquella que es relevante al tipo penal analizado u otros. En este punto Roxin cita el caso de organizaciones como la RDA y el Estado nacionalsocialista en cuanto su existencia se enmarca dentro del derecho vigente válido. Lo relevante en estos casos son determinadas acciones realizadas por estas como la “solución final de la cuestión judía”. En este sentido la policía es una organización legal que forma parte del ordenamiento jurídico vigente y le ha sido asignada una función tendiente a prevenir lesiones de bienes jurídicos, como la libertad, y se le ha reconocido la facultad de hacer uso de la violencia estatal. Es por ello que la regulación de tal organización debe dirigirse a minimizar las restricciones de la libertad del modo más eficaz. Todo lo contrario sucede en el caso analizado. En este caso la policía reduce al mínimo la libertad de los ciudadanos de la manera más eficaz y pretende presentar estos hechos como parte de una política de seguridad eficiente. Las detenciones seguirían estando desvinculadas del derecho si la orden fuera legal en algún sentido.

3. La fungibilidad del ejecutor inmediato: ello se refiere a que quien ejecuta la privación abusiva de la libertad puede ser sustituido. Esta característica es la que asegura que la orden del hombre de atrás se garantice. Ello es así pues el hombre de atrás se vale de la organización para realizar el tipo penal y no de los sujetos individuales que responden a su mando.

Una objeción recurrente es la que sostiene que el criterio de fungibilidad no es siempre adecuado. Ello es así desde que quien debe privar abusivamente de la libertad tiene la posibilidad de dejar en libertad a un potencial detenido. Esto no puede ser interpretado de otra forma que un fallo de la organización. La objeción pierde fuerza si se tiene en cuenta que la organización desarrolla mecanismos institucionales tendientes a evitar tal situación. Un mecanismo en el caso de las detenciones abusivas de la libertad es la existencia de un sistema de premios y castigos tendiente a asegurar el resultado.

En una organización de este tipo es menos probable que tengan lugar fallas como las descritas. La probabilidad de fallas es mucho más probable en un esquema tradicional de autoría mediata en que el hombre de atrás se vale del error o falta de motivación normativa de quien actúa.

4. La considerable elevada disponibilidad al hecho del ejecutor: este es un factor que ha tenido en cuenta el Tribunal Supremo Federal Alemán. Este factor se refiere a la incondicionalidad, entendida como disponibilidad, del que actúa inmediatamente para realizar el tipo penal.

Confirma la libertad de actuación de quien ejecuta el hecho, es decir, la privación abusiva de la libertad. Así sostiene Roxin:

“Parto de que aquél que en un aparato organizado de poder desvinculado del derecho lleva a cabo el último acto que realiza el tipo, tiene una posición distinta a un autor individual que se tiene que desenvolver por sí mismo. Aquel se halla sometido a numerosas influencias específicas de la organización, que, a decir verdad, en modo alguno excluyen su responsabilidad, pero lo hacen, sin embargo, ‘más preparado para el hecho’ que otros potenciales delincuentes y que, vistas en conjunto, incrementan la posibilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho de los hombres de atrás”¹⁹.

Algunas otras consideraciones de Roxin afirman que la pertenencia a la organización despierta una tendencia a la adaptación. Ello es así desde que una de las finalidades de la organización es que sus miembros se integren. Esta descripción no acerca a la explicación de conductas irreflexivas que ejecutan los miembros de la organización. En este sentido quien se desempeña como agente de la policía no reflexiona sobre si su conducta en concreto se ajusta al tipo desde que asume que esta tarea es una para las cuales está destinada la organización. Esto no ocurre así en el caso del individuo que no vinculado a organización alguna se plantea la posibilidad de realizar el tipo penal. Roxin sostiene que un fenómeno típico de la organización es también un empeño excesivo en prestar servicio, sea por arribismo, sea por afán de notoriedad, por ofuscación ideológica o también a causa de impulsos criminales sádicos o de otro tipo, a los que el miembro de una organización tal cree poder ceder impunemente²⁰.

Un fenómeno que Thomson había analizado en cuanto a la responsabilidad moral de los funcionarios es tenido en cuenta para la responsabilidad penal. Muchas veces el actuar reflexivo del agente responde a la idea “Si no lo hago yo, lo hace de todas formas otro”. En estos casos la responsabilidad del agente se vuelve más patente desde que aparece como consecuencia de una reflexión.

Finalmente Roxin menciona los casos en que los ejecutores temen la pérdida del trabajo, el prejuicio de sus colegas o de la sociedad. En estos casos, pese a que tienen dudas sobre el carácter injusto de su actuación, confían en la impunidad que supone actuar bajo las órdenes de los de arriba. Estos supuestos no fundamentan un dominio de la coacción o error por los hombres de atrás. En consecuencia los agentes son plenamente

¹⁹ Roxin, C., “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, Rev. de Estudios de la Justicia, n. 7, 2006.

²⁰ ídem.

responsables desde que lo que motiva su actuación no es un error ni la coacción sino la posibilidad de ser degradado en alguno de los sentidos mencionados.

IV. Conclusión

El modelo que imputa responsabilidad moral recurriendo al criterio personal expuesto por Thompson y la propuesta de dominio por organización como forma independiente de autoría mediata de Roxin, en cuanto a la responsabilidad penal, se ajustan mejor a la forma en que deseamos que se tengan en cuenta nuestras acciones. Una forma sustancial de tener en cuenta nuestras acciones honra la relevancia de estas promoviendo la idea de que cada uno debe internalizar los costos y aprovechar los beneficios de lo que hace²¹.

Bibliografía

CASAL HERNANDEZ, J. M. (1998), *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid.

ROSENKRANTZ, C. (1985), *Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

ROXIN, C. (2006), "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", *Revista de estudios de la justicia*, N° 7.

ROXIN, C. (1998), *Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal*, Cuello Contreras/Serrano González de Murillo (trads.), Madrid.

THOMPSON, D. F. (1999), *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Gedisa, Barcelona.

VALDEZ, G. (1996), "El enunciado de responsabilidad", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 19, Alicante.



²¹ ROSENKRANTZ, C., *Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1985, p. 168.

LA EJECUCIÓN DE POLÍTICAS AMBIENTALES: ENFOQUES Y ANÁLISIS[†]

*Marta Susana Juliá**
*Jorge Foa Torres***

Resumen: En este trabajo presentamos algunos problemas conceptuales y metodológicos que forman parte de las elecciones teóricas e instrumentales acerca de los puntos de partida, los enfoques y los análisis para los estudios sobre políticas públicas. Desde nuestro punto de vista, la política ambiental puede servir a la visibilización de antagonismos socio-ambientales pasados por alto. En esta línea, es posible afirmar que el motor de la transformación político-ambiental de los pueblos puede hallarse, antes que en la búsqueda de una legislación armónica y plenamente coherente, en el retorno de la política como lucha antagónica por la hegemonización de diferentes campos sociales.

Palabras claves: Políticas Públicas Ambientales – Implementación – Antagonismo social.

Introducción

En el presente trabajo presentamos algunos problemas conceptuales y metodológicos que forman parte de las elecciones teóricas e instrumentales acerca de los puntos de partida, los enfoques y los análisis para los estudios sobre políticas públicas. La comprensión y análisis de los mismos nos permitirá abordar de manera integral las políticas ambientales.

Nos interesa poner énfasis, dentro del ciclo de las políticas públicas ambientales, en el análisis de su proceso de implementación.

Algunos autores entienden por implementación “a la fase de una política pública durante la cual se generan actos y efectos a partir de un marco normativo de intenciones, de textos o de discursos, es decir el espa-

[†] Recibido el 06/05/2013, Aprobado el 17/12/2013.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, Investigadora del CIJS-UNC, Secretaria de Vinculación Tecnológica del Instituto Superior de Estudios Ambientales (UNC), Miembro Asociado del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. E-Mail: abmsjulia@hotmail.com.

** Abogado, Doctorando en Ciencia Política por el CEA-UNC, Becario CONICET (CIJS-UNC), Miembro Asistente del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, integra equipos de investigación en el Instituto Superior de Estudios Ambientales (UNC) y el Centro de Estudios Avanzados (UNC). E-Mail: jorgefoatorres@gmail.com.

cio que existe entre la política como ‘declaración de intenciones’ y la política como ‘declaración de resultados,’ y por tanto, el conjunto de acciones que transforman las intenciones en resultados observables” (Blázquez Vilaplana y García de la puerta, 2005.153).

En primer lugar describimos el tránsito que existe en el proceso desde la formulación de la política hasta su implementación, el que tiene particularidades, complejidades, que es importante evidenciar para realizar un correcto abordaje del ciclo de las políticas públicas ambientales en la que determinadas temáticas se desarrollan.

En segundo lugar destacamos tanto el significado como el alcance que tiene el concepto de la implementación de las políticas como el momento de la ejecución de las políticas ambientales y las referencias en cuanto al rol de ésta etapa de las políticas observadas como parte del ciclo de las políticas públicas.

En tercer término se hace referencia a los principales problemas en el estudio de la ejecución de las políticas públicas ambientales en sus aspectos: metodológicos y conceptuales.

Todo ello nos permite reflexionar sobre un conjunto de problemas asociados al estudio de las políticas públicas ambientales, en problemáticas ambientales determinadas en el marco de los ciclos de las políticas públicas y con especial referencia a la etapa de la ejecución de las políticas.

El tránsito de la formulación a la ejecución

Producto de la profundización en el estudio de las políticas públicas ambientales podemos afirmar que el camino existente desde la formulación de las diferentes políticas ambientales hasta la implementación es complejo, extendido en el tiempo, intrincado, en el cual se suceden diferentes contextos de análisis que implican pequeñas o grandes modificaciones a la propuesta inicial de la política (Juliá, 2012).

Cuando se avanza en el estudio de las políticas y en el marco de la formulación de algunas de las temáticas de las políticas ambientales en Argentina se debe tener en cuenta no solo el instrumento o el material a través del cual se expresa la política sino también el contexto político, jurídico e institucional¹ en que se manifiesta.

¹ Por instituciones, como señalamos en otro lugar, referimos a “aquellas entidades públicas formales destinadas a adquirir estabilidad en el tiempo y a cumplir diversas funciones, compuestas por un conjunto de roles sociales o que definen un conjunto de roles sociales; conformadas por una variedad de actores, regidas por un determinado marco legal, y situadas en relación a determinados contextos sociales, históricos, políticos y económicos” (Juliá et al., 2009:61).

En el contexto mencionado se va a encontrar con la particularidad que muchas de nuestras políticas se formularon fruto de presiones internas y externas, ya sea por el desarrollo de políticas ambientales globales o de ciertos acuerdos internacionales, los que requieren su convalidación en el sistema jurídico. Nos preguntamos si en ese marco entran en agenda de manera forzada, con poca discusión o problematización previa.

De similar manera, en otros casos, son problemas visualizados y puestos en agenda por grupos de ciudadanos, distintos sectores, o múltiples actores que se ven afectados o le dan relevancia como problema para que sea asumido por el estado y se establezcan las normas a partir de las cuales se desarrollarán programas o acciones sobre el tema. Este camino responde a problemas percibidos por los ciudadanos o también motivados para que se visibilicen más claramente.

Los autores que trabajan en el proceso o ciclos de las políticas públicas (Parsons, 2007, Pérez Sánchez, 2005, por ejemplo), para hacer referencia en general al tema, desarrollan una construcción conceptual a partir de diferentes términos, los que tienen un significado en el lenguaje común, uno etimológico y también un alcance cuando se lo integra con otros conceptos. Es por ello que consideramos importante realizar en el marco de las políticas ambientales su propia descripción.

Pueden variar las problemáticas, los requerimientos, las acciones que ponen en evidencia la necesidad de formular políticas ambientales pero existen aspectos comunes en cuanto al tipo de instrumento normativo, los momentos históricos que uno puede observar en el análisis y la sistematización de la formulación de las políticas (Juliá - Foa Torres, 2011).

Una vez formulada la política ambiental no implica una ejecución inmediata, porque es a partir del momento en que se formula donde se inicia un proceso (que se presenta en principio como complejo, difuso, intrincado) que culminará con la ejecución efectiva de la política planteada.

Cuando se profundiza en los ciclos de las políticas, se considera que “los modelos de las organizaciones que analizan la formulación y la implementación de las políticas públicas en situaciones de interacción humana y no como un máquina o un sistema, se concentran en la naturaleza de dichas interacciones” (Parsons, 2007: 490). Es por ello que debemos observar estas interacciones en materia ambiental.

La ejecución de la política es una etapa que debe observarse en sí misma como “proceso” y puede caracterizarse como difusa y variada, se extiende en el tiempo, se ve condicionada por las limitaciones que contiene la propia política formulada y por la adecuación a los sistemas normativos, políticos e institucionales en que se insertan. Los que pueden haber sido considerados o no al momento del diseño de la política.

En el proceso de las políticas públicas se destacan dos cuerpos de investigación “el primero se asocia con la tipología de las políticas públicas y el segundo con las funciones gubernamentales que desempeñan los gobiernos en materia política” y agrega la autora que “otras definiciones más predominantes dentro del enfoque caracterizan al proceso de políticas como un conjunto de actividades destinadas a la solución de problemas” (Montesinos, 2007: 326-7).

Las políticas ambientales las podemos asociar a las políticas públicas y las estudiamos como tales, pero a su vez se asocia a las funciones gubernamentales ya que determinados gobiernos formulan políticas públicas ambientales y otras gestiones gubernamentales tienden a solucionar problemas.

La verticalidad de ciertas políticas va generando un efecto cascada para su ejecución, donde se pueden observar los requerimientos de adecuación normativa e institucional que fijan las normas y que implican una verdadera ingeniería para su ejecución. En algunas situaciones pueden representar hasta una reinterpretación de la política en sí misma.

Un aspecto importante en el tránsito de la formulación a la ejecución lo marca el tiempo que transcurre entre una etapa y otra, ya que puedo ejecutar políticas de otras gestiones y no alcanzar los propios objetivos de una gestión gubernamental determinada. También puedo formular y ejecutar en una gestión y conducir el proceso con los objetivos que se proponen.

Para estudiar las políticas públicas ambientales, partimos del momento en que se formulan, lo que nos conduce a la necesidad del análisis de las políticas ambientales, con su complejidad, en los propios procesos en que se desarrollan y con las particularidades propias de la temática ambiental.

Cualquier problema ambiental que seleccionemos y que pretendamos abordar en el marco de un ciclo de política pública (como por ejemplo la temática de los residuos, de la calidad de aguas, del ordenamiento territorial de los bosques, para citar algunas) nos plantea entender el momento en que dichas políticas se formularon, su contexto jurídico-político-institucional y su tránsito hasta la efectiva ejecución, de tal manera que nos permita comprender el proceso, sus objetivos y metas, el alcance logrado y establecer el estado de situación actual.

El rol de la implementación o ejecución de las políticas públicas en el ciclo de las políticas

En muchas de las investigaciones sobre el análisis de las políticas se privilegiaban los estudios sobre formulación y toma de decisión y “se

consideraba que la implementación, como puesta en marcha de la política, era una cuestión meramente técnica que no merecía consideración especial” (Blásquez Vilaplana, García de la Puerta, 2005: 155).

En la tarea de construcción del ciclo de políticas públicas en materia ambiental en Argentina, primero avanzamos en la sistematización de la información institucional (Juliá, Del Campo, Foa Torres, 2009), lo que nos permitió observar los principales aspectos y tendencias en la temática, luego, trabajamos en la formulación de las políticas ambientales, el material normativo en que se ha plasmado, en cada nivel gubernamental las políticas ambientales (Juliá, Del Campo y Foa Torres 2013).

De similar manera nos planteamos trabajar en la etapa de implementación o ejecución de las políticas ambientales en el territorio, por una parte ordenando y sistematizando los conceptos y por otra, construyendo las técnicas e instrumentos metodológicos, que en sus distintas modalidades, van a permitir abordar el objeto de estudio.

Trabajar la implementación o la ejecución (tomando el significado de implementación como la etapa en que la política empieza a manifestarse en acciones y ejecución por que se identifica quien o quienes la implementan) representa algunos desafíos interesantes “para muchos, la implementación de las decisiones públicas es un problema puramente administrativo, entendiendo como un problema técnico de simple ejecución. Por el contrario, desde el análisis de las políticas públicas, esta etapa es fundamental porque es allí que la política, hasta entonces casi exclusivamente hecha de discursos y palabras, se transforma en hechos concretos, realidad palpable” (Roth, 2009:107). Un desafío es problematizar esta etapa de ejecución, esta realidad con la complejidad que plantea en materia ambiental.

Existen un conjunto de perspectivas teóricas desde las cuales se estudian las políticas públicas pero según Roth los enfoques teóricos representan una cara de la realización de una investigación en políticas públicas, ya que estas se presentan complejas en su abordaje.

El mencionado autor plantea que “El desplazamiento del ángulo de análisis obliga al investigador a desarrollar nuevos instrumentos. Poco a poco se ha construido una especie de caja de herramientas en las que el investigador encuentra conceptos y modelos asociados a distintas posiciones teóricas, que ayudan a descomponer y clasificar la hidra de la actividad pública en elementos analíticos más previsibles” (Roth 2009:41).

El análisis de las políticas públicas “está orientado a los problemas y es contextual por naturaleza, multidisciplinar en su aproximación y explícitamente descriptivo y prescriptivo en su perspectiva. En definitiva representa una variedad de formas pero comprende y resuelve temas de

importancia pública” (Pérez Sánchez, 2005:71). Lo cual es claramente observable en los diferentes problemas ambientales y en particular en los que van adquiriendo trascendencia pública.

Usar el modelo de “policy cycle” que propone observar las políticas públicas en una serie de etapas o secuencias lógicas es un punto de partida interesante para ordenar el proceso y trabajarlo ya que “el modelo es lo suficientemente amplio que permite su utilización para cualquier política y facilita la delimitación del objeto de análisis” (Roth, 2009:49). Todo ello no implica que consideremos que existen muchas críticas a este enfoque y tomar los recaudos necesarios en cuanto a los límites y alcances que se van a delimitar para nuestro trabajo.

La tarea de desentrañar y analizar el proceso de implementación constituye un desafío de tal magnitud que nos obliga a concebirlo como dice Roth de una manera amplia, flexible y multidimensional, a lo que agregamos en la multiplicidad de contextos que inciden y afectan su desarrollo.

Asimismo, para los autores existen “numerosos conceptos para identificar esta fase de las políticas públicas tales como poner en práctica, dirigir, ejecutar, administrar, etc.” (Blazquez Vilaplana y García de la Puerta, citado en Pérez Sánchez 2005:153).

El concepto de implementación pensado desde el proceso de las políticas en sus distintas etapas o secuencias lógicas se conceptualiza como “la fase de una política pública durante la cual se generan actos y efectos a partir de un marco normativo de intenciones, de textos y de discursos” (Meny/Thaning, 1995, Roth, 2009).

En el análisis de las políticas se plantean estudios como “las ideas, entendidas como construcciones cognitivas, serán la clave para explicar el origen de determinadas preferencias de los actores, el seguimiento por parte de estos de alternativas de acción concreta, el funcionamiento de las instituciones o el resultado de las políticas puestas en marcha” (Real Dato, 2005:95).

Los principales modelos analíticos son el *top down* y el *botton up* y como forma de superarlos una teoría general de la implementación donde la administración pública constituye un actor central.

En este sentido se plantea que “aunque formalmente la administración pública sigue teniendo la consideración de una organización dependiente del poder político, el papel y los medios con que cuenta la Administración no pueden considerarse de importancia residual respecto de la decisión política. Ésta está condicionada por la realidad del aparato administrativo, por su personal —especialmente el directivo— y por las co-

nexiones formales e informales con las organizaciones externas” (Blásquez Vilaplana, García de la Puerta, 2005: 165).

Ello implica considerar el estudio de la implementación en estrecha vinculación con el sector de la administración encargado de ejecutar la política objeto de estudio.

Principales problemas en el estudio de ejecución de las políticas públicas ambientales: metodológicos y conceptuales

La pregunta inicial en el trabajo de investigación y desde la cual partimos es ¿Cómo analizar la ejecución de políticas ambientales? Y aquí tenemos varios desafíos que están íntimamente relacionados con las tareas previas de investigación.

Por una parte la formulación de las políticas en normas permite indagar en las diferentes modalidades que adoptan dichas normas y los requerimientos que establecen para su ejecución.

Así una primera distinción es que las normas contienen requisitos de distinto tipo que podemos sistematizarlos en:

1. Requisitos de tipo político-institucional
2. Requisitos de tipo jurídico
3. Requisitos de tipo administrativo

Los mencionados requisitos pueden estar indicados en forma previa a la ejecución o desarrollarse en el mismo momento de la ejecución. Para describir las características de los requisitos en sus manifestaciones concretas vamos a aproximarnos de manera progresiva a los mismos.

a) Requisitos de tipo político-institucional

Las leyes suelen indicar en su texto el organismo o autoridad que será la encargada de ejecutar las políticas y aplicar las normas. En el caso de las leyes ambientales se indica el de más alta jerarquía en la temática ambiental. En otros casos se establece la obligación de asignar un organismo, área o sector encargado de ejecutar la norma.

Todo ello configura decisiones político-institucionales que se toman en el ámbito del poder ejecutivo que se trate (en el nivel que sea) ya que supone: incorporar el tema entre sus prioridades (instalarlo de alguna manera en la agenda) asignarle un espacio político institucional que expresa “su decisión”, la jerarquía del espacio también muestra la importancia que se le otorga al tema.

Las decisiones político-institucionales previas a la ejecución de la política como crear o configurar nuevos espacios, con ciertas particulari-

dades (presupuesto, personal, infraestructura, entre otros) o reordenar un espacio existente tiene sus diferencias.

En este aspecto una aproximación metodológica sería el análisis del texto en el que se formula la política y detectar los indicadores político-institucionales presentes y cuáles son. Estos indicadores podríamos sistematizarlos en aquellos de cumplimiento formal de la política formulada sin los cuales no puede implementarse y otros de tipo sustancial.

Algunos ejemplos de indicadores:

- Designar autoridad de aplicación
- Desarrollar algún proceso de participación
- Realizar una audiencia pública
- Designar un área o sector responsable
- Realizar ciertas tareas de fiscalización y control
- Diseñar estructuras y procesos administrativos
- Elaborar proyectos de ley

Estos indicadores delimitan los contextos políticos jurídicos y administrativos dentro de los cuales se va a ejecutar la política.

Asimismo, se debe tener en cuenta que los tiempos asignados, los plazos, las prohibiciones configuran límites espacio-temporales a los requerimientos políticos e institucionales.

b) Requisitos de tipo jurídico

Para describir los requerimientos jurídicos que caracterizan la ejecución de las políticas ambientales en general podemos observar diferentes manifestaciones de los mismos y que pretendemos sistematizar de tal manera de identificarlos y distinguirlos de los demás requerimientos objeto de análisis.

a) Requisitos sobre el tipo de instrumento normativo a través del cual se va a ejecutar la política, la obligación de dictar una ley en la jurisdicción que la implementa es un claro ejemplo; el dictado de actos administrativos como la designación de una autoridad de aplicación (decretos). Los actos administrativos requeridos pueden conformar un espacio nuevo o ampliar uno ya existente que modifique una ley previa como sería la ley de ministerios y en otros casos el dictado de actos como decretos y resoluciones que puedan reordenar las áreas de acuerdo a las exigencias de la norma.

b) Requisitos conceptuales que delimitan el contexto jurídico: las políticas formuladas en las normas contienen un conjunto importante de conceptos sobre la temática que regulan que ubican su ámbito específico. Asimismo contienen principios y pautas que guían como los objetivos y metas de la política formulada.

c) Los instrumentos que se proponen para la ejecución: sean instrumentos de política o de gestión ambiental las normas suelen establecerlos.

Todos ellos son elementos a tener en cuenta y aquí podemos diferenciar el instrumento normativo en el que está formulada la política ya que tiene sus diferencias:

a) Ley de presupuestos mínimos ambientales: en los casos que la política objeto de análisis se encuentra en una ley de este tipo no podemos dejar de cumplir en las distintas jurisdicciones los requisitos conceptuales, principios, pautas, instrumentos, etc. Ya que podremos exigir siempre más y nunca menos que su contenido.

b) Ley general de ambiente: en los casos de formulación de políticas en leyes generales nos encontramos en situación similar ya que son las que determinan el marco jurídico, político e institucional de acuerdo a su competencia en el tema.

c) Leyes especiales o específicas en alguna temática: tendremos que evaluar las competencias, atribuciones y funciones y mantener los criterios principales que fijan.

Se podrían establecer criterios de análisis de tipo lógico-formal pero nos interesa profundizar en lo interpretativo.

c) Requisitos de tipo administrativo

La ejecución de políticas en la instancia administrativa cuenta con algunas libertades provenientes de la propia organización, leyes de procedimientos, procedimientos y actos. Si bien existen pautas generales cada provincia tiene su propia institucionalidad y su organización administrativa y es allí donde la ejecución de las políticas puede tomar perfiles propios, son los mecanismos administrativos los que van a plasmar la política en el territorio. En las exigencias, las tareas y procedimientos de fiscalización y control, los límites, prohibiciones y la agilidad en la implementación se podrían observar o no resultados de la aplicación.

El primer paso para analizar la ejecución de políticas ambientales es reconocer dónde y cuándo fueron formuladas las políticas objeto de análisis, en qué contexto histórico, político y económico surgieron, tener en cuenta los antecedentes de las políticas sectoriales de tipo histórico.

Identificada su formulación el tipo de institucionalidad en la que se ve incorporada la política a través de cual se va a ejecutar.

Luego el análisis sectorial de la temática que planteamos como por ejemplo: aguas, bosques nativos, residuos, etc. Pero se debe mantener su relación con la temática ambiental y de ésta con el contexto del país.

En los análisis de caso se puede indagar en la profundidad de los sectores y variables involucradas en los procesos de ejecución de políticas y los procesos que se generan a partir de los mismos.

En primera instancia nos interesa profundizar en los procesos políticos, institucionales, jurídicos y administrativos que se desarrollan a partir de la ejecución de políticas ambientales en el territorio.

Nos planteamos el desafío de profundizar en la ejecución de las políticas ambientales, conociendo las dificultades existentes de tipo teórico y metodológico propio de las problemáticas objeto de análisis. Acordamos en que “el análisis de las políticas públicas está orientado a los problemas y es contextual por naturaleza, multidisciplinar en su aproximación y explícitamente descriptivo y preceptivo en su perspectiva. En definitiva representa una variedad de formas para comprender y resolver temas de importancia pública” (Pérez Sánchez, 2005:71).

Existen numerosas definiciones acerca de las políticas, su ejecución y también “numerosos conceptos para identificar esta esfera de las políticas públicas tales como poner en práctica, dirigir, ejecutar, administrar, etc. Entenderemos por implementación la fase de una política pública durante el cual se generan actos y efectos a partir de un marco normativo de interés, de textos y de discursos” (Blazquez Vilaplana, citado en Pérez Sánchez 2005:153).

En nuestro trabajo se realiza un abordaje de normas en sus contextos institucionales, históricos, políticos en el cual consideramos que “las instituciones y normas existentes en cada contexto —que son netamente productos culturales— determinan las posibles opciones y condicionan que decisiones se adoptan y como se realiza el proceso. De la lógica que impone depende que se desarrollen normas e instituciones depredadoras del medio ambiente o sostenibles. Igualmente importante es el hecho de que actores tienen voz en el conflicto y en su gestión” (del Viso, 2011:255).

Por otra parte, debemos tener en cuenta que “si queremos que este nuevo abordaje social y biofísico de la lógica de los socio-ecosistemas incida en la praxis política, también es conveniente incorporar las reformulaciones verdes que han surgido en los últimos años en el ámbito de la ciencias políticas, los derechos humanos o la reflexión sobre ciudadanía” (Barraquero et al., 2011:145). Esta es la idea que tratamos de implementar en la propuesta de análisis.

Normas, instituciones y políticas ambientales

Las instituciones ambientales, con sus particularidades, son quienes operativizan las políticas y las normas en la temática. La consideración

y el consenso de las políticas establecen modos y efectos a la hora de aplicar normas. Destacamos la importancia de comprender que las normas ambientales no pueden analizarse de manera aislada y fuera del contexto de las políticas y las instituciones que las aplican, como de los mecanismos de coordinación que logran los consensos para su implementación (Juliá, 2012).

Para el enfoque de la *gestión técnico-económica* de los problemas ambientales, las instituciones ambientales deben abocarse a la generación de reglas y marcos adecuados para el desarrollo de nuevos mercados a través de la creación de derechos de propiedad capaces de atacar las externalidades negativas de la actividad económica (Foa Torres, 2012). En tal sentido, es la misma economía la que debe crear el derecho público ambiental para la adecuada gestión de los problemas ambientales.

Para el *enfoque de derechos*, la institución ambiental es la encargada de servir de garante para el cumplimiento del derecho ambiental (Foa Torres, 2012). Frente a las obligaciones asumidas por el Estado mediante el dictado de normas, la instancia institucional debe *aplicarlas* convenientemente dotándose de la capacidad logística y de control suficiente para poder llevarlo a cabo.

Sin embargo, ninguna de estas perspectivas ve en la institución a un elemento capaz de ir mucho más allá de una instancia técnico-operativa de creación y puesta en acto de nueva normativa. Por el contrario, desde nuestro punto de vista, el conflicto es consustancial a la vida misma de la institución ambiental, deviniendo ésta no sólo en un momento instrumental de las PPA sino en un ámbito privilegiado para la resignificación y construcción política para la respuesta a los conflictos ecológicos.

Las diferentes perspectivas han dado respuestas parciales a diferentes problemáticas y han demandado profundización y acciones que aborden los problemas ambientales para mejorar las realidades existentes.

Observamos la institucionalización ambiental, posicionándonos desde lugares diferentes a los presentados y consideramos que en materia ambiental la historia más reciente de los últimos cuarenta años, aproximadamente, nos brinda elementos para poder pensar la percepción actual de los problemas ambientales y nos permite indagar sobre los orígenes de la configuración de los escenarios políticos, jurídicos e institucionales en que se ha desarrollado la temática ambiental.

Cuando nos referimos al proceso de incorporación de la temática en los sectores del Estado consideramos a la problemática ambiental como una dimensión que atraviesa los distintos sectores incluido el público.

Con variadas experiencias institucionales como la creación de Ministerios de gran envergadura, direcciones específicas, refuerzo de organismos preexistentes, o innovando con nuevas figuras, se intenta hacer frente, desde lo institucional, a los nuevos problemas ambientales que enfrentan los países en las últimas décadas.

Los escenarios han sido variados y cambiantes, respondiendo a líneas políticas e ideologías diferentes. La tendencia de mantener o incrementar los ámbitos destinados a la temática ambiental se ha sostenido en los últimos años, al menos, en los aspectos formales referidos a la integración del tema al sistema institucional estatal.

Implementación de políticas y antagonismo social

Las políticas ambientales replantean muchas de las visiones tradicionales no sólo jurídicas sino en los planos institucionales y políticos ya que les demandan a las distintas disciplinas ubicarse en los propios entornos, definiendo prioridades, tomando decisiones acerca de la implementación de las mismas en el territorio.

Nos parece interesante poner en diálogo diferentes visiones procedentes de distintas disciplinas que permitan abordar y tener en cuenta en el marco de los conflictos socio-ambientales el reconocimiento de los múltiples aspectos que lo conforman.

A medida que se avanza en el abordaje de problemas ambientales y se analizan las dimensiones sociales del problema, las relaciones que se resaltan son diferentes y se inicia un estudio sobre relaciones y conflictos donde las ciencias sociales tienen un rol importante.

En las relaciones a profundizar se plantea que: "Son las relaciones sociales de poder las que regulan el acceso, la disponibilidad y la utilización de los elementos de la naturaleza. Esta regulación realimenta el poder, y divide a las sociedades en función de esa disponibilidad y de su usufructo, de esta forma, las relaciones entre los humanos son intermediadas por la naturaleza, así como la naturaleza ha sido marcada por las acciones de los humanos" (Alimonda, 2008:13).

Es imprescindible considerar en los contextos de análisis de las situaciones jurídicas ambientales a las relaciones de poder, ya que van a estar presentes en la conformación y funcionamiento de las gestiones ambientales que se desarrollan en los distintos estados.

En consideraciones regionales se afirma que: "es posible verificar que los procesos sociales y políticos vigentes en América Latina reponen una y otra vez la relevancia de los conflictos vinculados con la gestión del ambiente y de los recursos naturales y, consecuentemente, la injerencia de

una reflexión crítica por parte del pensamiento social integrando cada vez más la perspectiva de la ecología política y también de la historia ambiental” (Alimonda, 2008:13).

En este contexto, nuestra propuesta se aparta de las visiones tradicionales acerca de la implementación de las PPA. Si tanto para la perspectiva de la gestión técnico-económica como para el enfoque de derechos, la implementación de las PPA se constituye en un ámbito instrumental en la aplicación del derecho ambiental vigente, desde nuestro punto de vista la implementación de políticas es un terreno en el que no necesariamente deben prevalecer las instancias administrativas sino en el que, en el contexto institucional de que se trate, es posible identificar los momentos propiamente políticos en los cuales la puesta en cuestión de los sentidos dominantes puede evidenciar los antagonismos sociales existentes, antagonismos en muchos casos insuperables pero respecto de los cuales la institución ambiental debe enfrentar y decidir la orientación política de cada gestión.

Por caso, como es sabido, con la sanción de la ley nacional de presupuestos mínimos sobre bosque nativo (26.331), se abrió un proceso de implementación en las diferentes provincias relacionado con los procesos de ordenamiento territorial y el dictado de normativas locales. En el caso de la provincia de Córdoba, la disputa entre el sector de los productores rurales, por un lado, y el de las organizaciones de la sociedad civil, movimientos sociales y la Universidad Nacional de Córdoba, por otro, fue zanjada abruptamente por el gobierno provincial a partir de la aprobación intempestiva del proyecto de ley presentado por los primeros. Todo lo cual cooperó a visibilizar la oposición de intereses y posturas políticas antagónicas así como también la particular decisión tomada por las autoridades provinciales.

Reflexiones finales

Estudiar las problemáticas ambientales constituye un desafío por la complejidad de los problemas, la integralidad de los análisis, la interdisciplinariedad que demanda, la multiplicidad de dimensiones que se detectan y forman parte de los requerimientos para un correcto abordaje de los problemas.

El intento por cuestionar ciertas bases epistemológicas de los análisis de las políticas públicas nos conduce a plantearnos y replantearnos los conceptos que incluimos para la comprensión, las dimensiones que son objeto de análisis y los conceptos que ponemos en discusión.

El estudio de las políticas públicas supone evidenciar un contexto de análisis que indaga en los problemas que dieron lugar a las políticas, los

conflictos existentes y emergentes integran las cuestiones objeto de análisis como el antagonismo social que representan y provocan.

La implementación de las políticas ambientales conforma un aspecto central en el estudio de las gestiones ambientales gubernamentales, es la instancia de concreción de las políticas formuladas y su aterrizaje en el territorio.

La puesta en valor del conflicto como concepto central para el estudio de las políticas públicas ambientales en sus distintas manifestaciones no puede analizarse sin el contexto de la institucionalidad ambiental y la incorporación del concepto de antagonismo social como una mirada integradora y complejizante de nuestra perspectiva.

Los enfoques que suelen abordar a la institucionalidad ambiental y a la implementación de políticas ambientales como espacios exclusivamente orientados a la deliberación y la construcción de consensos, pierden de vista aspectos políticos de importancia. En particular, la visibilización y construcción de antagonismos sociales permite la emergencia de nuevos escenarios políticos más allá de la mera cooperación y elusión de conflictos ambientales.

En ese marco, desde nuestra perspectiva, las políticas no son espacios que puedan escapar a los conflictos y antagonismos sociales sino que implican decisiones a partir de los cuales el antagonismo y el conflicto pueden constituirse en un efecto deseado para el logro de objetivos específicos. Tal punto de vista nos permite arrimarnos a aspectos propiamente políticos presentes en las políticas, sus luchas de poder y sus disputas por hegemonizar el sentido de la política ambiental.

En ese contexto, la política pública ambiental puede servir de instrumento para visibilizar un conjunto de antagonismos socio-ambientales ocultados o pasados por alto con anterioridad. En esta línea, es posible afirmar que el motor de la transformación político-ambiental de los pueblos puede hallarse, antes que en la búsqueda de una legislación armónica y plenamente coherente, en el retorno de la política, entendida como la lucha antagónica por la hegemonización de diferentes campos sociales, en pos de la transformación de las estructuras e identidades, aún de las más sedimentadas.

Referencias bibliográficas

ALIMONDA, H. (2008), *Gestión ambiental y conflicto social en América Latina*, CLACSO, Buenos Aires.

BLÁSQUEZ VILAPLANA, B., GARCÍA DE LA PUERTA, B. (2005), "La implementación de las políticas públicas. Modelos analíticos y el papel de la administración pública" en PÉREZ SÁNCHEZ, M. (ed.), *Análisis de políticas públicas*, EUG Granada.

DEL VISO, N. (2011), "Mecanismos comunitarios de resolución de conflictos socioecológicos. Una mirada sobre aspectos culturales", en: ALVAREZ CANTALAPIEDRA, S. (Coord.), *Convivir para perdurar. Conflictos ecosociales y sabidurías ecológicas*, Icaria, Barcelona.

FOA TORRES, JORGE (2012), "Una evaluación crítica de los estudios de políticas públicas ambientales. Hacia un análisis discursivo y de crítica a la ideología de las políticas", en: *Pensamiento plural*, número 9, *Pelotas* (Brasil), pp. 98-129, en la web: <http://www.ufpel.edu.br/isp/pgcs/pensamiento-plural/edicoes/09/78-265-1.pdf>.

JULIÁ, M. S. (2012), "El sistema jurídico, político institucional en materia ambiental en Argentina, aceptado para evaluación", en: *Letras Verdes*, FLACSO.

JULIÁ, M. y FOA TORRES, J. (2012), "Derecho y Políticas Públicas Ambientales. Hacia un enfoque ambiental y discursivo de lo jurídico", en *Revista Perspectivas en Políticas Públicas* de la Universidad Nacional de Lanús, n° 2.

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

JULIÁ, M.; DEL CAMPO, C. y FOA TORRES, J. (2009), *Formulación de Políticas Públicas Ambientales: los casos de "Aguas", "Bosque nativo" y "Residuos peligrosos"*, Lerner, Córdoba, en prensa.

LACLAU E. y MOUFFE, C. (2004), *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.

MONTESINOS, E. (2007), "Límites del enfoque de las políticas públicas para definir un problema público", en: *Cuaderno de Administración*, vol. 20, n° 33, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

PARSONS, W. (2007), *Políticas Públicas: una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*, FLACSO, México.

PEREZ SANCHEZ, MARGARITA (2005), *Análisis de políticas públicas*, Universidad de Granada, Granada.

ROTH, A. N. (2009), *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*, Aurora, Bogotá.

SANTAMARINA CAMPOS, B. (2008), "Antropología y medio ambiente. Revisión de una tradición y nuevas perspectivas de análisis en la problemática ecológica", en *Revista de antropología iberoamericana*, volumen 3, número 2, mayo agosto, pp. 144-184.



DEUDA EXTERNA EN EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN FINANCIERA[†]

*Emma Mini**

Resumen: La globalización financiera generó un exceso de recursos prestables y pocos proyectos de producción que son los únicos que generan riquezas. Por ello, desde la perspectiva del Derecho, deberíamos postular que sólo se prestara internacionalmente para proyectos productivos, con la modalidad de los negocios en participación, a fin de que los grandes inversores generen proyectos en beneficio de un país o colaboren con el proyecto y cobren de acuerdo al éxito real del mismo.

Ello exige reflexionar acerca de un nuevo rol de Estado en la economía globalizada, que le permita alcanzar los beneficios del mercado internacional de capitales, pero garantizando, al mismo tiempo, un desarrollo económico, social y cultural constante, con mayor ocupación productiva, de manera que se garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

Palabras Claves: Deuda externa - globalización financiera - contratos de participación.

Introducción

Este trabajo, intenta un análisis interdisciplinario, jurídico-económico, de la problemática de la deuda externa, que no es meramente económico-financiera, es fundamentalmente un problema social y como tal, es también un problema político, jurídico, ético y hasta geoestratégico.

Con la crisis financiera global del año 2008, quedó evidenciado que la deuda externa no era solo un problema de los países en desarrollo, sino, por el contrario, un problema de la economía global.

Poniendo de manifiesto la dificultad de los gobiernos, de los mercados financieros y de las instituciones financieras internacionales para ubicar a la economía mundial en el camino del crecimiento, esto impone la necesidad de analizar el tema de la deuda externa, de tal modo que los países deudores como el nuestro, puedan lograr el pago de las acreencias de

[†] Recibido el 02/05/2013, Aprobado el 23/09/2013.

* Profesora Adjunta de Economía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Integrante del Proyecto de Investigación *La otra cara de la integración regional: territorio, recursos y empresas transnacionales en la Región Patagónica Binacional*, subsidiado por SECYT, UNC. Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales U.N.C.

ese origen sin que ello signifique un estrangulamiento financiero que les impida crecer y alcanzar un verdadero desarrollo humano de los pueblos.

Raíces del crecimiento de la esfera financiera

Las condiciones estructurales que dan origen a la actual globalización financiera, entendida como las estrechas interconexiones entre los sistemas monetarios y los mercados financieros nacionales, se configuran a partir de las medidas de liberalización, desregulación y transformación jurídica efectuadas en un principio por los Estados Unidos y el Reino Unido entre 1979 y 1982 y en los años siguientes, por el resto de los países industrializados.

La liberalización externa e interna de los sistemas nacionales, anteriormente cerrados y compartimentados, permitió la aparición de un espacio financiero mundial. Sin suprimir los sistemas financieros nacionales, no hicieron más que integrarlos, de manera imperfecta o incompleta, en un conjunto que tiene las siguientes características: Primero está fuertemente *jerarquizado*, pues el sistema financiero de los Estados Unidos domina a los demás, tanto por el dólar como único equivalente general de valor a nivel global, sin respaldo de ningún tipo, como por la dimensión de los mercados norteamericanos de obligaciones y bursátil. El desarrollo desigual de los países (incluso dentro de la OCDE) y la competencia entre ellos, uno de cuyos instrumentos es la moneda y otro las finanzas, no han desaparecido. Fueron incluso reavivados por la liberalización y la desregulación financieras. En segundo lugar carece de *instancias de supervisión y de control*¹. Y por último la *unidad* de los mercados está asegurada por los operadores financieros, en grados que difieren según la composición de sus carteras de activos (divisas, obligaciones, acciones y productos derivados) y por las decisiones que ellos toman, ya sea en materia de arbitraje entre diferentes instrumentos financieros o distintos segmentos de los mercados, como de la elección de los países cuyas monedas compran o cuyos títulos poseen. Lo que generó el desarrollo de los Fondos Financieros de Inversión Global, actores centrales del proceso de globalización y de las actuales crisis económicas².

¹ Las medidas adoptadas permitieron a partir de la Banca Comercial, el desarrollo exponencial de la Banca de inversión y el desarrollo de otro conjunto de instrumentos financieros, constituyendo la Gran Banca, especialmente en lo que se refiere al armado de sociedades "independientes", la mayoría de ellas ubicadas en paraísos fiscales, que en realidad pertenecían informalmente a las Grandes Redes Financieras, pero que pueden realizar un sinnúmero de negocios sin controles ni trabas jurídicas y fiscales. Cfr. FORMENTO W., MERINO G. (2011), *Crisis Financiera Global*. Buenos Aires: Peña Lilo, Ediciones Continente.

² Junto con la banca de inversión como instrumento formal del desarrollo de las finanzas se desarrollaron los fondos de inversión, los cuales son un sofisticado instrumento de intelligen-

Todo ello se vio acompañado por las grandes innovaciones tecnológicas de los últimos tiempos, que han transformado las técnicas de almacenamiento, tratamiento y transmisión de información (informática, robótica, telecomunicaciones) permitiendo llevar a cabo estrategias planetarias pudiendo seguir y evaluar al momento, desde un lugar determinado, la aplicación de directivas en cualquier lugar del planeta, y en consecuencia, de adaptar su contenido, localización, condiciones de funcionamiento y salidas de cualquier actividad.

Este cambio de régimen financiero, produjo grandes cambios en lo político, que pusieron en cuestión el rol del Estado, su soberanía, su poder regulador, y su condición como garante del bienestar general de los ciudadanos, debido al impulso de las ideas neoliberales.

Consecuentemente, se va forjando la idea de superioridad de la iniciativa privada sobre la acción pública, de la eficacia y rentabilidad de la primera y la incompetencia y corrupción de la segunda, de la natural preferencia humana por la acción individual más que por la solidaridad colectiva, de la necesidad de restringir al Estado a sus estrictas funciones de garante del orden, del control social, de la seguridad de la personas y de la propiedad privada de los bienes. Al mismo tiempo, se insiste con la idea de que un estado libre es un Estado donde los negocios son libres, se oculta la complicidad permanente del aparato del Estado con los grupos de presión de los grandes negocios al servicio del capital.

La desregulación de los mercados financieros trajo aparejado un desarrollo totalmente desmesurado de la especulación financiera. Los grandes operadores financieros y multinacionales valiéndose de las posibilidades ofrecidas por las nuevas tecnologías que permiten la circulación

cia-inversión que maneja una enorme masa de dinero invertida en acciones, bonos, etc., y a partir del cual se controlan los directorios de bancos y corporaciones tecnológicas, automovilísticas, energéticas, agrícolas, educativas (y de todo tipo), junto con fundaciones y universidades, donde forman los cuadros técnicos, políticos y político estratégicos. Se desarrolla la Red Financiera Global, en donde la unidad central se encuentra en los Fondos Financieros de Inversión Global —FFIG— y donde las Gerencias Estratégicas de superficie de encuentran en la gran banca, gran industria, gran agro, gran logística-transporte, etc., de una red hiper-diversificada, con un máximo de anonimato y clandestinidad, donde se concentra la capacidad estratégica de operar globalmente controlando (y disputando el control) de las principales corporaciones multinacionales, transformándolas en redes financieras globales al hiperespecializarlas, que a su vez controlan hacia abajo a su red de proveedoras y tercerizadas.

Este es el actor central y la personificación de la red financiera transnacional con capacidad de ser sujeto social, que en el desarrollo de su proyecto estratégico impulsa el llamado proceso de globalización de los últimos años, que tiende hacia el estado global como forma de soberanía de un hacer transnacionalizado, que supera al estado-corporación financiera multinacional-país central, lo que implica la crisis-desarticulación del estado-nación, por la cesión por parte de éstos de determinados poderes a ciertos organismos internacionales y su subordinación. Cfr. FORMENTO W., MERINO G. (2011), *Crisis Financiera Global*. Buenos Aires: Peña Lilo, Ediciones Continente.

instantánea de los capitales, la multiplicación de los lugares y de los participantes, de los productos y de las técnicas especulativas, han llevado a inflar una burbuja financiera desmesurada y sin relación con la realidad de la actividad, donde la cantidad de dólares flotantes que circulan diariamente supera varias veces las transacciones internacionales de bienes y servicios. La actividad financiera se fue transformando de instrumento para el crecimiento económico, en determinante de la actuación del Estado como gestor del desarrollo económico, generando una escisión entre lo financiero y lo económico.

Ello ha provocado cierta subversión axiológica, alterando los valores de la economía, lo que obliga a repensar los conceptos en lo económico y en lo jurídico, respecto de la accesoriedad de lo financiero. Es que, esta accesoriedad de lo financiero, ha venido a ocupar el centro de la escena, desplazando lo principal: la actividad económica productiva.

La Economía es por definición, la Ciencia de la creación de riqueza y de su distribución en tanto que lo financiero representa sólo una parte accesoría de ello. Así, es correcto que lo financiero obtenga una parte de la ganancia del sector productivo al que apoya, pero lo único que genera riqueza es el sistema productivo y de distribución.

La mundialización financiera generó un exceso de recursos prestables, que debían colocarse para mantener los niveles de ganancias y evitar la quiebra del sistema. Los principales destinatarios de esos recursos fueron los países en desarrollo, que dependen en gran medida de las entradas de capitales extranjeros para financiar su inversión nacional, ya que en ellos debido a la pobreza y a las malas instituciones financieras, el ahorro nacional suele ser reducido. Como ya lo habían hecho en gran parte del siglo XIX y hasta la Gran Depresión, en las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, las economías en desarrollo volvieron a utilizar los ahorros de los países más ricos, creando una importante deuda con el resto del mundo.

Justificación económica del endeudamiento externo

Estos países de rentas bajas generan poco ahorro propio como para lograr aprovechar todas sus oportunidades de inversión rentable, por lo que deben pedir prestado al exterior³. Por otra parte, en los países

³ En similar sentido señalamos: Se ha sostenido que estos países se caracterizan por una demanda baja, que no es acompañada de ahorro ocioso, extremo indicador de una depresión estructural, y no cíclica; en consecuencia, las políticas de deuda pública son insostenibles a largo plazo. Cfr. PEREZ AYALA, JOSÉ LUIS (1990), *La economía financiera pública*. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas.

ricos en capital ya se han explotado las oportunidades de inversión más rentable, pero los niveles de ahorro son relativamente elevados. Sin embargo, los ahorristas de los países desarrollados pueden obtener mayores rendimientos prestando dinero para financiar inversiones en el mundo en desarrollo.

Cuando los países en desarrollo toman dinero prestado para realizar inversiones productivas que no podrían emprender de otra manera, tanto ellos como los prestamistas logran ganancias: los prestatarios ganan porque pueden crear sus stocks de capital a pesar del limitado ahorro nacional, los prestamistas ganan simultáneamente al obtener mayores rendimientos para sus ahorros de los que obtendrían en su país.

Aunque esto justifica el déficit externo y el endeudamiento de los países en desarrollo, no implica que todos los préstamos de los países desarrollados a los países en desarrollo, estén justificados.

Los préstamos que financian inversiones no rentables, debido a la mala asignación de los recursos así obtenidos, como el actuar de los gobiernos de los países deudores ocultando las condiciones y objetivos que motivaron contraer la deuda, ya que en muchos casos fueron contraídas con fraude y falsedad instrumental de los contratos⁴, en otros ocultando el destino dado a los créditos recibidos, convalidando el aumento unilateral de los intereses, el pago de honorarios y comisiones por las renegociaciones, la aceptación de la prórroga de jurisdicción ante tribunales extranjeros, permitiendo capitalizar intereses, aceptando luego de la crisis del 2001 la condición del FMI de derogación de la Ley 20.840 de Subversión Económica. Norma que se derogó por la Ley 25.602, de 2002, tolerancia del delito de usura⁵, la especulación financiera y la corrupción⁶, pueden provocar deudas que los prestatarios no pueden devolver. Además, las políticas públicas erróneas que reducen artificialmente la tasa de ahorro nacional pueden provocar un endeudamiento externo excesivo.

⁴ ...En muchos casos los contratos de crédito están viciados de fraude y falsedad instrumental. Cfr. ESPECHE GIL, M. A. (2010), "La usuraria deuda externa ante el Derecho Internacional Público". *Anuario Argentino de Derecho Internacional XIX*. Córdoba: Lerner Editora S.R.L.

⁵ Sobre las altas tasas de interés, de usura (aunque sea en términos éticos), que deben afrontarse en forma general y no en la discusión entre deudor y acreedor, es aportada por FORTE, FRANCESCO, *Debito Internazionale dell'America Latina. Origen y Desarrollo*, "IL DEBITO INTERNAZIONALE". Pág.17.

⁶ De esa manera, se consagró la impunidad de financistas y banqueros procesados o condenados en causas penales por graves desfalcos económicos que generaron quebrantos y vaciamientos de instituciones bancarias o financieras y ayudaron a acrecentar la deuda externa ficticia. Cfr. RODRÍGUEZ VILLAFANE, MIGUEL JULIO (2008), "Invisibilidad mediática y desinformación sobre la deuda externa ilegítima de Argentina", *Deuda externa ilegítima Argentina: la estafa*. Córdoba: Editorial EDUC, pág. 35.

Argentina no contrajo obligaciones normales para cubrir déficits de situaciones coyunturales y con posibilidades de repago, ni para financiar planes de inversión y desarrollo que sirvieran al crecimiento económico o a la expansión de la capacidad productiva del país.

Gran parte de la deuda **no es comercial sino financiera**, tanto en lo que se refiere al sector público como al sector privado.

Por su parte los acreedores (residentes de otros países, bancos, organismos internacionales, etc.), han actuado imponiendo contratos leoninos, condicionando las operaciones de crédito, manejando arbitrariamente los términos de las operaciones, lo que constituye un claro ejemplo de posición dominante, una grave infracción a la buena fe internacional sancionada por la comunidad internacional.

Los ciclos de endeudamiento de los países en desarrollo están relacionados con las dificultades de los países deudores para pagar a sus acreedores⁷, provocando consecuencias contrarias a la idea de la protección de los derechos humanos, hasta afectar la dignidad de pueblos y personas. Los efectos en lo que se refiere al grave deterioro social, político y económico, están presentándose con una alarmante recurrencia y magnitud. Tal es el caso de la crisis mejicana, de la asiática y de la actual crisis europea.

Formas de entradas financieras a los países prestatarios

Las entradas financieras que financian los déficits de los países en desarrollo, como el de cualquier país, pueden adoptar distintas formas, resultando clasificables en dos categorías: deuda y financiación de capital.

La financiación mediante bonos (los países en desarrollo han vendido en ocasiones bonos a ciudadanos extranjeros privados para financiar sus déficits), la bancaria (los países desarrollados pidieron prestados a los bancos comerciales de economías desarrolladas) y la oficial (es el endeudamiento con agencias oficiales extranjeras como el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo) son formas de financiación por deuda. El deudor debe devolver el valor del préstamo, más los intereses, independientemente de sus circunstancias económicas. La inversión extranjera directa (una gran empresa de propiedad de residentes extranjeros adquiere o amplía una empresa o fábrica subsidiaria en el país) y la inversión de cartera en la propiedad de empresas (mediante compra de acciones de

⁷ La deuda externa, representa una reducción neta de los recursos de que puede disponer la población del país deudor. Por ejemplo Argentina en el 2001 destinaba el 40% de sus exportaciones y el 25% de su presupuesto nacional para pagar los intereses de su deuda pública. La carga de la deuda externa representa una reducción de las posibilidades de consumo de un país. Cfr. SAMUELSON, NORDHAUS, PÉREZ ENRRI, (2008), *Economía*. Bs. As.: Editorial Mc Graw-Hill.

empresas de los países en desarrollo por inversores de países desarrollados) son formas de financiación de capital. Los propietarios extranjeros de las inversiones directas, por ejemplo, tienen un derecho sobre una acción y su rendimiento neto, no un derecho sobre un flujo fijo de pagos pecuniarios. Los acontecimientos económicos adversos en el país receptor provocan pues una caída automática de los ingresos por inversiones directas y de los dividendos pagados a los extranjeros.

La distinción entre deuda y financiación de capital es útil para analizar cómo se ajustan los pagos del país en desarrollo a los extranjeros ante acontecimientos imprevistos, como las recesiones o la variación de la relación de intercambio.

Cuando los pasivos de un país tienen forma de deuda, los pagos previstos a los acreedores no caen si decrecen sus ingresos reales. Puede ser muy dificultoso para el país seguir cumpliendo con sus obligaciones externas, lo suficientemente dificultoso como para causar el impago por parte del país.

En cambio, la situación es diferente en el supuesto de financiación de capital (por ejemplo la compra de acciones de empresas de los países en desarrollo), pues en tal caso, una caída de la renta nacional reduce automáticamente los ingresos de los accionistas externos sin incumplir ningún contrato de préstamo. Al adquirir capital los extranjeros han aceptado compartir, tanto los buenos como los malos momentos de la economía. La financiación mediante capital, en vez de mediante deuda, de las inversiones, deja por lo tanto al país en desarrollo en una posición mucho menos vulnerable a los riesgos de una crisis de la deuda externa.

Es aquí donde creemos que desde el derecho se puede hacer un aporte para la elaboración de políticas públicas destinadas a generar desarrollo económico, valiéndose de los beneficios del movimiento internacional de capitales.

Revisando el problema de la deuda externa, desde una perspectiva distinta, analizando intrínsecamente las condiciones de contratación en el proceso de adquisición de deuda, y a partir de ello definir una opción jurídica diferente, desde el derecho argentino, que permita superar las falencias de su actual tratamiento.

Nosotros creemos que en el derecho argentino, existen tipos contractuales normados que, resguardando intereses de inversores y Estados requirentes de financiamiento, previenen los defectos y errores que llevaron al estado actual de situación, sin afectar el cumplimiento de las obligaciones básicas de un Estado.

Desde esta perspectiva, los modernos contratos de participación, o las cláusulas de participación en contratos tradicionales pueden tener

esa aptitud, ya que en estos contratos (negocios) participativos una parte (asociante) comparte con la otra (partícipe) las utilidades provenientes de una determinada actividad económica⁸.

Lo que persigue el asociante, por un lado, y el partícipe, por otro, son distintos. El primero procura contar con dinero o bienes para el desarrollo de su propia empresa; el segundo, en cambio, invierte el capital o facilita el uso de sus bienes con sentido de inversión para lograr un beneficio mayor que el que obtendría en una inversión común. La prestación del partícipe se concreta así, según los casos, en un mutuo, en un depósito irregular, en un arrendamiento, en todo caso en una relación meramente obligatoria, tal vez incluso real, cuando se promete el uso y goce de un inmueble o de un derecho real. Aquí radica la esencia del convenio de intercambio, esto es, de conceder a alguien, o sea, al empresario, el poder de usufructuar económicamente el capital de otro mediante una compensación, aun cuando ésta sea por completo aleatoria. Y está en la esencia de la relación que el capital aportado sea restituido al terminar la relación, cuando el resultado económico de la empresa del asociante lo consiente. Es que puede ser objeto de la prestación del asociado el empleo de capitales, el asumir compromisos y obligaciones de la empresa del negociante, o la prestación de servicios; dirigiéndose siempre, cualquiera que sea el objeto, al incremento de la empresa, existirá incumplimiento toda vez que la prestación no haya sido empleada en tal sentido, sino aplicada a otros fines; al asociado le corresponderá entonces la acción para la resolución del contrato⁹.

Conclusión

La globalización financiera generó un exceso de recursos pres-tables y pocos proyectos de producción que son los únicos que generan riquezas. Por ello desde la perspectiva del Derecho, deberíamos postular

⁸ El tema ha sido de especial atención en el **Anteproyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio año 2012**. En el **Capítulo 20, art. 1525**. *Concepto*. Hay contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete entregar al mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles, y éste se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie. Y en el **Art. 1531**. *Aplicación de las reglas de este capítulo*. Las reglas de este capítulo se aplican aunque el contrato de mutuo tenga cláusulas que establezcan que:

a) la tasa de interés consiste en una parte o en un porcentaje de las utilidades de un negocio o actividad, o se calcula a una tasa variable de acuerdo con ellos;

b) el mutuante tiene derecho a percibir intereses o a recuperar su capital sólo de las utilidades o ingresos resultantes de un negocio o actividad, sin derecho a cobrarse de otros bienes del mutuario.

c) El mutuario debe dar a los fondos un destino determinado.

⁹ Cfr. RICHARD, E. H., MUIÑO, O. M. (2007), *Derecho Societario. Sociedad comercial, civil y cooperativa*. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea.

que sólo se prestará internacionalmente para proyectos productivos, con la modalidad de los negocios en participación, para que los grandes inversores generen proyectos en beneficio de un país o colaboren con el proyecto y cobren de acuerdo al éxito real del mismo.

Esto exige reflexionar acerca de un nuevo rol del Estado en la economía globalizada, que le permita alcanzar los beneficios del mercado internacional de capitales, pero garantizando, al mismo tiempo, un desarrollo económico, social y cultural constante, con mayor ocupación productiva, de manera que se garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana¹⁰.

Bibliografía

ARIÑO ORTIZ, G. (1993), *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons.

BASUALDO, E. (2006), *Estudios de Historia Económica Argentina. Desde mediados del siglo XX a la actualidad*. Buenos Aires: FLACSO, Siglo veintiuno editores.

BUSCAGLIA, A. E. (2001), *La economía argentina de hoy*. Buenos Aires: El Ateneo.

ESPECHE GIL, M. Á., FURLAN, Á. F., GIULIANO, H. L., MARCIONI, N. D., OLMOS GAONA, A., RIBERI, P., RODRIGUEZ VILLAFANE, M. J., SCHAAD, J. P., STAUBER, J. C., VELASCO, R. (2008), *Deuda Externa Ilegítima Argentina: La estafa*. Córdoba: EDUCC, Córdoba.

GALASSO, N. (2002), *De la Banca Baring al FMI, Historia de la deuda externa argentina*. Buenos Aires: Colihue.

GARSÓN VALDÉS (2000), *El velo de una ilusión*. Buenos Aires: Sudamericana.

JULIÁ, C. y otros (2002), *La Memoria de la Deuda. Una Deuda con la memoria*. Buenos Aires: Editorial Biblos.

¹⁰ Es a finales del siglo XX que se va a producir un profundo y dinámico proceso de reconocimiento y protección de los derechos humanos, tal el caso de la reforma constitucional de nuestro país del año 1994, que si bien tuvo una finalidad política diferente, "el art. 75, inc. 22, C.N., incorporó en la Carta Magna un listado de tratados internacionales a los cuales equiparó en jerarquía con la Constitución Nacional. De todos ellos, como muy bien lo ha destacado Durante, resulta especialmente relevante, con el fin de determinar un compromiso económico-social en el texto constitucional de 1994, el art. 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas (10/12/48): "Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta declaración se hagan plenamente efectivos".

Más específico en cuanto a la temática, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue incorporado en forma expresa en el listado del mencionado inc. 22 del art. 75, C. N. Este Pacto establece en su art. 6, punto 2: "Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho (a trabajar) deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana. Cfr. PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO (2000), *Constitución y Economía*. Bs. As.: Editorial Depalma, Bs. As. 2000.

KRUGMAN, P. R., OBSTFELD, M. (2006), *Economía internacional. Teoría y política*. Madrid: PEARSON EDUCACIÓN S.A.

LÓPEZ GOLDARACENA (1994), *Deuda Externa, Análisis Jurídico, Los Préstamos Sindicados*. Buenos Aires: Depalma.

LOZADA, M. S. (2002), *La deuda externa y el desguace del Estado Nacional*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.

MORELLO, A. M. (2002), *La deuda pública externa*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni Editores.

PÉREZ HUALDE, A. (2000), *Constitución y Economía*. Buenos Aires: Depalma.

RICHARD, E. H., MUIÑO, O. M. (2007), *Derecho Societario. Sociedad comercial, civil y cooperativa*. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea.

SAGUÉS, N. P. (1997), *Elementos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

TOUSSAINT, E. (2003), *La Bolsa o La Vida*. Buenos Aires: CLACSO.



IMPUGNACIONES ADMINISTRATIVAS EN EL ORDEN NACIONAL[†]

*José Luis Palazzo**

*Irma Pastor de Peirotti***

*María Inés del C. Ortiz de Gallardo****

Resumen: En el Procedimiento Administrativo Nacional, regulado por la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo N° 19.549, modif. por la Ley 21.686 y 25.344/2000, por el Reglamento Nacional de Procedimiento Administrativo N° 1759/72 y modif., por el Dec. 1883/91 y el Dec. 722/96 y modificatorias, encontramos distintas formas de impugnar según se trate de actos de alcance individual cuyo plazo para impugnar ya estuviere vencido (denuncia de ilegitimidad); encontrándose el administrado dentro del plazo previsto para recurrir (recursos administrativos); se trate de actos de alcance general (reclamo impropio) o en caso de pretensiones que excedan la declaración de ilegitimidad (reclamo administrativo previo).

El objeto de este trabajo es hacer conocer cuáles son estas diferentes impugnaciones que se pueden utilizar y los avances en la materia, desde la legislación, la dogmática y la jurisprudencia.

Palabras clave: Impugnaciones - Recurso - Reclamo - Pronto Despacho - Caducidad - ritualismo inútil

I. Introducción

El tema de la justicia en la administración, para diferenciarla de la tutela judicial efectiva, o sea la administración de justicia independiente,

[†] Recibido el 03/05/2013, Aprobado el 23/08/2013.

* Abogado y Doctor en Derecho. Profesor Titular por concurso de la cátedra Derecho Procesal Administrativo y Profesor Titular encargado de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C., Profesor encargado de la materia Derecho Administrativo II de la Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho Público, Profesor de la Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho Procesal, Conjuez del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

** Abogada Especialista en Derecho Público. Profesora Titular por concurso de la cátedra de Derecho Administrativo 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 en carrera de Especialización en Derecho Público y de Especialización en Derecho Procesal UNC. Fiscal de Tribunal Universitario. Vocal Titular del Tribunal de Disciplina de Abogados de Córdoba.

*** Abogada Especialista en Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Profesora Titular por concurso de las cátedras de Derecho Administrativo B y C de la U. Católica de Córdoba. Profesora Auxiliar de Derecho Procesal Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. Profesora de Postgrado en la U. Católica de Córdoba, U. Nacional de Córdoba, U. E Siglo XXI, U. Nacional de La Rioja. Relatora de Sala Contencioso Administrativa T.S.J. Córdoba.

ejercida por el Poder Judicial sobre las decisiones de la Administración Pública, para asegurar los derechos subjetivos e intereses legítimos, constituye un campo de actividades muy singular, fruto de la tensión entre las prerrogativas, procesales y sustantivas, de la Administración Pública y los derechos individuales que se ven afectados. En ese escenario emerge, una nueva dimensión del conflicto, centrada en la dignidad de la persona humana.

Ildarraz explica que el procedimiento estatal, en cualquiera de sus variantes, es la articulación necesaria para que la organización estatal consiga, desde distintas posiciones, el fin que la justifica: el bien común.

En razón de existir este mecanismo de autotutela en la propia sede, en la cual la actividad muta y deja de perseguir una finalidad de gestión pública, destinada a proveer servicios a la comunidad, para enfocarse en el autocontrol de lo ya realizado u omitido, se trata de una actividad cuasi jurisdiccional de revisión de su propia conducta, en salvaguarda del derecho individual o del interés legítimo del administrado o de un conjunto de administrados, como las acciones de clase y las colectivas.

La corrección a tiempo por la propia Administración Pública, permite evitar la intervención tardía, a la vez que hace posible controlar de manera continua las acciones u omisiones de la Administración, lo que promueve mayor eficiencia en el desempeño de ésta y una tutela jurídica efectiva¹.

A este cambio de rol llamamos “justicia en la Administración”, cuya herramienta más significativa la constituyen los recursos que contempla la ley N° 19.549, el decreto N° 1759/72 y demás normas reglamentarias² (ley 21.686, ley 25.344, dec. 1883/91 entre otros), además de las previsiones referidas a la suspensión del acto en sede administrativa.

Como remedio judicial, de incidencia en el procedimiento administrativo, se regula el amparo por mora de la Administración³, que si bien es un remedio asignado al Poder Judicial, su objetivo es que la Administración se expida expresamente, ya sea en forma positiva o negativa. Está destinado a completar el obrar de la Administración.

El sistema nacional rige para el ámbito de la Administración Pública Nacional, y las entidades descentralizadas y autárquicas (art. 1, ley 19.549).

Las impugnaciones contempladas son: denuncia de ilegitimidad, recurso de reconsideración, recurso jerárquico, recurso de alzada, recurso

¹ ILDARRAZ, BENIGNO; ZARZA MENSAQUE, ALBERTO R. y VIALE, CLAUDIO MARTÍN, *Derecho Constitucional y Administrativo*, 2da. Edición Actualizada, Ediciones Eudecor, Córdoba, 2001, p. 623.

² Ley 21.686, Ley 25.344, Decreto 1883/91 entre otros.

³ Art. 28 de la Ley N° 19.549.

de revisión, recurso de queja, recurso de aclaratoria, reclamo impropio, reclamo administrativo previo.

En las siguientes reflexiones, analizaremos estas impugnaciones en el marco que brinda la legislación, la doctrina y la jurisprudencia actualizada.

II. Denuncia de ilegitimidad: art. 1º inciso e), apartado 6 de la Ley Nº 19.549

La denuncia de ilegitimidad procede contra todo acto administrativo, cuyo plazo de impugnación estuviere vencido, estando legitimados los titulares de un derecho subjetivo o interés legítimo. Es un instrumento de excepción, y sólo el Poder Ejecutivo (en adelante P.E.) o un Ministro pueden rechazar la denuncia.

La decisión que adoptó la Administración al desestimar la denuncia de ilegitimidad no es hábil para agotar la instancia contenciosa administrativa y por tanto no hace nacer nuevamente el plazo fijado en el art. 25 de la LNPA. En la causa "Gorordo"⁴ del 04-02-1999, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que *"...la decisión administrativa que desestima en cuanto al fondo un recurso extemporáneo, tramitado en el caso como denuncia de ilegitimidad, no es susceptible de ser impugnada en sede judicial porque, al haber dejado vencer el interesado el término para deducir los recursos administrativos, ha quedado clausurada la vía recursiva, y, por ende, la posibilidad de agotar la vía administrativa, requisito insoslayable para la habilitación de la instancia judicial (art. 23, inc. a, de la ley 19.549)..."*

Es decir que, aún cuando la impulsión del procedimiento pertenece a las partes, ello es sin perjuicio de la actuación por la Administración, cuando aplica de oficio el vencimiento del plazo de caducidad para impugnar el acto administrativo⁵.

III. Recurso de reconsideración: Artículos 84, 85, 86, 87, 88 y 100 del Decreto 1759/72

El recurso de reconsideración en el orden nacional es facultativo, en él está implícito el jerárquico en la administración central, conforme lo establece el art. 88 del Reglamento Nacional de Procedimientos Administrativos Dec. 1759/72 (en adelante RNPA). Procede contra actos adminis-

⁴ C.S.J.N., "Gorordo Allaria de Kralj, Haydée María c/ Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación)" 04-02-1999; Fallos 322:73.

⁵ Ídem fallo citado en nota anterior.

trativos definitivos, o los asimilables a definitivos y los interlocutorios o de mero trámite que afecten un derecho subjetivo.

Se interpone ante la misma autoridad que dictó el acto impugnado, con la pretensión que lo revoque, sustituya o modifique por contrario imperio, es decir, que vuelva sobre su propio comportamiento para que lo corrija, si así procede en resguardo de la legalidad objetiva.

Son actos definitivos los que resuelven sobre el fondo de la cuestión. Son asimilables a definitivos los que impiden la prosecución del trámite. Los actos interlocutorios o de mero trámite son los que resuelven medidas procedimentales, como la negativa a conceder vista a un expediente o la denegatoria a producir una medida probatoria.

El plazo para interponerlo es de 10 días hábiles administrativos y el plazo para resolver es de 30 días hábiles administrativos y se cuenta a partir de que termine el período de prueba o del alegato ya que tiene sustanciación. Existe denegatoria tácita, sin perjuicio del derecho para articular amparo por mora para que el juez ordene ejecutar⁶.

La denegatoria tácita del recurso de reconsideración está regulada en el art. 87 del Decreto 1759/72, el cual establece que si el recurso no fuere resuelto dentro del plazo fijado, el interesado podrá reputarlo denegado tácitamente sin necesidad de requerir pronto despacho. El recurrente estará habilitado para instar la elevación del expediente al órgano superior jerárquico, a fin de proseguir con las restantes vías impugnativas.

IV. Recurso jerárquico: Artículos 88, 89, 90, 91, 92 y 93 Decreto 1759/72

Como es sabido, dentro de la organización administrativa donde impera el principio de jerarquía, el recurso jerárquico se presenta como el medio de impugnación administrativa por antonomasia. Como afirma Ildarraz en este recurso se conjuga la mejor defensa ante la máxima jerarquía⁷.

Según Barraza⁸ el recurso jerárquico es un medio que el ordenamiento jurídico otorga al administrado para impugnar un acto dictado por un órgano administrativo a fin de que su superior jerárquico modifique o revoque aquel acto conforme a las pretensiones aducidas por el recurrente.

Podemos afirmar, coincidiendo con Aguilar Valdez que es el único recurso obligatorio en el ámbito federal. Procede contra actos administra-

⁶ CNCont. Adm. Fed., Sala III Autos "CACICK E HIJOS S.A.", citado por HUTCHINSON, en *Régimen de Procedimientos Administrativos*, p. 371.

⁷ ILDARRAZ, BENIGNO, op. cit., p. 641.

⁸ BARRAZA, JAVIER INDALECIO, "El Recurso Jerárquico" en *El Procedimiento Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Julio 2010, p. 353.

tivos definitivos, que son los que resuelven sobre el fondo de la cuestión planteada y los que sin serlo impidan la continuación del procedimiento o violación grave al debido proceso, que no pueda ser suplida en oportunidad de la decisión definitiva del recurso⁹.

No son recurribles por esta vía los actos interlocutorios y los de mero trámite. Puede fundarse en razones de legitimidad o de mérito, conforme lo establece el art. 73 del RNPA. Se interpone ante la misma autoridad que dictó el acto impugnado, pero en virtud del principio de informalismo a favor del administrado, no puede rechazarse por la presentación ante un órgano incompetente (art. 1º inc. c. de la LNPA).

El recurso jerárquico tiene sustanciación, por ello se dice que es el medio de impugnación que mejor permite desarrollar, en toda su intensidad, el derecho de defensa de los administrados que impugnan.

La cuestión referida a cuál es el plazo para interponer el recurso jerárquico, amerita efectuar consideraciones dirimientes en cuanto a la temporaneidad del recurso. Según el art. 90 del RNPA cuando se deduce en forma directa, el plazo es de 15 días hábiles administrativos. La impugnación será elevada dentro de 5 días al Ministerio o Secretaría de la Presidencia de la Nación, según de quien dependa el órgano que dictó el acto.

Dentro de los cinco días de recibidas las actuaciones elevadas por el órgano inferior, se pueden mejorar o ampliar los fundamentos del recurso (art. 88, dec. 1759/72).

Es importante destacar que el plazo para impugnar se suspende por el pedido de vista de las actuaciones, conforme lo establece el art. 76 del RNPA. La doctrina discute si el pedido de vista “suspende” o “interrumpe” el plazo para impugnar. Mientras Gordillo entiende que por aplicación del principio del art. 1º, inc. e) apartado 9 del Decreto 1759/72, los términos se reinician al cesar la suspensión¹⁰, existe otro sector de la doctrina y la jurisprudencia que han interpretado que el plazo se reanuda, es decir que a los días transcurridos hasta el pedido de vista, se suman los que transcurren con posterioridad a ella —efecto suspensivo—¹¹.

El plazo para resolver este medio de impugnación es de 30 días hábiles administrativos. Se computan a partir del vencimiento del período de prueba y del alegato si se presentó y desde el vencimiento del período de prueba y del vencimiento para el alegato si éste no se presentó.

⁹ CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso de Derecho Administrativo*, 10ª Edición, Buenos Aires, La Ley, 2011, T. II, p. 604.

¹⁰ GORDILLO, AGUSTÍN, *Procedimiento Administrativo*, op. cit. p. 517, quien remite a PTN Dicitámenes 159:533.

¹¹ CNCCont. Adm. Fed., Sala IV, 01/04/1997 “Autolatina Argentina S.A. (T.F.N. 7644-A) v. A.N.A.”; Sala I, 30/09/1998 “Guidi, Omar Néstor Darío v. I.S.S.B. - Res. 236/96- s/ proceso de conocimiento”.

No es necesario pronto despacho para considerar denegado el recurso al vencimiento del plazo para resolverlo (art. 91, RNLPA). El órgano competente para resolver es:

- a) El acto emitido por una autoridad inferior, resolverá el Ministro del área.
- b) El acto emitido por la Secretaría Presidencial resolverá el Presidente de la Nación, por ser éste el superior jerárquico de esa Secretaría.
- c) El acto que emana de un Ministro, para una postura que compartimos corresponde resolver al Jefe de Gabinete, pues su competencia surge del art. 100 inc. 1) de la Constitución Nacional. Pero para otros autores siguiendo los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación¹² no existe relación de jerarquía entre el Jefe de Gabinete y los ministros y por lo tanto es competente para resolver el P.E.
- d) El acto que emana del Jefe de Gabinete, deberá resolver el P.E.
- f) El acto que emana de un órgano inferior de un ente descentralizado, la competencia para resolver es de la autoridad superior de dicho ente.

Es necesario destacar que el recurso jerárquico, dado su carácter obligatorio, es el medio de impugnación que provoca el agotamiento de la vía administrativa. Así lo interpretó la Corte Suprema¹³ incluso en los casos en que estaba previsto un recurso directo si en la notificación de la cesantía la administración le hizo saber al agente que contra esa medida podía interponer los recursos administrativos de reconsideración y jerárquico ya que según la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación, al margen del recurso directo, esa sanción también era cuestionable por los medios ordinarios.

V. Recurso de alzada: artículos 94, 95, 96, 97 y 98 decreto 1759/72 y artículo 4 del decreto 1883/91

El recurso de alzada es el recurso administrativo que procede, a opción del particular, contra decisiones definitivas emanadas del órgano

¹² Dictámenes Procuración del Tesoro de la Nación 200/1996 y 90/19997; 221:94; 206:207. La PTN ha dicho que “...es patente y obvio que no existe subordinación ni supremacía de una entidad respecto de otra y por lo tanto no se da la posibilidad de control jerárquico del Poder Ejecutivo nacional”.

¹³ C.S. “ACOSTA, José Leonardo c/ E.N. y/ o M. de Trabajo y Seg. Social Nación s/ empleo público” 02/08/2000.

superior de un ente descentralizado¹⁴ para que el Poder Ejecutivo o un órgano inferior con competencia delegada proceda a revocar, modificar o sustituir, según corresponda el acto administrativo impugnado¹⁵.

Este recurso es optativo, por lo tanto no es un medio para agotar la vía administrativa. El carácter optativo del recurso de alzada se lo infiere de la teoría de la organización administrativa, la cual distingue la diferente caracterización de la Administración central y descentralizada. Mientras que en la primera se desarrolla el control jerárquico, con respecto a la Administración descentralizada el control es de “tutela” y por tanto, la técnica de las impugnaciones administrativas es coherente con esa caracterización, lo que se traduce en que el denominado control de tutela administrativa es, en principio, más limitado.

El recurso de alzada procede contra actos administrativos definitivos o que impidan la prosecución de un trámite emanados de la autoridad superior de un ente descentralizado. Se interpone ante la misma autoridad que dictó el acto administrativo. Resuelve el Ministro o Secretario de la Presidencia en cuyo ámbito actúe el ente descentralizado.

En orden a los puntos de impugnación, la jurisprudencia de la CSJN ha dicho que “...a fin de impugnar judicialmente la resolución del Ministerio de Economía por la que se rechazó el recurso de alzada destacando que el acto atacado no adolecía de ilegitimidad, la recurrente debió someter a juzgamiento los mismos temas y motivos propuestos a decisión administrativa y alegar y acreditar la invalidez de las razones que motivaron su emisión” (“Decavial SAICAC. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ revocatoria” 09/02/1989 Fallos 312:103).

Respecto a los motivos por los cuales es procedente el recurso, el art. 97 establece que:

- a) Si el órgano descentralizado ha sido creado por el Congreso de la Nación en ejercicio de potestades constitucionales, el recurso solo será procedente por razones de legitimidad. El superior podrá revocar el acto para que la entidad descentralizada dicte uno nuevo ajustado a derecho o podrá confirmarlo.
- b) Cuando el ente descentralizado fue creado por facultades concurrentes del Poder Legislativo y el P.E. el control será amplio, o sea de legitimidad, oportunidad, mérito o conveniencia.
- c) Las Universidades Nacionales originariamente incluidas en el recurso, y posteriormente reguladas por la Ley de Educación Superior N° 24.521, art. 32, fueron excluidas del control por

¹⁴ AGUILAR VALDEZ, OSCAR R., “El Recurso de Alzada”, en TAWIL, GUIDO SANTIAGO, Director, *Procedimiento Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Julio 2010, p. 388.

¹⁵ CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit. p. 760.

este medio de impugnación y se estableció un recurso judicial de apelación por ante la Cámara Federal contra las decisiones del órgano superior (Consejo Superior). A partir de la vigencia de esta ley se institucionaliza un procedimiento especial para la impugnación judicial de las resoluciones definitivas de las instituciones universitarias. El precepto citado, al estar inserto dentro de la ley especial (*lex specialis derogat lex generalis*), desplaza la aplicación del recurso de alzada del art. 94 del Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, lo que ha dado como resultado el fortalecimiento de la autonomía universitaria, pues agotada la vía administrativa dentro de cada institución universitaria, el interesado podrá interponer el recurso directo de apelación ante la Cámara Federal de Apelaciones.

La intención legislativa ha sido entonces institucionalizar un cauce procesal que aún cuando se denomine “recurso” importa una “acción” directamente proponible ante la Cámara Federal, y que garantiza una revisión judicial plenaria, es decir, tanto del derecho como así también de los hechos o *factum*.

La intensidad o alcance del control de tutela administrativa del órgano jerárquico de la Administración central sobre el ente descentralizado, en principio, se limita al denominado control de tutela, es decir, que no incluye el mérito, oportunidad o conveniencia que integra el núcleo de la decisión administrativa contenida en el acto del ente descentralizado.

Sin embargo, ese límite no opera cuando en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, el ente descentralizado incurre en arbitrariedad, irrazonabilidad o quebranta el principio de proporcionalidad, lo que habilita el control de ese acto por razones de legitimidad.

Es importante destacar que algunas normativas especiales han previsto un recurso específico (como en el caso de las Universidades) ante la autoridad judicial. Esto ha originando numerosos conflictos respecto al agotamiento de la vía y el plazo para iniciar la acción judicial.

Según Aguilar Valdez la previsión de tales recursos judiciales directos no veda, de por sí la procedencia previa de las vías impugnatorias administrativas disponibles para el afectado ni le impiden cuestionar, válida y temporáneamente en sede judicial, el acto considerado ilegítimo, una vez resueltas tales impugnaciones por parte de la Administración.

Otro aspecto importante en la consideración del recurso de alzada es que si el administrado opta por interponer este recurso facultativo, podrá abandonar la vía administrativa desistiéndola y así poder acudir a la instancia judicial, no así a la inversa. El abandono de la vía administrativa

está regulado en el art. 95 del Dec. 1759/72, cuando establece que la elección de la vía judicial hará perder la administrativa; pero la interposición del recurso de alzada no impedirá desistirlo en cualquier estado a fin de promover la acción judicial, ni obstará a que se articule ésta una vez resuelto el recurso administrativo.

VI. Recurso de revisión: Artículo 22 de la Ley 19.549

Se trata de un recurso extraordinario, puesto que sólo procede cuando se configuran algunas de las causales previstas en el art. 22 de la Ley N° 19.549 y sólo por razones de legitimidad. Procede contra actos administrativos firmes, que son aquellos que no se pueden impugnar en sede administrativa porque el administrado consintió el acto o dejó vencer los plazos previstos para la presentación de los recursos.

Ildarraz refiere que este recurso es el que mejor permite comprender la diferencia que existe entre la calidad de firme de un acto, de la de definitivo o que causa estado.

Están legitimados los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo.

Son cuatro los supuestos en que procede el recurso de revisión:

- a) *Cuando resultaren contradicciones en la parte dispositiva, háyase pedido o no su aclaración:* En este caso el término para interponer el recurso es de 10 días hábiles administrativos de notificado el acto.
- b) *Cuando después del dictado del acto se recobraren o descubriesen documentos decisivos cuya existencia se ignoraba o no pudieron presentar como prueba por fuerza mayor u obra de un tercero:* Cabe destacar que la circunstancia fáctica de la ignorancia del documento o que no se hubiesen podido presentar por razones de fuerza mayor u obra de un tercero, se analizará en cada caso concreto.
- c) *Cuando hubiese sido dictado basándose en documentos cuya declaración de falsedad se desconocía o se hubiese declarado después de emanado el acto:* Existe controversia en la doctrina respecto al tema de la falsedad del documento porque para algunos debe haber sentencia judicial que declare la falsedad y, para otros, basta que se acredite en sede administrativa.
- d) *Cuando hubiese sido dictado mediante cohecho, prevaricato, violencia o cualquier otra maquinación fraudulenta o grave irregularidad comprobada:* Aquí nos encontramos con vicios en el elemento subjetivo o sea aquellos casos donde la voluntad del agente queda excluida.

VII. Recurso de queja: artículo 71 del Decreto 1759/72

La queja no constituye un verdadero recurso administrativo, es más bien una vía administrativa, que procede: a) frente a los defectos o irregularidades en la tramitación de las actuaciones administrativas o b) en caso de incumplimiento de los plazos por parte de la Administración Pública, siempre que no se refieran a aquellos para resolver recursos en sí mismos que tienen un remedio específico en cada caso. Se encuentra regulada en el art. 71 del Reglamento de la LNPA.

La Procuración del Tesoro de la Nación la ha definido como una vía o camino para lograr la modificación de una conducta administrativa, tiene algo de denuncia pero está guiada por un interés personal¹⁶.

No existe plazo para interponer la queja y se debe interponer ante el órgano superior inmediato de aquél que incumplió el trámite o el plazo. El plazo para resolver es de cinco días hábiles administrativos, contados a partir del día siguiente a la interposición. Es importante señalar que la interposición de la queja, no suspende el trámite del procedimiento.

Están legitimados quienes son parte de un procedimiento administrativo. Por último cabe destacar que el acto que resuelve la queja es irrecurrible.

VIII. Recurso de aclaratoria: artículo 102 del Decreto 1759/72

Se encuentra regulado en el art. 102 del RNPA y procede:

- a) Cuando exista contradicción en la parte dispositiva del acto,
- b) Cuando exista contradicción entre la motivación y la parte dispositiva del acto
- c) Para suplir cualquier omisión sobre alguna o algunas de las peticiones o cuestiones planteadas.

Existe divergencia en la doctrina en cuanto a su naturaleza jurídica, ya que para algunos¹⁷ es un verdadero recurso mientras que para otros¹⁸ se trata sólo de una vía administrativa.

Debe interponerse ante el órgano que dictó el acto y resuelve el mismo órgano. El plazo para interponer es de 5 días hábiles contados a partir del día siguiente hábil de la notificación. La interposición del recurso suspende los plazos. Pero existe un sector de la doctrina que niega que su

¹⁶ PT.N. Dictámenes 209:164, citado por GORDILLO, AGUSTÍN, *Procedimiento Administrativo*, 1era. Edición, Buenos Aires, Deplama, 2003, p. 505.

¹⁷ CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit. p. 617.

¹⁸ CANOSA, ARMANDO N., *Los recursos administrativos*, Ábaco, 1996, p. 260.

interposición produzca ese efecto. Sin embargo en la causa “Videira”¹⁹ se resolvió que *“El recurso de aclaratoria, presentado en plazo por la actora contra la Disposición R 327 del Presidente de la Universidad accionada que rechazó el recurso jerárquico por ella interpuesto contra el dictamen de la Comisión asesora, que, en el marco de un concurso docente, la excluyó de las designaciones respectivas, es apto para interrumpir o suspender los efectos del Cómputo del plazo de caducidad”*.

Este recurso sólo procede contra decisiones definitivas.

IX. Reclamo impropio: art. 24 inc. a) Ley 19.549

Es un modo de impugnación directa de los actos administrativos de alcance general. Está previsto en el art. 24, inc. a) de la L.N.P.A. que establece:

“El acto de alcance general será impugnabile por vía judicial: cuando un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos, haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y el resultado fuere adverso o se diere algunos de los supuestos del art. 10”

Corresponde establecer quienes están legitimados para determinar la validez de un acto administrativo de alcance general. Debemos interpretar este inciso no en forma literal (la norma sólo habla de derechos subjetivos) sino adhiriendo a lo expresado por Comadira que sostiene que *“se debe reconocer legitimación toda vez que el administrado pueda exigir una determinada conducta de la administración de dar, hacer o no hacer, sea que la conducta administrativa exigible lo sea en situación de exclusividad o de concurrencia...”*²⁰.

Según Gordillo²¹ el derecho preexistente debe ser afectado en forma actual o potencial y de modo cierto e inminente.

Esto significa que están legitimados tanto los que son titulares de un derecho subjetivo, como los que tienen un interés legítimo. ¿Quién es el órgano competente para resolver? Debemos señalar que se interpone ante el mismo órgano que dictó el acto de alcance general y resuelve el mismo órgano.

Respecto al plazo para la interposición del reclamo, es necesario destacar que no surge de la norma aplicable ningún plazo determinado. La

¹⁹ CFed. La Plata, Sala III, 14/06/2011.- “Videira, Liliana Beatriz c. Universidad Nacional de La Plata”.

²⁰ COMADIRA, JULIO R., *Procedimientos Administrativos*, La Ley, 2002, Buenos Aires, p. 454.

²¹ GORDILLO, AGUSTÍN, *Procedimiento Administrativo*, ps. 252 y 253, Lexis Nexis, Depalma, 2003.

mayor parte de la doctrina sostiene que el único plazo aplicable para interponer el reclamo impropio es el de prescripción. Con respecto al plazo para resolver tampoco la norma establece un plazo determinado.

Una interpretación mayoritaria de la doctrina sostiene que se debe aplicar el plazo de 60 días establecido en el art. 10 de la LNPA²². En caso de denegatoria expresa o en caso de silencio se considera agotada la vía administrativa y queda habilitada la vía contenciosa administrativa.

Por último es necesario precisar el alcance de la decisión administrativa que hace lugar al reclamo. Para Mairal²³ el alcance de una sentencia que acoge la impugnación de un reglamento no tiene efectos *erga omnes*, ya que sería violatorio de nuestro sistema constitucional.

Para la mayor parte de la doctrina el efecto debe ser *erga omnes*.

X. Reclamo administrativo previo a la demanda: arts. 30, 31 y 32 Ley 19.549 modif. por Ley 25.344

El reclamo administrativo previo se encuentra regulado en los arts. 30, 31 y 32 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativo (LNPA) que fue modificada por el art. 12 de la Ley N° 25.344.

El art. 30 establece que *“El Estado Nacional o sus entidades autárquicas no podrán ser demandadas judicialmente sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica, salvo que se trate de los supuestos de los arts. 23 y 24”*.

Es dable destacar que antes de la última modificación efectuada por la Ley 25.344, no era obligatorio el reclamo para demandar a los entes autárquicos. Este medio de impugnación tiene por objeto según Tawil²⁴ *“el reconocimiento de pretensiones que exceden la declaración de ilegitimidad”*. En cuanto al plazo para interponer el reclamo debemos señalar que no existe plazo de caducidad, sólo el de prescripción que es de dos años.

Pero sí existe plazo para resolver, el art. 31 de la LNPA establece el plazo de 90 días hábiles administrativos. Vencido ese plazo y ante el silencio de la administración se debe interponer en forma obligatoria el pronto despacho y transcurridos 45 días más se considera denegado el reclamo.

²² COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Procedimientos administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 463.

²³ MAIRAL, HÉCTOR, *Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de un Reglamento*, REDA N° 2.

²⁴ TAWIL, GUIDO, *Administración y Justicia. Alcance del Control Judicial de la Actividad administrativa*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 145.

El Poder Ejecutivo podrá ampliar estos plazos por razones de complejidad o de emergencia pública, ampliándose el de 90 días a 120, y el de 45 días después del pronto despacho a 60 días.

También dispone el art. 31 de la citada norma que la denegatoria expresa del reclamo no podrá ser recurrida en sede administrativa. Esto significa que la resolución del reclamo sea expresa o denegada por silencio agota la vía administrativa y según lo establece el art. 31 de la LNPA deberá interponerse la demanda judicial en el plazo previsto en el art. 25 LNPA, es decir noventa días hábiles judiciales.

Cabe destacar, que antes de la modificación efectuada por la Ley N° 25.344, no existía el plazo de caducidad en la vía reclamativa. Con la reforma de la citada ley se estableció el mismo plazo de caducidad para iniciar la demanda judicial tanto en caso de denegatoria expresa, como ante el silencio de la administración. La ley determinó la obligatoriedad del pronto despacho en caso de no existir denegatoria expresa, una vez transcurrido el plazo para resolver (90 días hábiles administrativos).

La nueva redacción del art. 31 no tuvo en cuenta los efectos que se le otorga al silencio cuando se trata de un recurso, porque la vía impugnatoria no establece la obligatoriedad del pronto despacho para que se considere denegado y en el art. 26 de la LNPA se establece que no hay plazo de caducidad en caso de silencio, sólo de prescripción.

Esto generó fuertes críticas de la doctrina, pero también existieron numerosos pronunciamientos de la justicia ante el planteo de inconstitucionalidad del art. 31 de la LNPA.

En “Aguilar, Mario Joaquín c. E.N.”²⁵ el tribunal sostuvo que *“...no cabe sino concluir en que ante la configuración del silencio administrativo frente a la reclamación efectuada por un particular no resulta aplicable —a efectos de admisibilidad de la demanda— el plazo de caducidad establecido en el art. 25 de la ley 19.549, sin perjuicio, claro está, de lo que corresponde en materia de prescripción”*.

En igual sentido en la causa “Biosystems S.A. c/ E. N.”²⁶ el tribunal sostuvo que *“Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 31 de la ley 19.549 en tanto condiciona el acceso a la justicia del reclamo por el reconocimiento de un derecho frente al inactividad de la Administración y al encadenar los plazos para configurar la denegatoria por silencio —cuya función es de garantía— con el de caducidad previsto en el art. 25 de la ley citada —que tiene fundamento en lograr la inmutabilidad de un acto administrativo que no existe en la denominada vía reparatoria—”*.

²⁵ CNCont. Adm. Fed., Sala IV, 27/02/2007- “Aguilar, Mario Joaquín c. E.N.”

²⁶ CNCont. Adm. Fed., Sala III, 18/04/2011, “Biosystems S.A. c. E. N.”

El art. 32 de la LNPA establece dos excepciones en las no que no es obligatorio el reclamo previo:

- a) Cuando se tratare de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente,
- b) Cuando se reclamare daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual.

Debemos señalar que antes de la reforma de la Ley N° 25.344, el art. 32 contemplaba otros dos supuestos que fueron suprimidos por la citada norma, siendo uno de ellos el ritualismo inútil.

¿Cuándo estamos ante esa situación? Cuando mediere una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento.

Un sector de la doctrina sostiene que el inc. e) del art 32 que establecía la excepción del ritualismo inútil no puede ser suprimida porque existen razones de índole constitucional como la defensa en juicio establecida en el art 18 C.N. y el acceso a la justicia reconocida en el art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica que serían vulnerados.

En la causa “Córdoba, Salvador y otros”²⁷, con fecha 18 de mayo de 2011 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Federal en pleno se pronunció sosteniendo que *“el ritualismo inútil traduce un principio que subsiste como tal, no obstante haber sido normativamente suprimido por la reforma que la ley 25.344 (art. 12) introdujo al art. 32, inc. e), de la ley 19.549 respecto del reclamo administrativo previo”*. En el mismo sentido hubo otros pronunciamientos. Es irrelevante entonces la derogación formal del inc. e) del art. 32 de la Ley 19.549 y la excepción continúa vigente. No obstante es importante que el administrado alegue y pruebe el ritualismo inútil cuando no interpone el reclamo administrativo previo.

XI. Una visión axiológica del procedimiento administrativo a partir del derecho a la tutela judicial efectiva

El análisis axiológico del valor y trascendencia del procedimiento administrativo que lo considere como un instrumento facilitador de la justicia sobre la Administración, lo podemos situar en un reciente fallo de la C.S.J.N.

A este respecto, resulta señero el fallo dictado por el Máximo Tribunal en la causa “LOSICER, Jorge Alberto c/ BCRA Resolución 169-05”²⁸

²⁷ CNCont. Adm. Fed., Sala en pleno, 18/05/2011. “Córdoba, Salvador y otros c. E.N.”

²⁸ C.S.J.N., “L. 216. XLV; REX Losicer, Jorge Alberto y otros c/BCRA - Resol. 169/05 (expte. 105.666/86 SUM FIN 708)” fallo del 26/06/2012.

del 26-06-2012, que hizo extensivo al ámbito del derecho administrativo sancionador, las disposiciones del art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, conocido como la Convención Americana de los Derechos Humanos, en el capítulo de las garantías judiciales, observando las palabras de la propia Corte Internacional en el sentido que *“...cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar soluciones justas, no estando la administración excluida de cumplir ese deber...”*. En la causa “BAENA, Ricardo y otros vs Panamá”²⁹ la C.I.D.H. sostuvo que *“...las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”*.

En “Losicer” la Corte revocó la sentencia que desestimó los recursos de apelación interpuestos contra la resolución del B.C.R.A, la cual había impuesto multas por diversas infracciones al régimen financiero, cometidas por quienes actuaron como directores o síndicos de una sociedad anónima, pues los prolongados lapsos de inactividad procesal, puestos de manifiesto por la propia autoridad administrativa, atribuibles inequívocamente a dicha entidad financiera, se presentaban como el principal motivo de la dilación del sumario que tuvo resolución solo después de haber transcurrido dieciocho años desde el acaecimiento de los hechos supuestamente infraccionales y tras quince años de haberse dispuesto su apertura, por lo que la irrazonable dilación del procedimiento administrativo resulta incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el art. 18 de la Constitución Nacional y por el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La observancia de estos principios marca una clara tendencia que emerge en el ámbito de este permanente conflicto, y que requiere que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna defensa de sus derechos.

XII. Conclusiones

En el ordenamiento jurídico argentino, el título IV de la Ley 19.549 de Régimen Nacional de Procedimientos Administrativos, regula las distintas formas de impugnar los actos, reglamentos y hechos de la Administración Pública Nacional.

Para demandar judicialmente a la Administración Nacional y a sus entidades autárquicas es necesario agotar la vía administrativa.

²⁹ C.I.D.H., “BAENA, Ricardo y otros (270 Trabajadores vs Panamá- 02/02/2001)”.

La brevedad de los plazos para impugnar y el carácter obligatorio del recurso jerárquico y del reclamo administrativo previo, restringen el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva.

En caso de silencio por parte de la Administración cuando se interpuso reclamo administrativo previo, no rige el plazo de caducidad del art. 25 de la Ley 19.549 para iniciar la acción judicial sino el plazo de prescripción.

El ritualismo inútil, como excepción a la necesidad de interponer un reclamo administrativo previo, sigue vigente porque al ser un principio no puede ser derogado.

Por último, la duración del procedimiento administrativo, con mayor razón cuando es de naturaleza sancionatorio, debe ser razonable y en todas las instancias procesales debe garantizarse el derecho de defensa tanto en sentido formal como sustancial.

Así como la sanción de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos marcó un ciclo institucional fundamental para el derecho administrativo, la fuerza vinculante de los Tratados de Derechos Humanos del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, dan inicio a una nueva etapa en la renovada visión del fin y de la estructura de los mecanismos de producción y revisión de los actos administrativos, que deben centrarse en la dignidad de la persona y sus libertades.

XIII. Bibliografía citada y consultada

AGUILAR VALDEZ, OSCAR R., "El agotamiento de la vía administrativa" en CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, 1era. edición, Buenos Aires, La Ley, 2007.

BALBÍN, CARLOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, 1era. edición, Buenos Aires, La Ley, 2010.

CANOSA, ARMANDO N., *Los recursos administrativos*, Buenos Aires, Ábaco, 1996.

CARRANZA TORRES, LUIS R., *El procedimiento administrativo nacional. Régimen general y especial*, Editorial TIARA S.R.L., Agosto, 2008.

CASSAGNE, JUAN CARLOS, "Subsistencia de la regla del agotamiento de la vía", La Ley 09/08/2011.

CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso de Derecho Administrativo*, 10ª Edición, Buenos Aires, La Ley, 2011.

CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Comentada y Anotada, 1era. edición, Buenos Aires, La Ley, 2009.

COMADIRA, JULIO R., "La denuncia de ilegitimidad" en *Derecho Administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios*, 2da. Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003.

COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Procedimientos Administrativos - Ley Nacional de procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, Editorial La Ley, Octubre, 2002.

DROMI, ROBERTO, *El procedimiento administrativo*, Ciudad Argentina, Editorial De Ciencia y Cultura, Buenos Aires, 1999.

GORDILLO, AGUSTÍN, *Procedimiento Administrativo*, Editorial Lexis-Nexis, Depalma, Buenos Aires, Diciembre, 2003.

ILDARRAZ, BENIGNO, ZARZA MENSAQUE, ALBERTO R. y VIALE, CLAUDIO MARTÍN, *Derecho Constitucional y Administrativo*, 2da. Edición Actualizada, Ediciones Eudecor, Córdoba, 2001.

MATA, ISMAEL, "El recurso de alzada contra las decisiones de los entes reguladores de servicios públicos", en *Ensayos de Derecho Administrativo*, 1era. Edición, Buenos Aires, Rap, 2009.

MOSÉ MEDRANO, MARÍA CAMILA, "Queja, Aclaratoria y rectificación de errores materiales", en *Procedimiento Administrativo*, Director, Guido Santiago Tawil, 1era. edición, 1era. Reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.

PERRINO, PABLO, "El Recurso Jerárquico en el Ámbito Nacional" en Libro *Cuestiones de procedimiento Administrativo*, Editorial RAP, Buenos Aires, 2006.

POLITI, MARIANA ADELA, "El reclamo administrativo impropio" en TAWIL, GUIDO SANTIAGO, Director, *Procedimiento Administrativo*, Director, Guido Santiago Tawil, 1era. Edición, 1era. Reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.

ROCCATAGLIA, MARCELA, "El reclamo administrativo previo" en TAWIL, GUIDO SANTIAGO, Director, *Procedimiento Administrativo*, Director, Guido Santiago Tawil, 1era. edición, 1era. reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.

SESIN, DOMINGO J., "El procedimiento administrativo en Córdoba", en *El derecho administrativo en reflexión*, 1era. Edición, Buenos Aires, Rap, 2011.

TAWIL, GUIDO, *Administración y Justicia. Alcance del Control Judicial de la Actividad administrativa*, Buenos Aires, Depalma, 1993.

TAWIL, GUIDO SANTIAGO, Director, *Procedimiento Administrativo*, 1era. Edición, 1era. Reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.



LOS DESAFÍOS ACTUALES DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EN ARGENTINA EN EL SIGLO XXI. EL ROL DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD[†]

Diego Robledo*

Resumen: El presente trabajo se enmarca dentro del sistema de control de constitucionalidad (y convencionalidad), focalizándose en los *sujetos* —es decir, los órganos de control—.

Al respecto, utilizamos el método de la argumentación jurídica, con la muestra paradigmática de dos casos de la CSJN, un caso de la Corte IDH y un caso de la Corte Suprema de Justicia de EE.UU.

En particular, entendemos que los órganos de control de constitucionalidad y convencionalidad en Argentina en el siglo XXI, contribuyen a realizar nuestra manda preambular de *afianzar la justicia*.

Palabras claves: Supremacía constitucional - Sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad - Órgano del control de constitucionalidad y convencionalidad.

Planteo introductorio

En la hora actual, el sistema de control de constitucionalidad (y convencionalidad) se encuentra en un escenario desafiante en torno a los “sujetos” que tienen a su cargo vigilar, custodiar y proteger la supremacía constitucional.

Al respecto, el presente trabajo analizará tres planos: *primero*, algunas consideraciones —generales— sobre el “sistema” de control de constitucionalidad (y convencionalidad) en Argentina. *Segundo*, algunas consideraciones —generales— sobre el “objeto” del control. *Tercero*, y el punto sobre el cual nos focalizaremos, reside en los “órganos” que tienen a su cargo el control respectivo.

A tales fines, utilizaremos el método de la argumentación jurídica, tomando por muestra paradigmática algunos casos, dos de la Corte Supre-

[†] Recibido el 23/07/2013, Aprobado el 11/11/2013.

* Becario Doctoral tipo I CONICET-. Abogado, Egresado sobresaliente, distinción al mérito, Cuerpo de Abanderados y Escoltas supp. de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de UNC. Doctorando en Derecho y Cs. Ss. (UNC). Estudiante de Maestría Derecho y Argumentación (UNC), de Maestría en Derecho Procesal (UNR) y de la Especialización en Derecho Procesal Constitucional (UBP). Prof. en Filosofía del Derecho, Cát. “A”, FDyCS de UNC. Email: drobledoavilapaz@gmail.com.

ma de Justicia de la Nación (CSJN), uno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y uno de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica.

1. Primer plano: “Sistema” de control de constitucionalidad (y convencionalidad)

1.1. Antecedentes en el régimen norteamericano

El control de constitucionalidad, es un ejemplo de recepción de una doctrina extranjera —norteamericana— en nuestro sistema jurídico¹.

Su origen² se remonta al caso “*Marbury vs. Madison*”³ fallado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica en el año 1803.

En dicho contexto, polarizado por el enfrentamiento de partidos políticos, el Presidente John Adams —antes que termine su mandato—, a última hora, efectuó dos nombramientos con el acuerdo del Senado: John Marshall como *Chief Justice* del Tribunal Supremo de la Federación, y William Marbury, como juez del distrito de Columbia.

El Presidente Jefferson advirtiendo que el telegrama de nombramiento de Marbury aún no había sido enviado, lo retuvo. Dicha credencial de nombramiento debía ser entregada por Madison, el Secretario de Estado de la administración de Jefferson. Frente a la situación que no le entregaban su credencial para asumir su cargo, Marbury inicia una acción (“*writ of mandamus*”) a fin de que se notificara a Madison para que cumpla con el decreto de nombramiento, invocando la Judiciary Act de 1789, que habilitaba dichos nombramientos. El Tribunal presidido por John Marshall, dejó sentada la doctrina del “*judicial review*”, con arreglo a la cual los jueces tienen a su cargo el control de constitucionalidad, en el caso concreto, declarando así la invalidez de la *Judiciary Act* de 1789, en cuanto ampliaba la

¹ Cfr. HUERTAS, MARTA MARÍA MAGDALENA, *El modelo constitucional norteamericano en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1863-1903)*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, R.A., 2001. Al respecto la investigación de tesis doctoral de Huertas revela la primera etapa histórica de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

² Es decir, en la historia de la Corte Suprema de Justicia de EE.UU., en el siglo XIX, el caso “*Marbury vs. Madison*” forma parte de una serie de casos que vienen a perfilar el control de constitucionalidad. Como enseña Alberto Bianchi, en este caso, “quedó establecido el poder de los jueces para revisar la constitucionalidad de las leyes federales”; BIANCHI, ALBERTO, *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos. Análisis de los mecanismos procesales que hoy emplea la Corte argentina*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Cap. Federal, Argentina, 1994, p. 33.

³ Corte EE.UU. “*Marbury vs. Madison*”, 24/02/1803 - 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

competencia originaria del Máximo Cuerpo Nacional a supuestos no previstos por la Constitución. En particular, sostuvo que:

Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto entre sí el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidirlo conforme a la ley desechando la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución, y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren.

Jorge Amaya expone respecto del contexto de este caso, situado luego de la Guerra de la Independencia (1776), y la esperanza en descenso al ver disminuidas las líneas de crédito de los terratenientes estadounidenses canceladas por los ingleses, exigiéndoles el pago de sus deudas y prohibiéndoles el uso de las rutas comerciales que antes usaban. El escenario doméstico, traducía este conflicto aumentando el precio a los pequeños productores y granjeros norteamericanos, quienes no podían afrontar el pago. Así, los terratenientes demandaron el pago de las deudas en sede judicial, lo que fue resistido con el levantamiento de serios movimientos sociales. *“Este contexto, —explica Amaya— avalaba la creencia de que el Poder Judicial trabajaba inexorablemente a favor de los terratenientes norteamericanos, ya que los integrantes de ambos grupos pertenecían a la misma clase social”*⁴. Dicha situación, dividió en dos corrientes, mayoritarios y contramayoritarios, siendo asociados los primeros con el pensamiento conservador y de elite, y el segundo con el espíritu de levantamiento contra el status quo, los movimientos sociales y el caos. *“El control de constitucionalidad surgió como medio para asegurar la supremacía de la Constitución y la limitación del Gobierno corriente [y la objeción “contramayoritaria”]*⁵

⁴ AMAYA, JORGE A., *Democracia vs. Constitución. El poder del juez constitucional*, Ed. Fund. para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, 2012, p. 46.

⁵ Al respecto Roberto Gargarella explica sobre este punto de vista en función de la Teoría del Maestro Carlos Santiago Nino “La teoría de Nino sobre el control judicial se inscribe dentro de su más amplia concepción acerca de la justificación de la democracia. En tal sentido, y luego de examinar diferentes estrategias destinadas a justificar la democracia (utilitarista, pluralista, economicista, populista, etc.), y mostrar los límites y defectos de cada una de ellas, Nino se pronuncia a favor de una concepción deliberativa de la democracia. Para Nino, dicha concepción de la democracia aparece como un sucedáneo imperfecto de un discurso moral ideal en el cual —sin límites de tiempo, con plena información, y con la decisión de perfeccionarse

*lejos de ser una causal de ausencia de legitimación para el Poder Judicial, es una de las razones de su creación, a efectos de preservar a las minorías de los excesos de las mayorías coyunturales*⁶. Se instituyó así un sistema de frenos y contrapesos.

1.2. Régimen argentino

En nuestro país se ha delineado un sistema de control de constitucionalidad de carácter judicial, siguiendo así el modelo norteamericano. Al respecto, se destacan dos casos fundadores: “Sojo”⁷ y “Elortondo”⁸.

En el primero, el caso “Sojo”, se plantea un habeas corpus en razón de haber sido un caricaturista. Allí, nuestra CSJN⁹ —cita el precedente de la Corte de EE.UU. sentado en “Marbury v. Madison”— y, puntualmente, expresó que: *“El ‘palladium’ de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento, el ‘palladium’ de la libertad es la Constitución, esa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia federal”*.

En el segundo, el *Caso Elortondo*, se discutía la validez de una ley conforme a la cual se facultaba al Municipio de la Capital la expropiación de inmuebles para construir la Av. de Mayo, situación que perjudicaba a Elortondo por cuanto siendo su inmueble de gran extensión, no se expropiaba lo necesario para la avenida sino todo so pretexto de utilidad pública, lo que en la interpretación final de la Corte Suprema era irrazonable. En tal oportunidad, se sostuvo:

“Que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia, de exa-

en la discusión hasta alcanzar un acuerdo unánime— los miembros de una sociedad fijan las bases a partir de las cuales organizar su vida en común. Al resultado de estos acuerdos alcanzados en un discurso moral ideal podemos llamarlo resultado imparcial, en la medida en que el mismo expresa un adecuado balance de puntos de vista de los diferentes integrantes de la sociedad. Ahora bien, es claro que en la vida real sólo podemos aspirar a acercarnos lo más posible a dicho ideal. La democracia deliberativa aparece, en este sentido, como el instrumento más importante que tenemos a nuestro alcance para favorecer la toma de decisiones imparciales” 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* —Coords. Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz—, Facultad de Derecho de UBA y Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 203.

⁶ AMAYA, JORGE A., ob. cit., p. 49.

⁷ CSJN, Fallos: 32:120, “Sojo, Eduardo c. Cámara de Diputados de la Nación”, 22/09/1887.

⁸ CSJN, Fallos: 33:162, “Municipalidad de la Capital c. de Elortondo, Isabel A.”, 14/04/1888.

⁹ Integrada por: Benjamin Victoria. - Uladislao Frias. - Federico Ibargúren (en disidencia). - C. S. De La Torre (en disidencia). - Salustiano J. Zavalia.

minar 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 encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos...”

Esto refleja, que la CSJN sentó pautas para el ejercicio pleno del control de constitucionalidad “*en el marco de la Constitución, para afianzar su supremacía evitando los excesos o defectos que, por el contrario la violentarían*”¹⁰.

De las premisas fijadas por estos casos, se concluye que el Poder Judicial es quien controla la constitucionalidad, y que esta actividad es una *función* y un *deber*. Vale señalar que en otros sistemas, dicho control no lo hace el judicial sino un órgano por fuera del judicial que puede ser un órgano político como es el caso de Francia¹¹.

La práctica de ejercer dicho control de constitucionalidad es un acto político, tanto como la sanción de las leyes. Tampoco debe perderse de vista la dimensión política de quienes ejercen el control, los guardianes de la Constitución. En el caso argentino, confiada a todos los jueces, como un control difuso, pero la palabra final a la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹².

2. Segundo plano: “Objeto” de control de constitucionalidad (y convencionalidad)

La tarea de control implica el hacer, la tarea de controlar, vigilar, proteger, guardar, sirven de criterio para clasificar distintos sistemas jurídicos, y más aún, define la identidad del estado y la nación.

Vemos así que con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, se daba solo el control de constitucionalidad, respecto de nuestra

¹⁰ HARO, RICARDO, *Control de Constitucionalidad*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2ª ed., 2008, p. 64.

¹¹ Ello, sin perjuicio de la reciente reforma con arreglo a la cual se transita del modelo de control “abstracto” a uno de carácter “concreto”, mediante la incorporación de la “cuestión prioritaria de constitucionalidad”. A través de esta figura es dable impugnar la validez de una ley a posteriori de su entrada en vigor (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/cuestion-prioritaria-de-constitucionalidad/12-cuestiones-para-empezar.47858.html#9>, consulta: 05/02/2013).

¹² CAYUSO, SUSANA, “El control de constitucionalidad y el rol del Poder Judicial en el Sistema Argentino” en GERMÁN BIDART CAMPOS y ANDRÉS GIL DOMINGUEZ (coords.), *El Derecho Constitucional del Siglo XXI: Diagnóstico y Perspectivas*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 111 y ss.

Carta Magna Nacional. En tanto que a partir de la citada reforma constitucional de 1994, tenemos como consecuencia del bloque de constitucionalidad (art. 75 inc. 22 CN), los controles de constitucionalidad y de convencionalidad.

Es que dichas prácticas de control se realizan sobre un *objeto*, abarcativo de la *constitución y las convenciones*¹³, cuyo estado afirmamos están en permanente construcción¹⁴.

En este aspecto, Ricardo Haro, enseña que la Constitución de un Estado es la expresión jurídica fundamental del proyecto de vida política y social de una comunidad¹⁵. En tanto que Juan Fernando Segovia la entiende como el plan racional de la organización del Estado¹⁶. En el pensamiento de Giusseppe Vergotini, es un ‘concepto que expresa una estructura ordenada y normal del poder político en una comunidad y por lo tanto, estrechamente relacionado con un supuesto de orden social natural, en oposición a las acciones de reglas de decisión que se toman fuera de las normas preestablecidas en tiempos de desorden relacionados con la guerra civil, revoluciones sociales y las emergencias de diversa índole’¹⁷. “*La Constitución —explicaba Joaquín V. González— y los principios generales de la teoría jurídica, que ella contiene y aplica, es la ley que da carácter,*

¹³ Término entendido a la luz de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, en vigor desde el 27-01-1980, suscripta en Viena, 23-05-1969, art. 1° a) “*un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*”.

¹⁴ Ello no quiere decir que la Constitución y las Convenciones no se encuentren escritas, sino que se reescriben día a día. Argentina incorporó una serie de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional en la reforma de 1994, “*en las condiciones de su vigencia*”. Para el caso de la Constitución Nacional, la textura abierta de las palabras empleadas en las normas, así como normas abiertas como el artículo 33 “*todo lo que no está prohibido, está permitido*”, apoya la tesis de una constitución abierta, viva, que se construye y completa en la voz de los operadores jurídicos que la interpretan, aplican y observan. El Maestro Germán Bidart Campos enseñaba que se trata de un “*bloque de constitucionalidad*” entendido como conjunto normativo que tiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental, y tiene como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales. Por otro lado, hablamos del estado en permanente construcción del Mundo Jurídico (cfr. Martínez Paz, F. 2003:14 y ss.) y que bien explica Bidart Campos al señalar que “*para que la constitución como proceso asociativo no se anquilose en la letra de las normas sino que sea realidad coexistencial, hay que computar [... que] los hombres que conviven no pueden estar de acuerdo en todo, pero tampoco pueden estar en desacuerdo en todo: tiene que ponerse de acuerdo en algo. Ese algo es el que articula al proceso asociativo, según la intensidad de la adhesión, o del acatamiento que provoquen*” (1991:12-16).

¹⁵ Cfr. HARO, RICARDO, *Manual de Derecho Constitucional*, Advocatus, Córdoba, 2011, p. 74.

¹⁶ SEGOVIA, JUAN FERNANDO, *Derechos Humanos y Constitucionalismo*, Ed. Prudentia Iuris, Marcial Pons, España, 2004, p. 18.

¹⁷ VERGOTTINI, GIUSEPPE, *Diritto Costituzionale*, CEDAM, 5ªed., Italia, 2006, p. 1. [trad. propia].

personalidad y fuerza a la Nación, es la ley de todos los órdenes, gremios y categorías sociales"¹⁸. Desde una mirada cultural, Häberle señala que es "la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos", la Constitución de letra viva¹⁹. Para Pablo Lucas Verdú, "el concepto de Constitución experimenta una mutación importante en tanto que [es un] proceso histórico y espiritual"²⁰ (2002:423). Así, podría reseñarse aportes de la doctrina que ponen de relieve distintas miradas sobre un mismo objeto, pero por sus múltiples dimensiones parece imposible reducirla a un único concepto omnicompreensivo.

En nuestra opinión, entendemos que la Constitución es la ley de garantías, la ley suprema a donde encontramos los principios y valores de la convivencia entre los sujetos del estado que habitan, en la que encontramos límites y principios rectores de quienes gobiernan y los gobernados.

3. Tercer plano: "Órganos" de control de constitucionalidad (y convencionalidad)

Calogero Pizzolo enseña que "cómo y quién certifica la validez jurídica de una norma mediante su control jurídico, es una decisión que se manifiesta en las normas fundadoras del sistema, o sea en las normas constitucionales que instituyen a tal fin la fórmula primaria de validez y designan las normas básicas de referencia que la componen junto al operador preferente que las aplica"²¹.

3.1. En el pensamiento de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y de Osvaldo Gozaíni

Dado la extensión de este trabajo, sólo vamos a reseñar estas dos líneas de pensamiento doctrinario actual, que dan cuenta del gran debate actual que existe en esta temática, aun concluido.

¹⁸ GONZALEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina*. Escrito para servir de Texto de Instrucción Cívica en los establecimientos de instrucción secundaria [publicado en 1897], Edición Homenaje al Dr. Joaquín V. González [de parte del Honorable Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba por Resolución N° 38 del 04-05-1963], Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba [Prólogo de Carlos Sánchez Viámonte], 1964, p. 17.

¹⁹ HÄBERLE, PETER, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura* [traducción e introducción de Emilio Mikunda], Madrid, España, Ed. Tecnos, 2000, p. 34.

²⁰ VERDÚ, PABLO L., "¿Crisis del concepto de Constitución? La Constitución española entre la norma y la realidad" en *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro-Homenaje a Germán Bidart Campos)*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana), Perú, 2002, p. 423.

²¹ PIZZOLO, CALOGERO, "La relación entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del bloque de constitucionalidad federal" en SUSANA ALBANESE (Coord.) *El Control de Convencionalidad*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 192.

En efecto, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, actual Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), esboza una postura jurisdiccionalista dado que “[c]onsidera que nadie puede ser juez y parte de su propia causa y que por ello quien realiza el control de constitucionalidad debería ser un órgano autónomo e independiente de las funciones del Estado, cuya naturaleza no es política sino semejante a la de los órganos jurisdiccionales. Su distinción radica en cuanto a que mientras el tribunal constitucional anula normas actuando como “legislador negativo”, los demás tribunales **dirimen** controversias específicas”²².

En tanto, que Osvaldo Gozaíni, actual presidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional en Argentina, advierte que el *quid* de la cuestión es la pregunta acerca de “*cuáles son los mejores sistemas que aseguran la supremacía de una carta constitucional, si las instituciones políticas en la que no participan jueces sino todos los representantes de una sociedad compleja, o bien, sólo tribunales especiales que, a estos fines, debían establecerse*”²³.

En nuestra opinión, el gran desafío actual del debate doctrinario que hemos referenciado es que dada la actualidad del tema, se prosigue trabajando puesto que cada vez son más las nuevas miradas que ofrecen puntos de vista novedosos para el debate (tanto dentro de las corrientes de la filosofía jurídica y política como de la sociología, la antropología, los estudios culturales, etc.).

3.2. La situación en el marco del (actual) bloque de constitucionalidad

Al debate anterior sobre quién debe ser el guardián de la Constitución, debemos sumarle otro factor más, las convenciones internacionales, en particular, las referidas a derechos humanos. Diciendo esto, ponemos de relieve que en el caso argentino, nuestra Carta Magna asigna jerarquía constitucional a una serie de tratados (y declaraciones) de derechos humanos (art. 75 inc. 22 segundo párrafo).

La tarea consiste no ya en un control de constitucionalidad sino de convencionalidad. En el pensamiento de Walter Carnota existe una diferencia entre *control de constitucionalidad, *control de convencionalidad, y *control de compatibilidad. Así explica que: “[p]or un lado, tenemos como hipótesis máxima de intensidad de contralor, al ‘control de constitucionalidad

²² FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, ob.cit., pp. 68-69.

²³ GOZAÍNI, OSVALDO A., “La justicia constitucional en Argentina” en *Derecho Procesal Constitucional* [EDUARDO FERRER MAC-GREGOR coord.] Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. - Ed. Porrúa, Mexico, 2003, T. I, p. 2639.

*dad', que investiga la congruencia de las normas infraconstitucionales con la Norma Fundamental, ya en su vertiente concentrada o difusa, y que puede ir desde su derogación erga omnes en el primer caso hasta la inaplicación para el caso concreto, en el segundo. Por el contrario, el 'control de convencionalidad' se focaliza en detectar la consistencia de la normativa interna con un plexo convencional internacional, determinando eventualmente la responsabilidad internacional del Estado. En un sentido técnico, finalmente, el control de compatibilidad aparece como un mecanismo de alcance mucho menor, que se ciñe a declarar la sintonía de la norma interna con la internacional, sin ningún otro efecto mayor"*²⁴.

En el siglo XX, tras dos guerras mundiales, y la creación de numerosas organizaciones internacionales, como la Organización de Naciones Unidas, se pergeñaron un número significativo de tratados y declaraciones. Actualmente, se tiene *comités de vigilancia* de diversos tratados de derechos humanos²⁵, como por ejemplo a nivel universal encontramos: *el Consejo de Derechos Humanos²⁶, *el Comité de Derechos Humanos²⁷, *el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁸, *el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer²⁹, *el Comité de Derechos

²⁴ CARNOTA, WALTER, "La diferenciación entre el control de constitucionalidad, control de convencionalidad, y control de compatibilidad" en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* [ISSN 1138-4824], Nº15, Madrid (2011), págs. 51-66.

²⁵ DRNAS DE CLÉMENT, ZLATA, "Some recommendations on the legal role of sentences and recommendations of International Bodies created for the protection of Human Rights" SOSIC, T. (Ed.) *Liber Amicorum in Honor of Professor Budislav Vukas*, Kluwer, Leiden-N. York (in press).

²⁶ Es un órgano intergubernamental integrante del sistema de protección de los DD.HH. de ONU, compuesto por 47 Estados Miembros responsable del fortalecimiento de la promoción y protección de los derechos humanos a nivel mundial; ha sido creado por Asamblea General de ONU el 15-03-2006 (sucesor de la Comisión de ONU sobre Derechos Humanos) con el objetivo principal de "considerar las violaciones de los derechos humanos y hacer recomendaciones al respecto". Vale señalar, que revisa la situación de los 192 estados. cfr. www2.ohchr.org/Spanish/bodies/hrcouncil/.

²⁷ Es un órgano de vigilancia y supervisión de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por parte de sus Estados Miembros, compuesto por 18 expertos independientes. El Primer Protocolo Facultativo otorga a este comité *competencia* para examinar las denuncias de los particulares por supuestas violaciones del tratado cometidas por quienes son miembros de dicho protocolo. El Segundo Protocolo Facultativo —sobre la abolición de la pena de muerte— extiende la competencia del primero. cfr. www2.ohchr.org/Spanish/bodies/. Zlata Drnas señala respecto de este comité que es el principal órgano de DD.HH. quasi-judicial en el sistema de protección de DD.HH. de ONU.

²⁸ Es un órgano de vigilancia de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por parte de sus Estados Parte, que nace por Res. 1985/17 del Consejo Económico y Social de ONU, para ejercer las funciones del cap. IV de dicho pacto y se encuentra compuesto por 18 expertos independientes.

²⁹ Es un órgano que monitorea la aplicación del tratado por los Estados parte, creado por su art. 17 con el fin de examinar los progresos en la aplicación del pacto; compuesto por 23 ex-

del Niño³⁰, *el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial³¹, *el Comité contra la Tortura —y el Subcomité para la Prevención de la Tortura—³², *el Comité para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus familiares³³, *el Comité sobre derechos de las personas con discapacidad³⁴, *el Comité contra las Desapariciones Forzadas³⁵.

3.3. Caso particular: control de convencionalidad aplicado por Corte IDH en el Caso Cabrera García y Montiel vs. México: excepción preliminar de “cuarta instancia”

En el marco del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se ha desarrollado un nuevo tipo de control, el de

peritos independientes, quienes evalúan los informes a los que están obligados los miembros del pacto a presentar y en base a ello, formulan observaciones, recomendaciones.

³⁰ Órgano del Sistema de Naciones Unidas para la Promoción y la Protección de Derechos Humanos, compuesto por 18 expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus estados partes. Una vez que un estado adhiere a la Convención, tras dos años debe presentar un informe sobre el estado del ejercicio de estos derechos, y luego, en forma periódica, cada cinco. El Comité formula recomendaciones al estado parte —“observaciones finales” — en base al informe rendido. “El Comité no puede examinar denuncias de los particulares, aunque se pueden plantear cuestiones relacionadas con los derechos del niño ante otros comités con competencia para examinar denuncias de los particulares. El Comité se reúne en Ginebra y normalmente celebra tres períodos de sesiones al año que constan de una sesión plenaria de tres semanas y un grupo de trabajo anterior al período de sesiones que se reúne durante una semana. En 2006, el Comité examinará paralelamente los informes en dos salas compuestas por nueve miembros cada uno, “como medida excepcional y temporal”, para poder examinar todos los informes acumulados. El Comité también publica su interpretación del contenido de las disposiciones sobre derechos humanos, en forma de observaciones generales sobre cuestiones temáticas y organiza días de debate general” cfr. <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/>, <http://www.unicef.org/spanish/rightsite/sowc/pdfs/panels/El%20Comite%20de%20los%20Derechos%20del%20Nino.pdf> (01-02-2012). Asimismo, véase DRNAS DE CLÉMENT, ZLATA, “Some recommendations on the legal role of sentences and recommendations of International Bodies created for the protection of Human Rights”, ob. cit.

³¹ Órgano de vigilancia de la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial por sus Estados Partes; es el órgano más antiguo del sistema de protección de DD.HH. de ONU y se encuentra compuesto por 18 expertos independientes.

³² A través del Comité, se vigila la aplicación de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes por parte de los Estados Partes; mientras que el Subcomité creado por el protocolo facultativo de dicha convención, se aboca a la prevención realizando por ejemplo tareas de visita in situ para inspeccionar lugares de detención.

³³ Órgano vigilante de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares. Es el más nuevo en el sistema de protección de los DD.HH. de ONU.

³⁴ Órgano que vigila la aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad por parte de los Estados Parte, compuesto por 18 expertos independientes.

³⁵ Órgano a través del cual se vigila la Convención del mismo nombre.

*convencionalidad*³⁶, siendo este no de carácter concentrado, sino difuso³⁷.

Con la creación de dichos Tribunales, se abre el debate sobre una “*meta-vigilancia*”, o una *vigilancia a los vigilantes del orden jurídico*³⁸. Así por ejemplo, el sugerente título de la ponencia de Zlata Drnas dice “*Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿cuarta instancia?*”³⁹ aborda un estudio analítico de la jurisprudencia que se pronuncia en dicho sentido. Juan Carlos Hitters enseña que “la doctrina legal o judicial de ese cuerpo jurisdiccional es obligatoria (vinculante) para el conjunto de los países plegados al sistema en cuanto a la hermenéutica que él hace de las normas regionales interpretadas (*res interpretata*)”⁴⁰.

Recortando el *corpus* de análisis de los órganos de vigilancia de los tratados a esta Corte, nos enfocamos en el Caso “*Cabrera García y Montiel Flores vs. México*”⁴¹.

En este caso, se discute la procedencia o improcedencia de “*..la excepción preliminar planteada por el Estado demandado, relativa a la ale-*

³⁶ Al respecto, el control de Convencionalidad comienza a ser utilizado por la mayoría de la Corte IDH, a partir del caso “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*”, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 124. Asimismo, con posterioridad, se reconoce su ejercicio de oficio en el caso Caso “*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*”, Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 128.

³⁷ Al respecto puede verse FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, [ISSN 0718-0195] Año 9, N° 2, 2011, pp. 531 - 622.

³⁸ Así, Luiz Guilherme Marinoni reflexiona “*caso os conflitos, uma vez resolvidos, pudessem ser rediscutidos, ou se a solução do juiz pudesse ser negada, de nada adiantra a jurisdição. De modo que a decisão jurisdiccional, além de resolver conflitos, deve ser impor, tornando-se imutável e indiscutível*” en *Cosa Julgada Inconstitucional*, Thomson Reuters, Revista Dos Tribunais, 3ª ed. actualizada, Brasil, 2013, p. 59.

³⁹ En este trabajo, la jurista pone en evidencia sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —argentina—, por qué habla de una “cuarta instancia”, cuándo la Corte IDH ha actuado como cuarta instancia, cuándo lo ha hecho la Comisión, y qué papel le asigna la jurisprudencia de nuestra CSJN a dichos pronunciamientos y fallos. Cfr. DRNAS DE CLEMENT, ZLATA, “Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿Cuarta Instancia?” en AA.VV. *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia? XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires*, Biblioteca de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II, Obras N°33, La Ley, Buenos Aires, 2011, pp. 5-105.

⁴⁰ HITTERS, JUAN CARLOS, “Un avance en el control de convencionalidad. El Efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana” en La Ley, Año LXXVII N° 96 Jorge H. Alterini (Dir.) Tomo La Ley 2013-c, Buenos Aires, 27 de mayo de 2013.

⁴¹ Corte IDH Caso “*Cabrera García y Montiel Flores vs. México*”, Sentencia del 26-09-2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C N° 220.

*gada incompetencia de la Corte IDH como 'tribunal de alzada' o de 'cuarta instancia'*⁴².

Dicha excepción fue respaldada por el siguiente argumento, pre-tender “revisar el proceso penal que fue seguido por todas las instancias jurisdiccionales competentes en sede nacional, donde incluso se interpusieron recursos (apelaciones) y se presentaron juicios de amparo”, alegando México por otro lado que habiendo “ejercido el ‘control de convencionalidad’ *ex officio*, [resulta] incompetente al Tribunal Interamericano al no poder ‘revisar’ lo juzgado y decidido previamente por los jueces domésticos que aplicaron parámetros convencionales”.

Mac-Gregor en su voto razonado sostiene que “*este alegato sobre el ejercicio previo del ‘control de convencionalidad’ en sede nacional, como excepción preliminar, resulta novedoso y fue motivo de especial atención por los jueces integrantes de la Corte IDH*”. La protección internacional que sostiene la Corte IDH es convencional coadyuvante o complementaria de la ofrecida en el orden interno de los Estados americanos —principio de subsidiariedad reconocido por sí desde 1988⁴³—. Lo que sucede, es que para realizar el control de convencionalidad, el razonamiento jurídico debe construirse en base a dos premisas, una referida a lo que dice la Convención, y otra referida a lo que marca el derecho interno. Así lo hacen tanto los jueces de la Corte IDH como deben hacerlo los jueces —y otras autoridades públicas— cuando ejercitan el control de convencionalidad difuso. Más aún, Mac-Gregor sostiene que esta “interacción” es una “viva interacción” entre dicho orden internacional y el interno.

La actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió. A su vez, la jurisdicción internacional debe valorar la legalidad de la detención a la luz de la normatividad interna, debido a que la propia Convención Americana remite a la legislación nacional para poder examinar la convencionalidad de los actos de las autoridades nacionales, ya que el artículo 7.2 del Pacto de San José remite a las “Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas

⁴² Dicha cuestión se encuentra en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 12 a 22. La cita del voto razonado de Ferrer Mac-Gregor corresponde al pár. 2.

⁴³ *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 61: “*La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta “coadyuvante o complementaria” de la interna (Convención Americana, Preámbulo)*” (citado por Mac-Gregor en su voto razonado).

conforme a ellas” para poder resolver sobre la legalidad de la detención como parámetro de convencionalidad. Los jueces nacionales, por otra parte, deben cumplir con los demás supuestos previstos en el propio artículo 7 para no violentar el derecho convencional a la libertad personal, debiendo atender de igual forma a la interpretación que la Corte IDH ha realizado de los supuestos previstos en dicho numeral. (voto razonado, pár. 7).

De tal manera que para poder determinar si las actuaciones de los jueces nacionales resultan compatibles con el Pacto de San José, en determinados casos se tendrá que analizar su actuación a la luz de la propia normatividad interna y siempre atendiendo a la Convención Americana, especialmente para valorar lo que podríamos denominar el “debido proceso convencional” (en sentido amplio). Dicho análisis, por consiguiente, no puede constituir una “cuestión preliminar”, sino fundamentalmente representa una “decisión de fondo”, donde precisamente se analizaría, *inter alia*, si un determinado ejercicio del “control de convencionalidad” por parte de los tribunales nacionales resultó compatible con las obligaciones contraídas por el Estado demandado y a la luz de la propia jurisprudencia interamericana. (Ibíd. pár. 8).

Dicha interacción encuentra como límite la competencia “subsidiaria y complementaria” de la Corte IDH. El principio de subsidiariedad —reconocido por la misma Corte IDH desde sus primeros fallos⁴⁴— y reconocido en los artículos 46.1.a) de la CADH por el cual se requiere que se hayan agotado los recursos de la jurisdicción interna de conformidad a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos. Concorde, el art. 61.2 prevé como condición necesaria de actuación de la Corte IDH “*que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50*” en relación a la actuación de la Comisión IDH.

La conclusión a la excepción planteada es que la Corte IDH NO tiene competencia para convertirse en una “*nueva y última instancia*”; en cambio, SÍ “será competente, en determinados casos, para revisar las actuaciones de los jueces nacionales, incluido el correcto ejercicio del ‘control de convencionalidad’, siempre y cuando el análisis se derive del examen que realice de la compatibilidad de la actuación nacional a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de sus Protocolos adicionales y de su propia jurisprudencia convencional; sin que ello implique convertir al Tribunal Interamericano en un ‘tribunal de alzada’ o de ‘cuarta

⁴⁴ *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 61: “La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta “coadyuvante o complementaria” de la interna (Convención Americana, Preámbulo)” (citada por Mac-Gregor en su voto razonado, nota N°5).

instancia, ya que su actuación se limitará al análisis de determinadas violaciones de los compromisos internacionales asumidos por el Estado demandado en el caso particular, y no de todas y cada una de las actuaciones de los órganos jurisdiccionales domésticos, lo que evidentemente en este último supuesto equivaldría a sustituir a la jurisdicción interna, quebrantando la esencia misma de la naturaleza coadyuvante o complementaria de los tribunales internacionales” (pár. 11 del voto razonado). La Corte IDH SÍ es “competente para conocer ‘de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes’ [art.33 CADH]; siendo precisamente el objetivo principal del Tribunal Interamericano ‘la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos’ [art. 1° Estatuto de Corte IDH], de donde deriva su competencia también para analizar el debido ejercicio del ‘control de convencionalidad’ por el juez nacional cuando existan violaciones al Pacto de San José, análisis que el juez convencional realizará, necesariamente, al resolver el ‘fondo’ del asunto y no como ‘excepción preliminar’, al ser en aquel momento donde se efectúa el ‘examen de convencionalidad’ de la actuación interna a la luz de la Convención Americana y de la interpretación que se realice a la misma por la Corte IDH” (pár. 12 del voto razonado).

3. Conclusiones y propuesta

El interrogante “*Quid custodied ipso custod?*”⁴⁵ ¿quién controlará a los que controlan?, legado de la Edad Antigua, sigue teniendo actualidad en nuestros días, porque penetra lo filosófico, político, iusconstitucional, iusprocesal, ético. Es por ello que nuestras conclusiones y propuesta son las siguientes:

- 1) Compartimos y adherimos a las enseñanzas de Peter Häberle⁴⁶, quien sostiene que hay un control abierto a los distintos intérpretes, con lo cual la interpretación del derecho la realiza no sólo quien debe aplicarlo o los operadores jurídicos que practican la abogacía, sino que hay un control más abierto, y es el que ejerce la ciudadanía.
- 2) Las teorías de la argumentación modernas, se esforzaron por reafirmar el valioso papel del auditorio y el auditorio universal. Un juez emite sentencia, pero debe convencer no sólo a quie-

⁴⁵ JUVENAL, *Sátiras*, VI, 347 consultado en: <http://www.thelatinlibrary.com/juvenal.html> (01/02/2012).

⁴⁶ Cfr. “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución” en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Facultad de Derecho de UBA, año 6, número 11, 2008, ISSN 1667-4154, pp. 29-61.

nes intervinieron en el caso, también debe persuadir a sus superiores cuando revisan el caso por apelación, también deben hacerlo a la sociedad para construir legitimidad. La persuasión no se agota en las fronteras de un estado.

- 3) En tiempos globalizados, dicho control se traduce en comités y tribunales que ejercen otro control.
- 4) También es preciso señalar que se observa entre los controladores —internos e internacionales— una interacción, cuando se citan, cuando importan soluciones y criterios a un sistema jurídico.
- 5) La persona humana cuenta con esta garantía de tutela en el orden interno en el marco del Poder Judicial y en el orden internacional con los tribunales y comités a los cuales accede y ocurre para pedir justicia.
- 6) Entendemos que cada juez, cada observador y cada sujeto, cada cual, en su respectivo rol, ejercen un tipo de control o vigilancia. Y cada control, tiene otro control. Cada intérprete es un control. Lo que sucede es que algunos de estos controles tienen “*fuera normativa*” y otros, no (vgr. el control que realiza doctrina al interpretar, validar, consentir, disentir, refutar, ofrecer un camino de decisión alternativo, etc.).
- 7) Sostenemos, que el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad se presentan como límites a los “*guardianas*” de la Constitución. Son herramientas que permiten “*vigilar*” a los que vigilan, y protegerse de quienes nos deben proteger; en definitiva, tutelar a la persona humana en su vida y dignidad.
- 8) Entendemos que los órganos de control de constitucionalidad y convencionalidad en Argentina en el siglo XXI, contribuyen a realizar nuestra manda preambular de *afianzar la justicia*.

Bibliografía

Doctrina

AMAYA, JORGE A., *Democracia vs. Constitución. El poder del juez constitucional*, Ed. Fund. para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, 2012.

BIANCHI, ALBERTO, *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos. Análisis de los mecanismos procesales que hoy emplea la Corte argentina*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Cap. Federal, Argentina, 1994.

BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Lecciones elementales de Política (Sociedad, Estado y Derecho)*, Ed. Universidad Peruana de los Andes y Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Perú, 2002.

CARNOTA, WALTER, "La diferenciación entre el control de constitucionalidad, control de convencionalidad, y control de compatibilidad" en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* [ISSN 1138-4824], N° 15, Madrid (2011).

DRNAS DE CLEMENT, ZLATA, "Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿Cuarta Instancia?" en AA.VV., *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia? XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires*, Biblioteca de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II, Obras N° 33, La Ley, Buenos Aires, 2011, pp. 5-105.

DRNAS DE CLÉMENT, ZLATA, "Some recommendations on the legal role of sentences and recommendations of International Bodies created for the protection of Human Rights" SOSIC, T. (Ed.) *Liber Amicorum in Honour of Professor Budislav Vukas*, Kluwer, Leiden-N. York (in press).

FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, "¿Es Kelsen el fundador del Derecho Procesal Constitucional? Análisis de un debate contemporáneo" en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Año VIII, N° 13, 2009, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010.

FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano" en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, [ISSN 0718-0195] Año 9, N° 2, 2011, pp. 531-622.

GONZALEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina. Escrito para servir de Texto de Instrucción Cívica en los establecimientos de instrucción secundaria* [publicado en 1897], Edición Homenaje al Dr. Joaquín V. González, Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba.

GOZAÍNI, OSVALDO A., "La justicia constitucional en Argentina" en *Derecho Procesal Constitucional* [Eduardo Ferrer Mac-Gregor coord.] Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. - Ed. Porrúa, México, 2003, T. I.

KAFKA, FRANZ, "Ante la Ley" en <http://www.ciudadseva.com/textos/cuentos/euro/kafka/antela.htm> (01/02/2012).

HÄBERLE, PETER, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura* [traducción e introducción de Emilio Mikunda], Madrid, España, Ed. Tecnos, 2000.

HARO, RICARDO, *Control de Constitucionalidad*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2°ed., 2008, p. 64.

HARO, RICARDO, *Manual de Derecho Constitucional*, Advocatus, Córdoba, 2011.

HERRERA, CARLOS MIGUEL, "La polémica Schmitt - Kelsen sobre el guardián de la Constitución" en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid n° 86, 1994, pp. 195-227. Accedida desde el link: <http://blog.pucp.edu.pe/media/2841/20110803-Herrera---La-polemica-Schmitt-Kelsen-sobre-el-guardian-de-la-constitucion.pdf>.

HUERTAS, MARTA MARÍA MAGDALENA, *El modelo constitucional norteamericano en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1863-1903)*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, R.A., 2001.

LEYLAND, PETER, *The Constitution of the United Kingdom- A contextual analysis*, Ed. Hart, EEUU, 2009.

MARTINEZ PAZ, FERNANDO, *La construcción del mundo jurídico multidimensional*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, 2003.

SCHMITT, CARL, *Teoría de la Constitución* [Trad. Francisco Ayala], Alianza Universidad Textos, 1996.

SEGOVIA, JUAN FERNANDO, *Derechos Humanos y Constitucionalismo*, Ed. Prudentia Iuris, Marcial Pons, España, 2004.

VERGOTTINI, GIUSEPPE, *Diritto Costituzionale*, CEDAM, 5ª ed., Italia, 2006.

Legislación

Constitución Nacional de la República Argentina.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Ley Nac. 23.054, ratificación con reservas de Argentina a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, en vigor desde el 27-01-1980, suscripta en Viena, 23-05-1969.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación

CSJN, Fallos: 32:120, "*Sojo, Eduardo c. Cámara de Diputados de la Nación*", 22/09/1887.

CSJN, Fallos: 33:162, "*Municipalidad de la Capital c. de Elortondo, Isabel A.*", 14/04/1888.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH, Caso "*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*", Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 124.

Corte IDH, Caso "*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*", Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 128.

Corte IDH Caso "*Cabrera García y Montiel Flores vs. México*" Sentencia de 26 de septiembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C N° 220.

Corte Suprema de Estados Unidos

Corte EE.UU. "*Marbury vs. Madison*", 24-02-1803 - 1 Cranch 137, 2 L.Ed. 60 (1803).

Sitios de Internet: consultados el 01/02/2012

www.csjn.gov.ar.

<http://www.unicef.org/spanish/rightsite/sowc/pdfs/panels/El%20Comite%20de%20los%20Derechos%20del%20Nino.pdf>.

www2.ohchr.org.



HACIA UNA PROTECCIÓN INTEGRAL Y CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CON DISCAPACIDADES[†]

Federico Justiniano Robledo*
Federico Robledo (h)**

Resumen: En este artículo nos enfocamos en la protección integral y constitucional de los Derechos Humanos de las Niñas, Niños y Adolescentes con Discapacidades. Luego de una breve introducción, presentamos la protección de la persona y su dignidad, seguidamente presentamos un breve marco para la protección integral de las Niñas, Niños y Adolescentes, y otro para la protección constitucional de las personas con discapacidades. A continuación planteamos la protección integral de las Niñas, Niños y Adolescentes con discapacidades en tres aristas: A) Minoría y Grupo Vulnerable, B) Tutela Judicial Efectiva en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y C) Medidas en pos de la protección de los derechos de los niños con discapacidad. Finalmente presentamos nuestras conclusiones a modo de decálogo reflexivo.

Palabras claves: Protección Constitucional - Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes - Derecho a la Salud - Minorías y Grupos Vulnerables - Personas con Discapacidades

Introducción

El presente artículo se enfoca en señalar los horizontes hacia una protección constitucional más completa de los *Derechos Humanos de los Niños y Niñas*¹ con *discapacidades*.

[†] Recibido el 24/07/2013, Aprobado el 13/12/2013.

* Abogado, Doctor en Derecho (UNC), Académico de Número de la Academia del Plata -Sección Córdoba-, Profesor de Derecho Público Provincial y Derecho Municipal y de Introducción a los Estudios de la Carrera de Abogacía (UNC), Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Derecho Municipal (UCASAL), Docente Investigador (UNC) Categoría 3 - Director del Proyecto *Tutela Constitucional de la Salud de los Niños y Niñas con discapacidad en Argentina, con particular referencia en la Provincia de Córdoba* Código de Proyecto 05/D536. Email: federicojrobledo@gmail.com.

** Abogado (UNC), Magíster en Bioética (UNC). Maestrando en Derecho Privado (UNR). Profesor en Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Derecho Municipal (UNC). Investigador del Proyecto de Investigación *"Tutela Constitucional de la Salud de los Niños y Niñas con discapacidad en Argentina, con particular referencia en la Provincia de Córdoba"* acreditado con categoría "A" en SECYT - UNC bajo el Código de Proyecto 05/D536. Email: ab.federicorobledo.@gmail.com.

¹ A los fines de este artículo aclaramos que cuando nos referimos a niños y niñas, lo hacemos con el alcance de la Convención sobre Derechos del Niño, que en su artículo primero los defi-

En un marco conceptual, sociológico, constitucional y humano, queremos formular desde este trabajo, reflexiones válidas que contribuyan a comprender, defender y garantizar la protección de los niños y niñas con discapacidades, e incluirlos en la concepción actual de persona humana².

I. Hacia la protección de la persona y su dignidad

Constituye hoy un deber moral y social de todos los hombres atender a la persona humana en su dignidad y en todas sus dimensiones. También, tomar conciencia de su íntegra protección, por la familia, la sociedad y el Estado, con sus órganos, en el ámbito de un Estado de Derecho, en el cual la Constitución y todo el Derecho se combinan con la valoración del contexto, en el que nacen y en el cual se sitúan.

La Constitución es a la vez *sistema e historia*, por lo que no puede ser estudiada exclusivamente desde una mirada jurídica, sino considerarla también un inequívoco elemento esencial de la realidad que debe regular y en la que produce sus efectos. Por ello, los derechos fundamentales enunciados en codificaciones constitucionales, guardan estricta relación entre el constitucionalismo social y la garantía de los derechos.

En el Siglo XX, Jacques Maritain³, uno de los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, explicaba que “[...] cuando decimos que un hombre es una persona, queremos decir que no es solamente un trozo de materia, un elemento individual de la naturaleza, como un átomo, una espiga de trigo, una mosca o un elefante, son elementos individuales en la naturaleza.” Y por ello, se interrogaba “[...] ¿Dónde está la libertad, dónde está la dignidad, dónde están los derechos de un trozo individual de materia?”. Como respuesta expresaba, “[...] No tiene sentido que una mosca o un elefante den su vida por la libertad, la dignidad, los derechos de la mosca o del elefante [...] El hombre es un individuo que se

ne como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.” Entendidos conforme al artículo 1° de dicha convención, hasta los 18 años de edad, y conforme a la reserva formulada por la Rep. Argentina, desde el momento de su concepción. (*idem*, Ley Nacional 23.849, artículo 1). Incluso, esta afirmación se armoniza con la Ley Nacional 26.061 que lo define con el mismo alcance, y con el Código Civil argentino que redujo la edad para alcanzar la mayoría de edad (artículo 126) a 18 años de edad a través de la Ley Nacional N° 26.579 sancionada el 02-12-2009, promulgada el 21/12/2009 B.O.

² Cfr. ROBLEDO, FEDERICO JUSTINIANO, FEDERICO ROBLEDO (h) y JOSÉ E. ORTEGA, “Tutela constitucional de la Salud de los Niños y Niñas con discapacidad en Argentina” en AA.VV. *Libro de Ponencias del V Congreso Mundial por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*, Gabriel Lerner [et. al.], 1ª ed, Buenos Aires, Secretaría de Desarrollo Social de la Nación, 2012, pp. 1710 y ss.

³ MARITAIN, JACQUES, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Biblioteca Nueva, Buenos Aires, 1956, p. 14.

sostiene asimismo por la inteligencia y la voluntad; no existe solamente de una manera física; hay en él una existencia más rica y elevada, sobreexiste espiritualmente en conocimiento y en amor”.

Roberto Papini explicando la génesis de la Declaración, enseña que la tutela del individuo se funda en el status de “*sujeto de derecho*”⁴. Reconocer como personas, reconocer como sujetos de derecho, esa es la cuestión. Las luces y sombras de la historia de la humanidad ponen de relieve que cada conquista representó un freno y contrapeso, un reconocimiento a la dignidad, un límite frente a los demás.

II. Hacia la protección integral de las niñas y niños

A lo largo de la historia la manera de considerar a los niños y niñas fue variando⁵. Dicha transformación no se debe sólo a razones culturales, sociales, económicas, sino también políticas, jurídicas y humanas.

Emilio García Méndez⁶ luego de estudiar las legislaciones referidas a la infancia durante el siglo XX en Latino América, señaló dos grandes etapas en cuanto a reformas legislativas: la primera que ocurre entre los años 1919 y 1939 en la que se instituye la especificidad del *derecho de menores*⁷ y *tribunal de menores*, con pocas e intrascendentes variaciones entre 1940 a 1990, y una segunda etapa relevante comienza en 1990 y se extiende a nuestros días, en continua y abierta evolución. El hito que separa esas etapas está dado por la *Convención sobre Derechos del Niño*⁸.

Al respecto, la doctrina habla de dos paradigmas: por un lado el de **la situación irregular** por el cual se pone énfasis en el contexto o fac-

⁴ PAPINI, R., “Introducción. El debate sobre los principios de la Declaración de 1948. Problemas de ayer y problemas de hoy” en R. PAPINI y L. BONANATE (coords.), *Los Derechos Humanos y el Diálogo Intercultural. La Declaración Universal de los Derechos Humanos génesis, evolución y nuevos derechos*, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Club de Lectores, Bs. As., 2010, p. 57.

⁵ BISIG, ELINOR, *La construcción socio jurídica de la infancia*, Córdoba Siglos XIX-XX, Fac. de Ciencias Sociales, UBA, 2010 [inédita].

⁶ GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, “Infancia Ley y Democracia: Una Cuestión de Justicia”, p. 3 en www.iin.oea.org/infancia_ley_y_democracia.pdf (01-02-2013).

⁷ En cuanto al ámbito jurídico, Daniel D’Antonio anota que “[...] *esta nueva disciplina sustrae a las respectivas ramas jurídicas todo aquello que concierne a los intereses personales y patriomoniales del menor determina una reacción por quienes se han especializado en cada una de ellas, a punto tal que se ha afirmado que quienes participan de esta nueva orientación jurídica han perdido el rumbo y conducido a horizontes insospechados, con claudicación del derecho*” cfr. *Derecho de Menores*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1980, p. 16.

⁸ “*Convention on the Rights of the Child*”, firmada en Nueva York, EE.UU. el 20-11-1989; entró en vigor el 02-09-1990 (cfr. artículo 49.1). Registrado en ONU con la misma fecha con el N° 27.531. A la fecha 01-02-2013, 140 estados la firmaron, y cuenta con 193 estados parte; lo que refleja un amplio consenso internacional (“*opinio iuris communis*”).

tores ambientales —familia, barrio, recursos, etc.— del “menor”, que “[...] justifican un tratamiento excepcional, basado en fines humanitarios, que perseguiría la protección del menor que por irregularidades derivadas de su constitución física o mental, el mal ambiente donde se desarrolla y otras situaciones, se encuentra en peligro o abandono moral o material”⁹. Es este un enfoque de necesidades, “basado en la caridad privada y voluntaria, la asistencia y beneficencia, en el trato de los síntomas y no de las causas, en el diagnóstico de la realidad a partir de las necesidades y debilidades de los ‘menores’ y de sus contextos familiares y comunitarios. Por lo tanto genera un tipo de política pública de carácter asistencial, compensatorio, limitado, centralizado y sectorial”¹⁰. El otro, es el **paradigma de protección integral**, el que en vez de tratar al menor como un objeto de derecho, considera a los niños y niñas como sujetos de derecho, personas con derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y concordantemente, las políticas sociales se orientan a brindar recursos necesarios para una vida digna. Bajo este nuevo paradigma, los niños titularizan, además de los derechos universales —por pertenecer al género persona humana— un catálogo de derechos específicos —por pertenecer al segmento de la niñez y adolescencia— enderezados hacia una tutela diferenciada y específica de su condición especial, en razón de su edad, inmadurez y vulnerabilidad¹¹.

La *protección integral* como paradigma se asienta sobre la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales¹². Esta Convención “es un instrumento destinado a la no discriminación, a la reafirmación del reconocimiento de los niños como personas humanas, en toda acepción y sin limitaciones, y responde a la necesidad de contar con instrumentos idóneos y específicos para proteger sus derechos. Sin embargo, la confirmación del estatus del niño/a como sujeto trasciende el ámbito ju-

⁹ LAJE, MARÍA INÉS Y TANIA VACA NARVAJA, “Los derechos de niños, niñas y adolescentes: una construcción de larga data” en *Derechos de los Niños, Niñas y los Adolescentes. Un análisis desde el método de casos*, Coords. Andrés Rossetti y Magdalena I. Álvarez, ed. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Ed. Advocatus, 2011, p. 22.

¹⁰ LAJE, MARÍA INÉS Y TANIA VACA NARVAJA, “Presentación” en *La infancia y sus derechos en el contexto actual*, Comp. Ma. I. Laje, ed. Ciccus, Buenos Aires (R.A.), 2012, p. 9.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 (28/08/02), “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párr. 93.

¹² UNICEF habla de un sistema de protección, en tanto no es una norma especial y aislada, están en relación. Así definió una estrategia de sistema de protección de la niñez como “un conjunto de leyes, políticas, normas y servicios, capacidades, monitoreo y ‘oversight’ necesarios en todos los ámbitos sociales —especialmente en el ámbito del bienestar social, la educación, la salud, la seguridad y la justicia— para prevenir y responder a los riesgos relacionados con la protección” “UNICEF Child Protection Strategy” (E/ICEF/2008/5/Rev.1), [http://www.unicef.org/protection/files/CP_Strategy_English\(2\).pdf](http://www.unicef.org/protection/files/CP_Strategy_English(2).pdf) (01-02-2013).

rídico. Constituye un punto de partida de todo esfuerzo de reflexión y concientización relativos a los niños y su lugar en la sociedad, su relación con nosotros los adultos"¹³. Asimismo, valoramos que la *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989, fue el primer tratado internacional¹⁴ en mencionar en el artículo referido a la no discriminación, la "discapacidad", y el art. 23 de derechos y a las necesidades de los niños con discapacidad:

1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.
2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.
3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.
4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Ello sirvió como punto de apoyo para visibilizar e impulsar protección a las personas con discapacidad.

¹³ LAJE, MARÍA INÉS y TANIA VACA NARVAJA, *Los derechos de niños, niñas y adolescentes: una construcción de larga data*, ob. cit., p. 20.

¹⁴ Entre las convenciones regionales, anotamos que el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)* anticipa un año antes, 1988, en el artículo 18 destinado a la protección de las personas con discapacidad.

Cabe poner de resalto, que en el año 1994, se atribuye jerarquía constitucional a dicha Convención, mediante la introducción del inciso 22 del nuevo art. 75 de nuestra Carta Magna, en la reforma constitucional, lo que amplía cuantitativa y cualitativamente el estatuto protectorio de las niñas, niños y adolescentes.

Dicha protección se integra y complementa con la inclusión de los “niños” y “personas con discapacidad” como categorías de *débiles jurídicos* o *minorías cualitativas*, que, bajo el amparo del principio de “*igualdad real*” se erigen acreedores de una “*tutela diferenciada*” (art. 75 inc. 23 Constitución Nacional). Este cambio, que se manifiesta en el articulado fluye desde los cimientos axiológicos, sociales y políticos de la Carta Magna —convertida ahora en Bloque de Constitucionalidad—.

Años después, se sancionó la **Ley de protección integral de las Niñas, Niños y Adolescentes N°26.061** el 28-09-2005 y promulgada el 21-10-2005, con el objeto de “*garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte*” a las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina (art. 1). Y establece que “*Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces*”. En el art. 2 se establece que se interpreta por “*interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley*”.

No podemos dejar de mencionar que el derecho público provincial, se anticipó a la recepción del paradigma de la protección integral en el ciclo de reformas de la década del 80'. De hecho, en la hora actual, las Cartas Magnas locales, contienen cláusulas protectoras de la discapacidad que obligan al estado provincial a brindar una tutela diferenciada y protección integral para esta categoría¹⁵ de personas. Sin embargo, existen aún provincias que no incorporaron ninguna normativa protectora de esta categoría de personas, representando un atraso incomprensible en un aspecto tan par-

¹⁵ Utilizamos el término categoría en el sentido establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “*Hoof, Pedro C. F. c. Provincia de Buenos Aires*”, 16/11/2004, publicado en Suplemento Constitucional La Ley N° 71, julio, 2005, con la diferencia que para las personas con discapacidad el test de razonabilidad para la discriminación inversa fue realizado por el constituyente y se encuentra inscripto en la Constitución Nacional (art. 75 inc. 23).

ticular y especial de las dimensiones en la vida del hombre¹⁶. En Argentina hay a partir de 2007 a nivel federal, el Consejo Federal de la Niñez, Adolescencia y Familia y una Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia —ambos dependientes del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación—; asimismo, se cuenta con el Defensor del Pueblo¹⁷ —y en algunas provincias el Defensor de los Niños, Niñas y Adolescentes—, y asociaciones civiles relacionadas a la protección de los derechos de infancia y adolescencia.

Vale decir que Argentina no sólo se recoge el paradigma de protección integral como un compromiso, un deber, una garantía para ejercicio y goce de derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que no se agota en la declaración y el reconocimiento sino que asegura su máxima exigibilidad, la máxima satisfacción, a través de medidas expeditas y eficaces. No se trata de un cambio de términos “menor” por “niñas, niños y adolescentes”, es una transformación honda en el Derecho y en sus operadores, que procura construir una igualdad real, verdadera y efectiva, a partir del reconocimiento y protección de la diferencia.

III. Hacia la protección constitucional de las personas con discapacidad

En primer lugar, consideramos necesario hacer una observación de lenguaje, pues como explica Álvarez Gardiol “(e)l lenguaje es un mecanismo racional que nos permite transmitir lo que observamos y asimismo, transformar nuestras identidades y también el mundo que es nuestro hábitat, intentando elaborar el futuro de nuestras existencias, en la que coexistimos con las cosas y convivimos con los demás”¹⁸.

El término “discapacitado”, no es un término jurídico; no obstante, ha sido incorporado en textos legales, convenciones, leyes, sentencias, etc.¹⁹.

¹⁶ Cfr. ROBLEDO, FEDERICO JUSTINIANO, “Hacia una mejor tutela constitucional de los discapacitados” en *Cuaderno de Federalismo*, Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss. de Córdoba, XIX, Editorial Advocatus, Córdoba, 2006, p. 109.

¹⁷ AA.VV. *La Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia Nueva institucionalidad para un país más justo e inclusivo*, Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, Buenos Aires, 2012. Y AA.VV., *A Cinco Años de la Creación del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia Memoria y Balance de los años 2007-2011*, Ed. Especial V Congreso Mundial por los Derechos de la Infancia y Adolescencia, Ed. Ministerio de Desarrollo Social, Presidencia de la Nación, 2012.

¹⁸ ÁLVAREZ GARDIOL, ARIEL, *Epistemología Jurídica*, Fund. para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Bs. As., 2010, p. 84.

¹⁹ En el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, se dice “de una persona: Que tiene impedida o entorpecida alguna de las actividades cotidianas consideradas normales, por alteración de sus funciones intelectuales o físicas”, cfr. 22ª edición consultada <http://lema.rae.es/drae/?val=discapacitado> (01-02-2013).

Advertimos la importancia de las palabras, los términos empleados, siguiendo a John Langshaw Austin²⁰, pues hay que tener en cuenta no sólo lo dicho y la intención, sino también el efecto de las palabras. Las palabras no son discriminatorias por sí mismas, sino el uso y el significado que los interlocutores —contexto, sociedad, cultura— le da. Abogamos, por un uso de un lenguaje no discriminatorio, al contrario, la palabra como instancia de encuentro con el otro, como dice la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo primero tenemos el **deber de tratarnos fraternalmente**.

El prefijo “dis” por su etimología griega significa ‘dificultad’ o ‘anomalía’ y por su raíz latina “indica negación o contrariedad”²¹. La palabra *discapacidad* sitúa a una persona, de la que NO puede afirmarse que es realmente superior o inferior a otras, sólo puede decirse que ostenta una diferente capacidad. Todos los seres humanos presentan alguna singular y a veces casi imperceptible discapacidad, algunas veces transitorios y otras definitivas. Es que, ninguna persona es perfecta pues son diversas las discapacidades.

Estas diferencias naturales han permitido que se califique peyorativamente a estas personas humanas en ciertos países como “*minusválidos*”, otros los han identificados como “*inválidos*”, expresión que nos sugiere una ausencia de valor total, si pensamos que “*in*” representa la negación, entonces, al decir *inválido* estamos afirmando *sin valor* y el término “*minusválido*” sugiere *de menos valor*. El término inglés “*disability*” es definido en el diccionario jurídico como el estado de no ser totalmente capaz de realizar todas las funciones, ya sean físicas o mentales²². Otras expresiones usadas son “*impedidos*”, “*anormales*”, “*subnormales*”, “*inadaptados*”, “*deficientes*”, “*con capacidad diferente*” y últimamente, lo que es respetuoso a su dignidad: “*personas con discapacidades*”. Llama la atención que la Constitución de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur les llama “*personas excepcionales*”.

Un cambio significativo, sucedió cuando en 2001, la Organización Mundial de la Salud aprobó la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud, “*ello significó la formulación de la discapacidad desde la óptica de la existencia de salud y funcionamiento y no desde la perspectiva de la enfermedad y el malfuncionamiento*”²³. Ya lo de-

²⁰ AUSTIN, J., *Cómo hacer cosas con palabras*, Barcelona, Ed. Paidós, 1982, http://cvc.cervantes.es/ensenanza/biblioteca_ele/diccio_ele/diccionario/actodehabla.htm (01-02-2013).

²¹ *Ibidem*, <http://lema.rae.es/drae/?val=dis> (01-02-2013).

²² GIFIS, STEVEN, *Law Dictionary*, 6ª ed., Barron's Legal Guides, EE.UU., 2010, p. 158.

²³ GUASCH MURILLO, DANIEL, *Guía de Responsabilidad Social Universitaria y Discapacidad: RSU-D*, Ed. La Cátedra de Accesibilidad de la Universidad Politécnica de Cataluña-Barcelo-

cía Werner Goldschmidt “[l]as palabras son, pues semejantes a las pistolas cargadas: armas útiles pero cuyo manejo implica serios peligros de dañar involuntariamente a otros, inclusive a uno mismo”²⁴. En consonancia, la **Convención de Derechos sobre las Personas con Discapacidades**²⁵ reconoce que “la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano”²⁶.

Esther A. Lobatón²⁷ reflexiona en que “discapacidad es toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma dentro del margen que se considera normal para un ser humano”. Entiende que “es una consecuencia de una relación entre el mundo circundante y la persona, ya que por lesión o enfermedad o cual-

naTech. Diciembre 2012, p. 24. www.catac.upc.edu (01-02-2013). Sobre la consideración de la discapacidad como enfermedad se asentó el modelo médico como paradigma, luego de que se reformara la lista de enfermedades se cerró la puerta al modelo médico para ver a la discapacidad desde el modelo social. El **Informe sobre la Infancia de 2013 de UNICEF** explica, por otro lado, que esta clasificación “trata la discapacidad de dos modos fundamentales: a) como una cuestión de la estructura y las funciones del cuerpo, y b) en términos de participación y actividad de la persona. La discapacidad, como la define la CIF, forma parte de la existencia humana. La definición de la CIF normaliza de manera efectiva la discapacidad, al desviar la atención de la causa al efecto y admitir que todas las personas pueden sufrir algún tipo de discapacidad. La definición de la CIF también reconoce que el funcionamiento y la discapacidad se dan en un contexto, y que por lo tanto lo coherente es calcular no sólo los factores corporales sino los sociales y medioambientales”.

²⁴ GOLDSCHMIDT, W., *Introducción al Derecho. La Teoría Trialista del Mundo Jurídico y sus horizontes*, Depalma, Bs. As., 1967, p.3.

²⁵ **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades**, texto aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13-12-2006, A/RES/61/106, que entró en vigor el 03-05-2008 y fue aprobado por el Congreso Nacional de la República Argentina por Ley N° 26.378 de fecha 21-05-2008, texto accedido desde el link: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> (01-02-2013).

²⁶ Vale señalar que al momento de aprobar por Ley N° 25.280 (sancionada 06-07-2000, promulgada 31-07-2000) la **Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad**, en el art. 2 se define 2. “a) El término ‘discriminación’ contra las ‘personas con discapacidad’ significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales. b) No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación” cfr. http://www.conadis.gov.ar/doc_publicar/legales/ley25280.pdf (01-02-2013).

²⁷ LOBATÓN, ESTHER A., *Discapacidad. Derechos y Deberes*, Centro Norte, Buenos Aires, 1995, p. 20.

quier otra causa, una persona tropieza con una dificultad superior a lo normal para desarrollarse en la vida”.

La Convención de Derechos sobre las Personas con Discapacidades²⁸ dice que *“la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.*

En la Antigüedad fueron aplicadas con gran crueldad las *Leyes de Licurgo* a las personas con discapacidades, legislando en ellas la procreación eugenésica consistente en ordenar el abandono definitivo de estas personas a la intemperie, o ser arrojadas al vacío desde el Monte Taigeto para que mueran como sea y donde sea.

La IV Tabla de la Ley de las XII Tablas, en el año 451 a.C., *“obligaba al pater a matar a sus hijos deformes”*²⁹. Cicerón narraba que eran abandonadas para siempre en determinadas islas o empleados como bufones para hacer reír y divertir a las Cortes.

En la Edad Media, algunos padres biológicos acostumbraban lisiar a sus hijos, quebrándoles sus miembros o quemando sus ojos, para usarlos en la mendicidad. Actualmente esta práctica se lleva a cabo en países muy importantes como la India.

Jesús dio testimonio de su preocupación y atención hacia los más débiles y sufrientes. Madre Teresa de Calcuta y Don Orione, entre muchísimos otros, vivieron y continuaron su ejemplo en sus respectivas obras.

Se avanza de una idea de objeto de caridad y sujeto pasivo de la seguridad social hacia una persona con dignidad y derechos humanos, se rechaza la idea de que la razón por la que no participen sea su discapacidad, al contrario se tiende a *“eliminar las barreras creadas por la sociedad que impiden que las personas con discapacidad disfruten de sus derechos humanos al igual que los demás”*³⁰. Hoy se procura asistirlo, protegerlo, incluirlo en los beneficios de la civilización y la cultura, promoviendo su rehabilitación, derribando barreras, con comprensión y amor³¹. Corvalán analiza su

²⁸ **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades**, texto aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13-12-2006, A/RES/61/106, que entró en vigor el 12-05-2008 y fue aprobado por el Congreso Nacional de la República Argentina por Ley N° 26.378 de fecha 21-05-2008, texto accedido desde el link: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> (01-02-2013).

²⁹ ROLFO, MARÍA LUISA, *Derecho Romano I*, El Copista, Córdoba, 2001, p. 61.

³⁰ UNICEF - Victor Pineda Foundation, *Se trata de la capacidad. Guía de aprendizaje acerca de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, EE.UU., 2009, p.5. http://www.unicef.org/spanish/publications/files/Its_About_Ability_Learning_Guide_SP.pdf.

³¹ Entre otros antecedentes se cita: * Convenio sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 159); * la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (AG.26/2856, del 20 de diciembre

revalorización, consistente en *“la estimulación de los grandes valores que han quedado en ellos para proyectarlos hacia su total autonomía, a su total integración económica, cultural, personal, etc., con la sociedad, de la que son parte, con iguales obligaciones y derechos. Etapa que los lleve a sentirse artífices de su propia inserción y rehabilitación en la comunidad”*³².

La Convención de ONU expresa que *“las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*.

Son personas que tienen desventajas en la sociedad, un grupo vulnerable el que no pocas veces recibe atención y muchas otras con una fuerte discriminación, por lo que se hace insoslayable su protección legal, con respeto y amor, acorde su condición y dignidad humana³³. Promover la igualdad y eliminar la discriminación implica de acuerdo a la Convención, realizar *ajustes razonables*³⁴, es decir las *“modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieren en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad, el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”* (art. 2 de la Convención).

de 1971); * la Declaración de los Derechos de los Impedidos de las Naciones Unidas (Resolución N° 3447 del 9 de diciembre de 1975); * el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 37/52, del 3 de diciembre de 1982); * el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (1988); * los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (AG.46/119, del 17 de diciembre de 1991); * la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud; * la Resolución sobre la Situación de las Personas con Discapacidad en el Continente Americano (AG/RES. 1249 [XXIII-O/93]); * las Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (AG.48/96, del 20 de diciembre de 1993); * la Declaración de Managua, de diciembre de 1993; * la Declaración de Viena y Programa de Acción aprobados por la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (157/93); * la Resolución sobre la Situación de los Discapacitados en el Continente Americano (AG/RES. 1356 [XXV-O/95]); * y el Compromiso de Panamá con las Personas con Discapacidad en el Continente Americano (resolución AG/RES. 1369 (XXVI-O/96), entre muchas otras.

³² CORVALÁN, ALBERTO HUGO, “Excepcionales. Educación Física Adaptada” en *I Congreso Internacional de Ciencias del Deporte*, Compañía Impresora Argentina, T. III, Buenos Aires, 1981, p. 435.

³³ ROBLEDO, FEDERICO J., “Hacia una mejor tutela constitucional de los discapacitados” en *Cuaderno de Federalismo*, Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss. de Córdoba, XIX, Editorial Advocatus, Córdoba, 2006, p. 104 y ss.

³⁴ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades, art. 5.

Subyace en la Convención la promoción del paradigma del “*modelo social de la discapacidad*”, a través del cual se pone el énfasis en transformar los factores sociales, “*el modo en que está diseñada la sociedad la que los deja afuera y ‘discapacita’*”, pues “*existe una relación íntima entre el grado de inclusión social y de aceptación de la diferencia, y la potencialidad y la capacidad de aporte de las personas con discapacidad*”³⁵.

Al igual que la Convención sobre los Derechos del Niño, esta convención requiere un enfoque *transversal* de sus normas. Es decir, las normas atraviesan al derecho, a todo, no se circunscriben a una porción del mundo jurídico, pues impacta en toda la realidad.

IV. Hacia la protección integral de las Niñas, Niños y Adolescentes con discapacidades

La Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad consagra en el art. 7 los Derechos de los Niños con Discapacidad: “*Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho*”. Nótese que no utiliza expresión alguna como “en la medida de lo posible” o “teniendo en cuenta los recursos financieros”³⁶; así como también, que Argentina no formuló reserva al respecto.

A. Minoría y Grupo Vulnerable

Podría considerarse como “*la minoría más numerosa del mundo*”³⁷, si se toma en consideración que se estima que hay entre 500 y 650 millones

³⁵ FIAMBERTI, HUGO, “Los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Argentina” en *La Situación de las Personas con Discapacidad y el Acceso a la Salud: Un estudio de caso*. Partido de San Martín, Provincia de Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Sociales, Noviembre de 2012, p. 20 en <http://www.conadis.gov.ar/> (01-02-2013).

³⁶ PARE, MONA, “La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Protección Internacional de los Derechos de los Niños Discapacitados: Éxitos y Desafíos” en AA.VV. *Derechos del Niño*, Ed. Eudeba y Facultad de Derecho UBA, Bs. As., 2012, p. 246.

³⁷ AA.VV. *De la exclusión a la igualdad. Hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Manual para parlamentarios sobre la Convención sobre los derechos de las*

de personas con discapacidad en el mundo, aproximadamente el 10% de la población mundial, y 150 millones de ellos son niños, también se especula que 93 millones de niños con discapacidad tienen menos de 14 años³⁸.

La Organización Mundial de la Salud dio a conocer el pasado 12-07-2012 que *“los niños con discapacidad sufren actos de violencia con una frecuencia casi cuatro veces mayor que los que no tienen discapacidad [... y se estima] que los niños con discapacidad son víctimas de alguna forma de violencia con una frecuencia 3,7 veces mayor que los no discapacitados; víctimas de violencia física con una frecuencia 3,6 veces mayor; y víctimas de violencia sexual con una frecuencia 2,9 veces mayor. Los niños cuya discapacidad se acompaña de enfermedad mental o menoscabo intelectual son los más vulnerables, pues sufren violencia sexual con una frecuencia 4,6 veces mayor que sus homólogos sin discapacidad”*³⁹.

La **Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidades** reconoce que *“las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación”* (art. 6). En este sentido, UNICEF en el **Informe de la Infancia de 2013** explica que las *“niñas y las mujeres jóvenes discapacitadas sufren de una “doble discapacidad” no solo por los prejuicios y las desigualdades de que son víctimas muchas personas en sus mismas circunstancias, sino también por las limitaciones y las funciones asignadas tradicionalmente a cada género. Las niñas con discapacidad también tienen menos probabilidades de asistir a la escuela, recibir formación profesional y encontrar empleo que los niños con discapacidad y las niñas sin discapacidad”*⁴⁰.

personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo, Naciones Unidas —Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos— y la Unión Interparlamentaria, HR /PUB/07/6, N°14, Ginebra, 2007, p. III, accedido desde: <http://www.un.org/spanish/disabilities/documents/toolaction/handbookspanish.pdf> (01-02-2013).

³⁸ Al margen de las dificultades para medir los números, puesto que de Estado a Estado varían las formas de medir la sociedad, e incluso no todas las naciones que recolectan datos distinguen a los niños y niñas entre las variables. A pesar de ello, intuimos que se trata de una cifra muy significativa. En el **Informe Mundial de la Infancia 2013** se explica que *“Las estimaciones de la prevalencia de niños con discapacidad varían considerablemente según la definición y la medida de discapacidad”*.

³⁹ http://www.who.int/mediacentre/news/notes/2012/child_disabilities_violence_20120712/es/UNICEF, Estado Mundial de la Infancia 2013, EE.UU., 2013, p. 44, http://www.unicef.org/argentina/spanish/SOWC_INFORME_2013.pdf (01-02-2013).

⁴⁰ UNICEF, Estado Mundial de la Infancia 2013, ob. cit., pp. 1-2. Asimismo, el **Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer**, en su Recomendación General N°18 (10° período de sesiones, 1991), refiriéndose a las mujeres con discapacidades, señaló que se tratan de un “grupo vulnerable” —como también se expresó en el párrafo 296 de las *Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer*—; así también en su Recomendación General N° 24 (20° período de sesiones, 1999), refiriéndose a mujer y su salud, expresó que *“debe prestarse especial atención a las necesidades y los derechos en mate-*

La UNESCO en el *Informe “Llegar a los Marginados”* expresa que *“los niños discapacitados sufren las consecuencias de comportamientos sociales que los estigmatizan, restringiendo sus oportunidades de educación y rebajando su autoestima. Esas actitudes se refuerzan con frecuencia por la falta de atención de que son objeto en las mismas aulas de clase, la inadecuación del acceso físico a los edificios e instalaciones escolares, la escasez de docentes formados y la limitada asistencia didáctica”*⁴¹.

Las niñas, niños y adolescentes con discapacidades tienen dignidad, son personas, sujetos de derechos y deberes y por tanto merecen una mayor protección constitucional. En nuestra Constitución originaria e histórica 1853/60, no fueron receptados específicamente los derechos de las personas con capacidades especiales, menos aún de los niños y niñas en tales situaciones. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su carácter de último intérprete de la Constitución Nacional los entendió comprendidos en la cláusula de los derechos implícitos prevista en su art. 33.

La inclusión primera de las personas, niños y niñas con capacidades diferentes, fue receptada en la más importante y completa reforma de nuestra Carta Magna, en su art. 75, inc. 23: *“Corresponde al Congreso: [...] 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 derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”*⁴². El Convencional Constituyen-

ria de salud de las mujeres pertenecientes a grupos vulnerables y desfavorecidos como los de las emigrantes, las refugiadas y las desplazadas internas, las niñas y las ancianas, las mujeres que trabajan en la prostitución, las mujeres autóctonas y las mujeres con discapacidad física o mental” y agrega en el párrafo 25 *“Con frecuencia, las mujeres con discapacidad de todas las edades tienen dificultades para tener acceso físico a los servicios de salud. Las mujeres con deficiencias mentales son especialmente vulnerables, y en general se conoce poco la amplia gama de riesgos que corre desproporcionadamente la salud mental de las mujeres por efecto de la discriminación por motivo de género, la violencia, la pobreza, los conflictos armados, los desplazamientos y otras formas de privaciones sociales. Los Estados Partes deberían adoptar las medidas apropiadas para garantizar que los servicios de salud atiendan las necesidades de las mujeres con discapacidades y respeten su dignidad y sus derechos humanos”*. Cfr. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm> (01-02-2013).

⁴¹ UNESCO, *Informe de Seguimiento de la Educación para Todos (ETP) en el Mundo “Llegar a los Marginados”, Informe Regional para América Latina y el Caribe*, ed. UNESCO, Francia, 2010, accedido desde <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001865/186524S.pdf> (01-02-2013); en este mismo sentido, NÚÑEZ LÓPEZ, MARTA, “La Convención de la ONU sobre las Personas con Discapacidad y su repercusión en el ámbito educativo. Una breve aproximación a sus consecuencias en el derecho español y gallego” en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña - Revista Jurídica Interdisciplinas Internacional*, N° 13, Universidad Da Coruña, 2009, p. 477.

⁴² Según entiende Aída Kemelmajer de Carlucci la enumeración de los sujetos mencionados no es taxativa cfr. “Medidas de acción positiva” en DANIEL SABSAY (Dir.) y PABLO L. MANILI

te integraba por fin, el principio de “igualdad formal”, plasmado en el art. 16, con el de “igualdad real”, del nuevo artículo en análisis.

En una primera etapa constitucional (Revolución Francesa con sus recordadas tres reivindicaciones en 1789: “*libertad, igualdad y fraternidad*” y la Independencia Americana), nació un novedoso fenómeno político: el *Estado de Derecho*, cuyos fines democráticos permitían predecir un notable progreso en el reconocimiento de los denominados derechos fundamentales. Se trataba de una concepción liberal, en la que, la mayoría de las declaraciones de derecho, de naturaleza diferentes, precedían a las Constituciones de los Estados, en cuyos textos se incorporaban una lista de derechos, que a su vez se consideraban inherentes al hombre y pre-existentes a la sociedad. Por ello, se entendían carentes de una voluntad constituyente, que les impedían considerarse verdadera norma jurídica. Ello le impedía su reivindicación ante los poderes públicos. Su efectividad quedaba librada al mero arbitrio de los distintos poderes del Estado. En esta etapa nace el principio de “igualdad ante la ley”, o sea, la “igualdad formal”, que comprende: la supresión de todos los privilegios que gozaban unos sobre otros y que los hombres, sin excepciones, quedaban sometidos a la generalidad de la ley. Pero estos presupuestos no permitieron morigerar las gravísimas diferencias y desigualdades en el seno de la sociedad, encaminando a este Estado Liberal hacia una profunda crisis, por su concepción abstencionista.

Será con el surgimiento del denominado *Estado Social de Derecho*, no excluyente del anterior, el que permita volver operativos a los derechos fundamentales existentes, comenzando una verdadera transformación social, la que logra unir a la igualdad formal con la igualdad de oportunidades o material. Así nacen nuevas normas jurídicas aplicables, en un marco de auténtica justicia social. Los Estados comienzan a firmar Tratados Internacionales relacionados con los derechos fundamentales. La infancia y la discapacidad son algunas de las aristas del Estado Social de Derecho.

Resulta necesario recordar, que el denominado *Constitucionalismo Social*, surge en la primera postguerra del Siglo XX y se asienta en la segunda postguerra de la misma época, marcando el camino de los derechos en “*función social*” y de configurar un orden social y económico en que se produzca la remoción de todos los obstáculos, para que el hombre en sociedad y los niños y niñas en particular, accedan real y efectivamente a una igualdad de oportunidades y a un pleno ejercicio de sus libertades y derechos subjetivos.

(Coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Hamurabi, Bs. As., 2010, T. 3, p. 786.

Fueron las dos guerras mundiales, con su testimonio desgarrador de millones de muertos, otro tanto de desaparecidos y mutilados, niños y niñas huérfanos, el medio ambiente contaminado por las bombas, ciudades devastadas —moral y materialmente—, que generaron como respuesta esperanzadora la creación de la Organización de las Naciones Unidas y la Declaración de los Derechos del Hombre. Los sufrientes países comprometidos en este infortunio fueron sus primeros signatarios⁴³.

La inclusión de las “*personas con discapacidad*” fue considerada en los debates constituyentes previos a la Reforma Constitucional de 1994 como un “*hecho revolucionario*” para un “*grupo de la sociedad históricamente olvidado*” y “*vulnerable*”.

Esta tutela constitucional novedosa de protección de los *niños, niñas y personas con discapacidad*, fueron calificadas como “*grupo vulnerable*”, como “*minorías*”, siendo recepcionada en el célebre caso “IZCOVICH” por sentencia de la SCJN (Fallos 328:566).

B. Tutela Judicial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En el horizonte jurisprudencial argentino, son abundantes los fallos relacionados con la protección de la discapacidad de las niñas, niños y adolescentes, fundamentalmente en materia de protección de la salud y calidad de vida⁴⁴.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de la **Acordada 05/2009** —24-02-2009—, ha adherido a las “*Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad*”, realizadas en el marco de la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en el año 2008 en la ciudad de Brasilia, República Federativa de Brasil. En dicha instancia, se acordó la necesidad de elaborar “*Reglas Básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad*”. De esta manera, se procuró desarrollar los principios recogidos en la “*Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano*” (Cancún 2002), más específicamente, los que se incluyen en la parte titulada “*Una justicia que protege a los más débiles*” (apartados 23 a 34).

⁴³ Cfr. ROBLEDO, FEDERICO J., “El Defensor del Pueblo y su Legitimación Procesal” en *Libro Homenaje a los cien años del Congreso de la Nación Argentina*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung y Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Montevideo, Uruguay, 2008, p. 853.

⁴⁴ AVILA PAZ DE ROBLEDO, R. A., *La persona humana frente al proceso judicial del Siglo XXI (tercer milenio)*, Academia del Plata —Sección Córdoba— discurso recipiendario pronunciado el 31-08-2010 en el Salón principal de la Academia Nacional de Ciencias, publicado por Ed. Justicia y Paz, Córdoba (R.A), 2012.

Es así, que en la Sección 2ª, titulada “Beneficiarios de las Reglas”, se define a las **personas en situación de vulnerabilidad** como “aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (el destacado nos pertenece). Asimismo, establece que “[p]odrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: **la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad**”, dependiendo la concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad las características específicas, o incluso de nivel de desarrollo social y económico de cada país.

En la misma sección, se refiere expresamente a los niños, niñas y adolescentes como personas en situación de vulnerabilidad. En el apartado 2, replicando los términos de la Convención de los Derechos del Niño (art. 1), define al *niño, niña y adolescente* como “*toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable*”. A renglón seguido establece que “[t]odo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo” (el destacado nos pertenece).

De todo ello, colegimos que en el diseño del proceso judicial del siglo XXI, las niñas, niños y adolescentes con discapacidades son considerados personas en situación de vulnerabilidad —lo que dificulta el disfrute pleno de sus derechos— y, por tanto, mercedores de una tutela judicial especial.

Observamos protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes con discapacidad desde la óptica de su “tutela judicial” en la jurisprudencia destacada y reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A dichos efectos, identificamos y sistematizamos sus *holdings* o *ratio decidendi*⁴⁵.

Ingresando al tópico *sub examine*, debemos destacar que la mayor parte de la jurisprudencia se vincula con la protección de salud y acceso a las prestaciones del Sistema Nacional Integral de protección a las personas

⁴⁵ Mac Cormick refiere al *holding* como una decisión tomada por un juez con racionalidad considerada suficiente para resolver las cuestiones planteadas por las partes en un caso y que se valora como necesaria para justificar como carácter de norma individual el fallo que resuelve el caso. Citado por FAYT, CARLOS S., *La Corte Suprema y la Evolución de su Jurisprudencia. Leading Cases y Holdings. Casos Transcendentales*, La Ley, Bs. As., 2005, p. 205.

con discapacidad⁴⁶. Asimismo, todos los pronunciamientos reiteran y ratifican el estándar fijado en “*Campodónico de Beviacqua*”⁴⁷, relativo al reconocimiento del derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes como un derecho humano fundamental —protegido por cláusulas específicas por los tratados de derechos humanos— que habilita a reclamar: a) prestaciones y *acciones positivas* del Estado para garantizar mínimos esenciales; b) acceso efectivo a los servicios sanitarios y de rehabilitación; c) conforme el deber de progresividad y prohibición de regresividad (PIDESC).

En esta línea, en “*Monteserín*”⁴⁸, estableció claramente la responsabilidad —interna e internacional— del Estado Nacional, en su carácter de **garante último y rector del sistema de protección de la salud** (fija políticas, lo conduce, articula y coordina los subsectores) de la satisfacción del derecho a la salud de las niñas, niños y adolescentes con discapacidad, aún frente a la inactividad o tutela insatisfactoria de las provincias o demás subsistemas de protección de la salud que resultaren obligados.

Posteriormente, en “*Martín, Sergio Gustavo*”⁴⁹, el Tribunal Supremo, subrayó la obligación del Estado de emprender “**acciones positivas**”, especialmente en todo lo que atañe a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieran los infantes, con particular énfasis en aquellos que presenten impedimentos físicos o mentales cuyo “**interés superior**” debe ser tutelado.

En “*Lifschitz, Graciela Beatriz*”⁵⁰ se refirió específicamente al “**sistema de protección integral de las personas discapacitadas**”, instituido por la ley N° 22.431, cuya tésis consiste en abarcar todos los aspectos relativos a su situación dentro de la sociedad para captarlos y protegerlos mediante un régimen particular de derechos y obligaciones; todo ello, con el fin de conceder a quienes se encontraren en esas condiciones, franquicias y estímulos que le permitan —en lo posible— neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca, como un mandato derivado del principio de “*igualdad real*”. Pone un acento particular, en el acceso a prestaciones educativas especiales.

⁴⁶ A modo ejemplificativo, citamos el caso “*Lifschitz, Graciela B. y otros c. Estado nacional*” fallado por la CSJN, con fecha 15/06/2004 entre muchísimos otros.

⁴⁷ CSJN, *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*. 24/10/2000 - Fallos: 323:3229.

⁴⁸ CSJN, “*Monteserín, Marcelino c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social — Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas— Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad*” (16/10/2001 - Fallos: 324:3569).

⁴⁹ CSJN, “*Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Arg. - Direc. Gral. de Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo*” (08/06/2004 - Fallos: 327:2127).

⁵⁰ CSJN, “*Lifschitz, Graciela Beatriz c/ Estado Nacional*”, (15/06/2004 - Fallos: 327: 2413).

En “*I.C.F.*”⁵¹ y “*Rivero*”⁵² enfatizó el deber de brindar una **tutela judicial efectiva** del derecho a la **protección integral de la discapacidad**. Tesitura ésta que se complementa con el fallo “*Pardo*”⁵³, por el cual redefinió al derecho procesal moderno, en torno al valor eficacia “de la función jurisdiccional”, destacando el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales, cuya protección se requiere.

Finalmente, ponemos de resalto el novedoso pronunciamiento del Alto Cuerpo Judicial en “*Q. C., S. Y.*”⁵⁴, donde reconoció el **derecho de acceso a una vivienda digna** y el deber de protección de sectores especialmente vulnerables como los niños con discapacidad (art. 75 inc. 23 C.N.), máxime cuando se encuentran en situación de desamparo, comprometidos su salud y desarrollo. Asimismo, articulando la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Convención de los Derechos del Niño, reconoció el derecho de los niños con discapacidad a gozar de **un adecuado nivel de vida**, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida.

Esto nos confirma que el *Debido Proceso Legal*, siguiendo a Rosa A. Avila Paz de Robledo, es “*el instrumento de tutela de la dignidad humana*”⁵⁵.

C. Medidas en pos de la protección integral

Nuestro país, en el año 2003, al ratificar el Protocolo Adicional a la Convención Americana de los Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, completó la protección genérica, constitucional y humana, de estas personas vulnerables, con los incisos 1 y 2 del art. 19 del Pacto de San José de Costa Rica —1969—. Habiendo adoptado Argentina un sistema federal de estado (art. 1 C.N.), creó la **Comisión Nacional Asesora para Integración de Personas con Discapacidad** (CONADIS⁵⁶), y en el ámbito del Ministerio de Acción Social de la Nación, el

⁵¹ CSJN, “*I. C. F c/ provincia de Buenos Aires s/amparo*” (Fallos: 331:2135).

⁵² CSJN, “*Rivero, Gladys Elizabeth s/amparo – apelación*” (Fallos: 332:1394).

⁵³ CSJN, “*Pardo, Héctor Paulino y otro c. DiCésare, Luis Alberto y otro s/art. 250 del C.P.C.*”, 06/12/11, LL on line AR/JUR/76491/2011.

⁵⁴ CSJN, “*Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*” – 24/04/2012 – Q. 64. XLVI.

⁵⁵ AVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA A., “Nuevos Horizontes de las cautelares en el Siglo XXI en el Proceso Judicial Civil, con particular referencia a su límite temporal de vigencia” en *Anuario XIII (2011)* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 210.

⁵⁶ <http://www.conadis.gov.ar>.

Consejo Federal de Discapacidad —Ley Nacional N° 24.657— a los fines de la aplicación de la Ley Nacional N° 22.431, con representantes del Estado Nacional, las 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por ser todos ellos sujetos de la relación federal. A ello, añadimos que casi todas las Constituciones provinciales y el Estatuto Organizativo de la C.A.B.A., han instituido cláusulas específicas de protección de las personas en general con capacidades diferentes, anticipándose nuevamente en el proceso general constituyente, al de la reforma constitucional de la Nación Argentina, llevada a cabo en 1994 y a nivel municipal en el 80% de los municipios hay algún Consejo Municipal de Discapacidad. En todas estas modificaciones normativas fundamentales, fueron recepcionados a esos efectos, los Principios de “Solidaridad” y “Subsidiariedad”. A nivel nacional, también se cuenta con un **Observatorio de la Discapacidad** —Decreto de Presidencia de la Nación N° 806/2011— cuyo fin apunta a generar, difundir, actualizar y sistematizar información en materia de discapacidad, como las distintas fuentes, tanto públicas como privadas, y efectuar el seguimiento de la aplicación y cumplimiento en los distintos ámbitos de las cláusulas de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo⁵⁷.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos viene sustentando que el *corpus iures* de derechos humanos se integra armónicamente por el “conjunto de instrumentos internacionales de contenidos y efectos jurídicos variados (llámense convenios, tratados, resoluciones y declaraciones)”. Señala que: “su evolución dinámica ha determinado un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos, bajo sus respectivas jurisdicciones”⁵⁸.

Más específicamente, la Corte Interamericana⁵⁹ remite a la Observación General N° 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño, órgano de las Naciones Unidas y órgano de Expertos creado en virtud del tratado sobre el cual nuestra C.S. ha expresado que es el “intérprete autorizado de la Convención sobre los Derechos del Niño en el Plano Internacional” (Fallos “Maldonado” de 2005 y “G.M.G. s/protección de persona” de 2008)⁶⁰.

⁵⁷ www.conadis.gov.ar/observatorio.html

⁵⁸ Opinión Consultiva OC 16/99: “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco del debido proceso” 01/10/1991, par. 115.

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Atala Riffo y Niñas c/Chile”, 24/02/2012.

⁶⁰ Reflexiónese que la Corte Suprema de Justicia de la Nación considera a los Comités creados en virtud de los Tratados del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas como “los intérpretes autorizados de los tratados en el plano universal”. “Aquino” Fallos, 327:3573; “Vizzoti” Fallos, 327:3677; “Maldonado” Fallos, 328:4343.

Cabe recordar en este punto, que en la Observación General N° 5, este Comité de los Derechos del Niño había señalado como Principios Generales de la Protección Instituida en la Convención sobre los Derechos del Niño, basada en derechos, a los arts. 2 (obligación de no discriminación, especificando como motivo prohibido la discapacidad), 3 (interés superior del niño como consideración primordial en todas las medidas), 6 (derecho a la vida y obligación estatal de garantizar la supervivencia y desarrollo integral).

En términos globales, el **Comité de los Derechos del Niño**⁶¹ se ha referido en su Observación General N° 9 señalando que ningún Estado formuló reservas sobre el art. 23 de la Convención, y advirtiendo a los Estados que *“en sus esfuerzos por impedir y eliminar todas las formas de discriminación contra los niños con discapacidad deben adoptar las siguientes medidas: a) Incluir explícitamente la discapacidad como motivo prohibido de discriminación en las disposiciones constitucionales sobre la no discriminación y/o incluir una prohibición específica de la discriminación por motivos de discapacidad en las leyes o las disposiciones jurídicas especiales contrarias a la discriminación. b) Prever recursos eficaces en caso de violaciones de los derechos de los niños con discapacidad, y garantizar que esos recursos sean fácilmente accesibles a los niños con discapacidad y a sus padres y/o a otras personas que se ocupan del niño. c) Organizar campañas de concienciación y de educación dirigidas al público en general y a grupos concretos de profesionales con el fin de impedir y eliminar la discriminación de hecho de los niños con discapacidad”* (pár. 9). Asimismo, enseña que el principio rector de la Convención con respecto a los niños con discapacidad se encuentra en el art. 23, 1° párrafo *“el disfrute de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad. Las medidas que adopten los Estados Partes en cuanto a la realización de los derechos de los niños con discapacidad deben estar dirigidas a este objetivo. El mensaje principal de este párrafo es que los niños con discapacidad deben ser incluidos en la sociedad. Las medidas adoptadas para la aplicación de los derechos contenidos en la Convención con respecto a los niños con discapacidad, por ejemplo en los ámbitos de la educación y de la salud, deben dirigirse explícitamente a la inclusión máxima de esos niños en la sociedad”* (pár. 11). Avanza señalando cómo instrumentar la recomendación (pár. 14): *“La prestación de atención y asistencia especiales depende de los recursos disponibles y son gratuitos siempre que sea posible.*

⁶¹ CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007. El Comité en su 43° período de sesiones, Ginebra del 11 a 29 de septiembre de 2006, 27 de febrero de 2007 formuló la Observación General N° 9 sobre los niños con discapacidad.

El Comité insta a los Estados Partes a que conviertan en una cuestión de alta prioridad la atención y la asistencia especiales a los niños con discapacidad y a que inviertan el máximo posible de recursos disponibles en la eliminación de la discriminación contra los niños con discapacidad para su máxima inclusión en la sociedad. b) La atención y la asistencia deben estar concebidas para asegurar que los niños con discapacidad tengan acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios de salud, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento". El interés superior del niño es un principio que sirve para la base de legislar, hacer políticas, pero también en el día a día, haciendo los ajustes razonables en las instituciones, normas y prácticas. Es decir, la tarea no se agota con deber de no hacer —no discriminar—, también exige un hacer, en el caso los ajustes razonables de los que habla la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad.

Los niños y niñas con capacidades diferentes, en su tierna maduración y crecimiento⁶² afrontan a menudo en distintos momentos de su vida múltiples discriminaciones, que son generadas en enquistadas exclusiones sociales resultantes del rechazo al diferente, sumado a lamentables prejuicios y muy particularmente a la ignorancia de quienes la llevan a cabo en una sociedad del siglo XXI.

Con este análisis queremos destacar que los malos tratos a estos niños y niñas especiales y excepcionales no tienen origen en la naturaleza intrínseca de su discapacidad. Las humillaciones y afrentas que soportan estos niños, les produce una disminución de su identidad y autoestima, provocándoles en su interior y cotidianeidad un inconmensurable, injusto, inhumano y permanente dolor.

En el ámbito de la educación, la falta de capacitación de muchos docentes para atender a su desarrollo integral, el menguado conocimiento de la naturaleza de capacidades diferentes, estigmas y concepciones superadas del pasado, que hoy aún son practicadas sin mayor profundidad y lo que es más doloroso y fuerte por sus padres y profesionales, constituyó un motivo importantísimo de tratamiento e información preocupante en la O.N.U.⁶³

Se entiende actualmente, que una educación con inclusión en las Escuelas, conduce a recibir a todo niño o niña, con prescindencia de sus condiciones físicas, emocionales, intelectuales, sociales, lingüísticas, adaptándose a atender y satisfacer todas sus necesidades⁶⁴.

⁶² TULA, MARÍA ARSENIA, *et. al. Juventud Hacia un futuro con porvenir*, Buenos Aires, Ed. Dunken, 2012, p. 22.

⁶³ ONU, Informe 2010 sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

⁶⁴ UNESCO, "La Educación inclusiva: el camino hacia el futuro", Conferencia Internacional de Educación, 2008.

También, debemos tener en cuenta en la relación de protección constitucional e integral de los niños y niñas con discapacidades, que deben interpretarse sus derechos, vinculando el interés superior del niño, art. 3 de Convención sobre los Derechos del Niño, con el art. 7 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El art. 23 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, interpretado por el Comité de los Derechos del Niño en las Observaciones Generales N° 9 y 12 —respectivamente—, ha de complementarse con los arts. 2 y 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. “*Los derechos de los niños con discapacidad* —sostiene UNICEF— *son los mismos que los de todos los niños*”⁶⁵. Por ello, debe completarse y armonizar en su integración protectora, con otros tratados con contenido y disposiciones sobre derechos de niños y niñas en general, pues forman parte de un cuerpo jurídico internacional más amplio con iguales fines, que junto al derecho interno de nuestro Estado, conforman el bloque de constitucionalidad federal.

Argentina ha reconocido ambos derechos —derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y de personas con discapacidad— y, en este sentido, ha ratificado Convenciones Internacionales, y de la integración de normas podría formularse una propuesta que contemple esta realidad. Estas normas se integran en un plexo tuitivo de las niñas, niños y adolescentes con discapacidad con las Leyes N° 24.431 y 24.901 que estatuyen el “*Sistema de protección integral de personas con discapacidad*”, en el que se enuncia un listado abierto de prestaciones de orden público que tuitivas de la salud, entendida ésta como un derecho nodal e interdependiente con otros derechos (educación, vivienda, alimentación, transporte, etc.) condicionante y condicionado de la calidad de vida.

En 2012, Argentina fue evaluada por el *Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* en razón de haber ratificado el tratado y que este entró en vigor. En este sentido, Argentina presentó un informe inicial sobre el cumplimiento de la Convención⁶⁶. Así es que entre las

⁶⁵ PINEDA, VÍCTOR SANTIAGO, *Se trata de la Capacidad. Una explicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* [el más joven delegado gubernamental del Comité Especial que tuvo a su cargo la redacción del borrador de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad] UNICEF, 2008, p. 17, disponible en http://www.unicef.org/spanish/publications/files/Se_trata_de_la_capacidad_053008.pdf (01-02-2012).

⁶⁶ Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas, Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales —Presidencia de la Nación de la República Argentina—, octubre de 2010, CRPD/C/ARG/1. Vale decir que el informe tuvo por objetivos: a) Llevar a cabo un examen exhaustivo de las políticas y prácticas Públicas, b) Verificar los progresos logrados en el disfrute de los derechos establecidos, c) Determinar los problemas y deficiencias que hubiera en la aplicación de la Convención, d) Servirse del Informe para adecuar las políticas en pos del cumplimiento del Tratado.

Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina⁶⁷, fue expresado: “15. *El Comité observa con preocupación que la Ley N° 26.061 sobre la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes no figuren disposiciones específicas sobre los niños y niñas con discapacidad. Asimismo, expresa su preocupación ante la falta de información sobre la situación de los niños y niñas con discapacidad en el Estado parte.* 16. **El Comité recomienda al Estado parte que, con carácter prioritario, incorpore la perspectiva de discapacidad en la Ley N° 26.061 y en el sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. El Comité insta al Estado parte a que invierta la mayor cantidad posible de los recursos disponibles para acabar con la discriminación contra los niños y niñas con discapacidad y que garantice su incorporación a los planes de seguro de salud y a los servicios y prestaciones a los que tienen derecho, como pensiones y vivienda”.**

Valoramos muy positivamente que Argentina haya sido observada por un Comité externo, por cuanto convalida lo bueno, sugiere medidas claras en un tema tan puntual como es la protección integral de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad.

V. Reflexiones

Hacia una protección integral y constitucional de las Niñas, Niños y Adolescentes con discapacidad requiere en nuestro Estado de Derecho Argentino: **1)** una interpretación integral, sistemática y pro niño/a del bloque de constitucionalidad federal, en el cual nuestra Carta Magna lo nomina como un grupo vulnerable que requiere una especial protección. **2)** Dos Convenciones Internacionales puntualizan sus derechos, como niños y niñas con discapacidad, reconociéndoles su dignidad como personas y sujetos de derechos; sin embargo, no se circunscriben sólo a estas dos normas sino que se integran con un *corpus iuris de los derechos humanos*. **3)** Afirmamos que su primer derecho fundamental es el derecho a ser amados y a amar. Ello se traduce no sólo en una obligación de *no discriminar*, al contrario, el desafío de hoy es aprender a “*pensar y vivir la igualdad sin negar la diferencia*”⁶⁸, en el encuentro del otro, cumpliendo el deber de tratarse fraternalmente como señala la Declaración Universal de los Derechos Humanos. **4)** Escucharlos también al momento de legis-

⁶⁷ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad “Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012)”, CRPD/C/ARG/CO/1.

⁶⁸ SUPIOT, ALAIN, *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Ed. Siglo XXI, Bs. As., 2012, p. 13.

lar, decretar, reglamentar, juzgar, sentenciar, revisar, compartir, aprender. Porque a través de la palabra también nos hacemos personas, construimos comunidad. **5)** Cambian los paradigmas. **6)** “...*garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente*” de sus derechos como reza la Ley de Protección Integral de los Niños y Adolescentes N° 26.061 “*los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño*”. **7)** Debe brindársele una tutela judicial efectiva y diferenciada que garantice respuestas expeditas, y que atienda a su vulnerabilidad. **8)** La inclusión, el acceso y la participación requieren de ajustes razonables, reglamentación de sus derechos, derribando las barreras, sobre todo sociales, promoviendo acciones positivas concretas. **9)** La falta de información sobre sus derechos, su cumplimiento y sus necesidades, no ayuda. Es necesario que sea incluido en los censos y registro de datos, darles mayor visibilidad. **10)** Se requiere generar y tomar conciencia de la protección integral que tienen por mandato de la Constitución Nacional.



DERECHOS HUMANOS Y PUNITIVISMO EN LA ARGENTINA ACTUAL[†]

*Andrés Rossetti**

Resumen: El artículo se propone reflexionar sobre lo que llama la “mentalidad” punitivista existente en Argentina. Para ello usa cuatro ejemplos de temas polémicos con características bien diferentes, que demuestran, según el autor, dicha mentalidad. La conclusión apunta a remarcar que el punitivismo es contrario al texto constitucional argentino y a la razón de ser de los derechos humanos, por lo que propone repensar alternativas en el campo del derecho penal a estas prácticas contrarias a la norma suprema.

Palabras claves: Derecho penal – Punitivismo – Violencia – Derechos Humanos – Constitución.

1. Introducción

El tema del punitivismo, o mejor dicho de la “mentalidad punitivista” en Argentina, se trabaja desde la criminología, la sociología, el derecho penal y muchas otras ramas del saber. En este escrito deseo plantear algunas cuestiones problemáticas al respecto —aún con mi limitado conocimiento de dichas disciplinas— y fundamentalmente reflexionar sobre las posibilidades de cambio en relación con esta “mentalidad” que me animaría de calificar como generalizada, no sólo en el ámbito de las personas vinculadas con lo jurídico, sino también las no especializadas en el área, los periodistas, etc.². Creo, además, que es de mucha importancia detener-

[†] Recibido el 18/06/2013, Aprobado el 04/09/2013.

¹ El presente trabajo fue presentado en el “III Congreso de Derechos Fundamentales y Derecho Penal” organizado en Córdoba por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Inecip) el día 10 de octubre del 2012. Agradezco a Laura J. Sanchez, quien leyó una versión previa de este escrito y me formuló interesantes comentarios que me han servido para mejorar el texto, más allá que la responsabilidad exclusiva de lo aquí dicho es solo mía.

* Abogado (UNC). *Doctor en Derechos Humanos* en la Universidad de Palermo, Italia (2007). Actualmente es *Profesor Titular en Derecho Constitucional*, *Profesor Adjunto en Derecho Procesal Constitucional* en la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la UNC e Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la UNC. Correo electrónico: andresarg@hotmail.com.

² Ver PASTOR, DANIEL R., “*La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*”. Nueva Doctrina Penal, Edit. del Puerto, Tº 2005/A, Buenos Aires, mayo 2005, p. 73 y ss. (publicado también en Roberto Gargarella, coordinador, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II *Derechos*, Capítulo XLIII, páginas

se a pensar sobre este tema porque justamente se está debatiendo en este momento la modificación de la máxima norma penal infraconstitucional en nuestro país, o sea el Código Penal³, y es determinante que se tenga presente lo que al respecto plantea el derecho constitucional.

2. Violencia y punitivismo en Argentina

Desde hace ya mucho tiempo vivimos momentos complicados en Argentina y el llamado “punitivismo”⁴ —el discurso que sostiene más

1162 y siguientes, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2008) y LAURA CASOLA - NATALIA MONASTEROLO, *Violencia institucional. La construcción objetivo-subjetiva de un nuevo concepto a través de las instancias de prevención, corrección y ejecución penitenciaria*, Nuevo Enfoque, Córdoba 2012. Ver también ROBERTO GARGARELLA, *De la injusticia penal a la justicia social* (Siglo del Hombre Editores, Bogotá 2008) y ROBERTO GARGARELLA (coordinador), *El castigo penal en sociedades desiguales* (Ciepp, Buenos Aires 2012).

³ Cuando se anunció la creación de una Comisión para estudiar una reforma integral del Código Penal en el año 2012, se podía, en base a lo que se manifestaba en los diarios argentinos, abrir una luz de esperanza en este aspecto. Por ejemplo, con la creación de esta Comisión para la reforma del Código Penal se escucharon manifestaciones como las que siguen, desde un arco amplio de posiciones, que permiten ser cautamente optimistas, a saber:

Leon Arslanián (PJ): *“La cárcel hoy no cumple su objetivo, no resocializa, ni sirven juicios de veinte años. Pero tampoco es que somos abolicionistas, creemos en la necesidad y la diversidad de la pena, pero no sólo es pena la que prohíbe la libertad, hay otro tipo de sanciones”*.

Ricardo Gil Lavedra (UCR) *“...son cuestiones transversales que tienen que ver con el interés de todos de tener la mejor legislación posible, de que se castiguen los delitos jurídicos de acuerdo con su gravedad y no como ocurre ahora, que puede estar más protegida la propiedad que la vida”*.

Federico Pinedo (PRO) *“Hay una necesidad evidente de reformar las normas penales y hay muchos temas muy importantes que es necesario discutir”,* dijo. Citó como ejemplos *“la adecuación de la legislación penal a los tratados internacionales de derechos humanos y a la doctrina de derechos humanos, la coordinación de la legislación penal de nuestro país con la de los países vecinos para los delitos transnacionales, un régimen penal de menores, la posibilidad de que haya distintos tipos de penas como trabajos comunitarios o multas según el tipo de delito, y otro tema importante es la disponibilidad de la acción de los fiscales, es decir que puedan desistir de perseguir delitos menores y privilegiar la investigación de delitos más relevantes para la sociedad”*.

María Elena Barbagelata (FAP) *“Seguramente habrá que suprimir aspectos que ya no se conciben con la realidad social de 1921, analizar la proporcionalidad de las penas, la escala penal, avanzar sobre los ámbitos de culpa y no sólo el dolo para dejarlo más claro en la aplicación de la responsabilidad penal”*.

Estos comentarios fueron publicados en la edición del diario *Página 12*, del día 9 de mayo de 2012.

⁴ *“Efectivamente, el punitivismo puede ser entendido como el paradigma conforme al cual la función punitiva debe configurarse como un instrumento “de mano dura” a efectos de llevar a cabo una “lucha frontal” contra el “flagelo de la criminalidad”, exigiéndose el recurso a la misma frente a toda situación indeseable o incómoda así como solicitándose el recrudecimiento de las sanciones ya existentes en la legislación penal. Pero además, el punitivismo está referido al recurso preferente a la intervención punitiva ante cualquier clase de conflicto que pueda suscitarse en la vida social, de modo que se entiende al Derecho penal como una herramienta a la cual debe acudir en primer término, esto es, que se le entiende como opción primaria o*

mano dura, que exige penas más altas y mucha cárcel, etc.— siempre ha estado presente pero hoy se visualiza claramente en forma cotidiana en la realidad para muchos de quienes habitan este suelo, donde la pobreza y la indigencia son de por sí una realidad concreta diaria para una enorme masa de la población. Esto ya comporta, por sí misma, una forma de “pena” o “castigo” enorme (e injusto) que no parece ser tenido en cuenta muchas veces por los operadores jurídicos, en particular en el campo del derecho penal. Digo esto con independencia de los esfuerzos coyunturales que se puedan estar —y quizás tibiamente se están— haciendo desde la política y la judicatura para intentar mejorar, en algún sentido, los índices de pobreza e indigencia, que, insisto, comportan formas de castigo, sanción y punición cotidiana a quienes la viven, máxime en un contexto como el argentino en el que otros pocos viven en la abundancia, generando índices de desigualdad (estructural) de los más altos entre las naciones del planeta. Estos índices de desigualdad, a más de inmorales e indignos, son inconstitucionales, y no sólo denotan una actitud “punitiva”, en sentido amplio del término, para quienes se encuentran peor y que ven privados sus derechos humanos básicos diariamente, sino que la refuerzan y potencian por tratarse —la pobreza— de un aspecto que podría tranquilamente ser superado si así se lo propusiesen los que tienen la capacidad de tomar decisiones para revertirla, pero no lo hacen. Por cierto, se da también la selectividad en relación con el derecho penal, ya que, como acertadamente suele afirmarse, *“a las cárceles llegan solamente, o casi, personas de clase baja”*⁵.

La principal duda aquí se concentra en lo que puede hacer “el derecho” —o mejor dicho que puede hacerse “desde” o con la ayuda del derecho, ya que éste, como es sabido, no deja de ser un instrumento o herramienta que es usada por los distintos actores relacionados con el mismo (y que es, en algún sentido, “funcional” a la situación descripta *supra*, en base al carácter ambivalente que tiene)— no sólo para evitar las fuertes situaciones de desigualdad que tantos derechos constitucionales y humanos vulneran, sino para revertir la mentalidad punitivista (ya en un sentido más puntual y sobre la que me concentro a continuación), que, en mi opinión, no ayuda a mejorar la calidad de vida de los habitantes de nuestro país.

prima ratio”, en *Racionalización de la intervención penal vs. punitivismo*. De Livorno a Guantánamo, de Alejandro J. Rodríguez Morales, http://www.defensesociale.org/xvcongreso/pdf/cfp/13_Racionalizacion_de_la_intervencion_penal_vs._punitivismo._De_Livorno_a_Guantanamo_Rodriguez_Morales.pdf visitada 10/10/12.

⁵ Ver LUCAS CRISAFULLI, *¿Qué hacer con los detenidos?* en *La Voz del Interior* del 17 de septiembre de 2012. Ver también LOÏC WACQUANT, *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social* (Gedisa, Barcelona 2013. Traducción de su texto en inglés del 2009 de Margarita Polo).

Es decir, plantearse y cuestionarse que se hace “desde” el derecho, principalmente por parte de los “operadores” jurídicos que son los principales actores que lo “actúan”.

Con el fin de “confirmar” lo dicho, presentaré cuatro temas puntuales —variados entre sí y con características bien diversas elegidos justamente por su planteo disímil en lo ideológico— vinculados con lo que podría llamarse “práctica (o mentalidad) punitivista” que existe en el campo jurídico en el contexto “argentino”. Mi objetivo es que estos cuatro temas lleven primero a reflexionar sobre cada uno y, asimismo, a pensar sus eventuales alternativas y las diferentes conductas y estrategias a seguir, a más que a su vez quien lea esto, en tanto y en cuanto probable “operador jurídico”, pueda justamente recibir un aporte, muy poco quizás, de mi parte a la discusión —fundamentalmente política y de poder, pero con ribetes jurídicos— que permita relacionar la cuestión con las normas constitucionales y de derechos humanos y plantearnos si lo que se vive es algo que es acorde con ellas y se está haciendo “correctamente”.

Parto de la idea que “el punitivismo” (la mentalidad punitivista y sus efectos concretos) contribuye a aumentar la ya muy alta “violencia” que tenemos en nuestra sociedad. En efecto, en otro texto escribí⁶: *“Vivimos en un mundo violento y en una sociedad, la argentina, claramente violenta. Creo que no es necesario fundar lo dicho ya que ella puede visualizarse por todas partes: en la televisión, en la calle, en el poder, en las instituciones, en las relaciones humanas y sociales y en tantos otros lugares y circunstancias... En efecto, existen muchas formas de violencia como por ejemplo la física, la psicológica, la sexual, la económica y patrimonial, o la simbólica y sabemos también que las modalidades en que ellas se ejercitan son variadas, entre las que están el ámbito doméstico, el laboral o, sobre la que trata este texto, el institucional. La violencia institucional es aquella que es ejercida por las mismas instituciones, fundamentalmente el Estado o, más propiamente, es todo uso arbitrario o ilegítimo de la fuerza ejercido o permitido por las reparticiones del Estado. La gravedad de este accionar no requiere mayores comentarios, ya que se trata de la institución que debe hacer respetar el cumplimiento de los derechos humanos de todas las personas y, por tanto esta conducta redobla su responsabilidad, que recae en última instancia indirectamente en las personas que ejercen los cargos y que toman las decisiones que generan la violencia. Es por esto, entonces, que la violencia institucional tiene ribetes especiales que la vuelven una de las más problemáticas, dentro de los distintos tipos de violencia. Y por eso, parece tan importante*

⁶ Prólogo al libro de CASOLA - MONASTEROLO, ob. cit. página 15/6. Los puntos a) y b) que siguen a continuación están también inspirados en lo que digo en esta obra.

detenerse a estudiarla y a pensar las formas, los mecanismos, los recursos y las estrategias para amenguarla, superarla o, directamente, y de ser posible, erradicarla plenamente” y sigo pensando lo mismo. Por eso creo que es urgente reflexionar sobre el tema y buscar soluciones diferentes a las que actualmente se están utilizando.

Los cuatro puntos sobre los que quiero detenerme a reflexionar, en modo meramente ejemplificativo ya que se podrían tomar tantos más como la reincidencia y su conflicto con el principio de “*non bis in idem*”, las muchísimas detenciones arbitrarias que se producen usando figuras como el “merodeo” reguladas en Códigos de Faltas (provinciales) con notables problemas de inconstitucionalidad, etc., son: a) La situación en las cárceles; b) El uso (y abuso) de la prisión preventiva; c) La Resolución de la Universidad de Buenos Aires con respecto a la solicitud de estudiar en ella de parte de “represores”; y, por último, d) El funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos a través de un caso polémico, el caso Gelman contra Uruguay, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2011⁷. Los cuatro puntos se vinculan estrechamente con la “idea punitivista” que critico, aunque, como ya advertí, las posiciones y los enfoques —y por cierto los acuerdos— serán seguramente diversos según cada uno de ellos.

a) La situación en las cárceles

En primer término advierto que no es mi intención, en este lugar, discutir la necesidad de abolición completa de las cárceles como lugar en el que se debe cumplir con las puniciones fijadas de acuerdo a las normas estatales, tema por demás interesante y necesario de debatir, pero ellas —en el contexto normativo y no normativo actual— gozan de argumentos en su defensa. De todos modos, las cárceles en Argentina (a nivel federal y en las distintas provincias) no cumplen su función declarada y en ellas se violan, casi sistemáticamente, los derechos humanos de los detenidos, lo que es lamentable y, además, claramente violatorio de normas constitucionales y del derecho regional y universal de los derechos humanos. En efecto, nuestra Constitución Nacional (en adelante CN) exige, desde hace tantos años, en su artículo 18 última parte lo siguiente “*Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que*

⁷ Caso “*Gelman vs. Uruguay*”, Sentencia del día 24 de Febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede verse en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.

la autorice.” A este claro texto, se suman el artículo 10.3⁸ del PIDCP y el 5.6⁹ de la CADH, ambos tratados ratificados por Argentina y que gozan de jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22 CN), los que también persiguen la readaptación social de los condenados como razón para encarcelarlos. Esto es lo que dicen las normas pero pareciera que los gobernantes y los jueces —que deben actuarlas— no las hubiesen leído. ¿O es que acaso quieren, precisamente que sean letra muerta y les viene bien la situación como se da en la realidad actual? ¿Pero puede una Constitución y tratados internacionales ratificados por nuestro país ser “letra muerta”? ¿Y pueden los operadores jurídicos ignorarlos? Este no es el lugar para responder detalladamente a estas preguntas más vinculadas con teoría constitucional y filosofía del derecho, pero la respuesta puntual, por cierto, es fuertemente negativa y sin embargo pareciera que los precedentemente nombrados —gobernantes y jueces— contestasen implícita y cotidianamente continuos “sí”. ¿O es que acaso no saben —ignorancia o culpa— que cuando deciden tener los lugares de encierro como hoy están o “aprisionar” a una persona en ellos están incumpliendo —aún cuando apliquen otras normas infraconstitucionales— lo señalado en aquel artículo de la Constitución Nacional y lo dispuesto en los tratados que Argentina ha ratificado y tiene responsabilidad internacional de cumplirlos, ya que dicho sistema de ejecución penitenciaria es —con algunas pocas excepciones— inconstitucional (e inconvencional) porque no se adecua no sólo a las pautas normativas sino también a los principios básicos de la dignidad humana? ¿No saben que quien comete infracciones a la ley penal no puede ser privado de su libertad con el fin de “punirlo”, sino sólo para buscar readaptarlo a la vida social al momento en que recupere su libertad? ¿Y no conocen que en

⁸ El texto completo del artículo 10 dice: “1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”.

⁹ El texto completo del artículo 5 dice: “Derecho a la Integridad Personal: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

nuestro sistema se abusa de la incomunicación para los detenidos, que hay una aplicación casi sistemática de “torturas” y malos tratos, que se los aloja en condiciones de hacinamiento, y un largo etcétera para no seguir?

La pregunta clave es, entonces: ¿qué nos pasa? ¿Por qué se permite que exista esta situación carcelaria actual? ¿Es la cárcel, acaso, la única forma de sancionar? La respuesta parece obvia y es negativa. ¿Se puede defender la existencia de cárceles en el siglo XXI? Las respuestas, como ya dije, aquí pueden variar en el campo teórico pero en nuestro país normativamente las cárceles están aceptadas. Creo, sin embargo, que ellas —respetando lo que exigen las normas para que puedan funcionar— pueden admitirse sólo como última instancia y para casos muy extremos y excepcionales. Sin embargo, parece claro que si tenemos las cárceles que tenemos hoy en Argentina es porque hay un fuerte desprecio por quien “delinque” —al menos quienes delinquen y luego son enviados a la cárcel, por las razones ya dichas, y que generalmente son personas de clase económicamente baja¹⁰— a quien se “deshumaniza” y por tanto se violan sus derechos humanos básicos, a más que se descuida e inobserva la razón por la cual se los “encierra”, que, insisto, se supone —con independencia que ello suceda o no¹¹— es la de perseguir su “resocialización” y su reinserción social. Los poderes políticos, el Legislativo en este caso, están en falta, esto es claro, cuando no reforma precisamente el Código Penal para atenuar o cambiar directamente las penas, flexibilizando las mismas, eliminando delitos y estableciendo las muchas “sanciones” alternativas posibles, entre otras opciones que pueden considerarse y analizarse. Los fiscales y los jueces también están en falta cuando solicitan y envían —o eventualmente no controlan— a las personas a prisión en las condiciones en que se encuentran estas prisiones¹². Se me ocurre aquí pensar en una especie de “control de constitucionalidad preventivo” —no aceptado por la doctrina y la práctica argentina, pero que podría empezar a usarse en algún caso y luego, quizás, expandirse y extenderse— en el que, por ejemplo, el fiscal cuando pide una condena efectiva y el juez (o la Cámara, según los

¹⁰ Ver LOIC WACQUANT, *Las cárceles de la miseria* (Manantial, Bs. As. 2000).

¹¹ Y las mismas cárceles seguramente contribuyen, como están, en buena parte para que ello no suceda.

¹² Recuerdo cuando salió el caso “*Verbitsky. H. s/ habeas corpus*” fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el día 3 de mayo del 2005 que si bien no acordaba con el fallo (ya que permitía mantener una situación, en lo referido a lo principal resuelto en el mismo sobre la situación de los presos en las cárceles bonaerenses, de inconstitucionalidad) sin embargo no veía mal lo que había hecho la Corte ya que al menos había “exhortado” a los poderes políticos a encontrar una solución al problema carcelario, lo que me parecía un avance y una solución intermedia mejor que no haber dicho nada. Hoy tengo una visión más escéptica y crítica al respecto, ya que ese fallo no sirvió para mejorar las condiciones efectivas de detención, y en cambio hizo creer que las cosas estaban cambiando.

casos) cuando la determinan —y ella comporta prisión o reclusión— deberían “condicionarla” y agregar algo así como “*en tanto y en cuanto pueda ser efectivizada de acuerdo con lo dispuesto por el art. 18 de la CN y demás normas concordantes en relación con las condiciones de detención, y en caso contrario que se desarrolle como prisión domiciliaria hasta que ello sea posible*” (la prisión domiciliaria es un ejemplo, ya que pueden pensarse otras alternativas). Con esto, de cumplirse, se evitaría, en parte, el “*agravamiento ilegítimo*” que comporta estar detenido en la mayoría de las cárceles hoy y frente a las que se puede oponer la acción de habeas corpus, en este caso correctivo, pero que en la realidad y en la práctica cotidiana esto no parece ser así, ya que no se les hace lugar a planteos de este tipo, tal como se vio en el ya citado caso “Verbitsky” en lo que se refiere al pedido central del caso. Es decir, si la detención es inconstitucional —y en Argentina lo son en la mayoría de los casos por la situación de hacinamiento y otras tantas razones— no puede mantenerse esa “inconstitucionalidad”, por lo que los jueces deben declarar la correspondiente inconstitucionalidad, pero no lo hacen, tal como sucedió en el último caso citado¹³. Sabemos, además, que el encierro genera más violencia, ya que el maltrato que en la cárcel se recibe (a más que afecta sus relaciones familiares) engendra resentimiento y al menos “violencia psicológica”¹⁴, y esto comporta que la sociedad toda —y cada uno de los involucrados— se perjudique con este accionar inconstitucional y contrario a principios elementales de justicia de parte del Estado. Es de esperar que esto cambie y que se busquen —eventualmente hasta que existan cárceles como la CN exige— otras formas de cumplimiento de la pena en relación con las sanciones por la comisión de delitos.

b) El uso (y abuso) de la prisión preventiva

En infinidad de ocasiones se ordenan detenciones de personas inocentes cuya culpabilidad no ha sido aún probada abusando de la prisión preventiva a la que usan como regla y no como la excepción última que es. En efecto, en un informe¹⁵ recientemente presentado por el Inecip puede leerse lo siguiente: “*En la Argentina, sobre un total de 52.722 personas detenidas en cárceles federales y provinciales, 31.389 (el 59,50 por ciento) son internos que están bajo el régimen de prisión preventiva, sin condena*”

¹³ Las esperanzas se concentran, ahora, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La Comisión, por ejemplo, publicó un informe general sobre el tema a fines del 2011, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tratado el tema en relación con varios países, Argentina entre ellos.

¹⁴ Ver CASOLA - MONASTEROLO, ob. cit.

¹⁵ Puede verse el Informe en http://www.diariojudicial.com.ar/documentos/2012_Junio/INECIP_Prision_Preventiva_digital.pdf.

firme, mientras que suman 21.333 (40.50 por ciento) los que han recibido sentencia definitiva” y se señala, además, que muchas superan los dos años de prisión preventiva (prohibido por la legislación) y en muy pocos casos se tiene en cuenta los informes socioambientales, es decir las situaciones personales reales de los acusados para meritar si se trata de personas que pueden ser propensas a fugarse o a poner trabas en relación con el proceso penal en marcha¹⁶. Es decir, un fiscal y un juez antes de pedir o dictar la prisión preventiva, debe recordar que ella es excepcional, que con ella se viola el principio de inocencia (artículo 18 CN y 8,2¹⁷ de la CADH) y que sólo se puede usar en casos muy especiales, y que por tanto no pueden usarla, y sin embargo normalmente la usan¹⁸. Es deseable —pero es “obligatorio jurídicamente”— que dejen de hacerlo.

Sobre estas dos primeras cuestiones analizadas, cualquiera que tenga una visión “progresista” posiblemente acuerde con lo dicho aquí. Podrían agregarse muchas otras, como por ejemplo el uso que se hace del término “prisión perpetua”, la cuestión de la prisión efectiva después de los 70 años, etc.

Ahora presento, en cambio, dos casos más problemáticos que también comportan o están relacionados con la visión “punitivista” que vengo criticando, pero que, posiblemente, contará, en cambio, con el consenso de visiones más “conservadoras”.

c) La Resolución de la Universidad de Buenos Aires (UBA) con respecto a la solicitud de estudiar en ella de parte de “represores”

La UBA, su Consejo Superior, el día 1 de agosto de 2012 dictó una resolución, aprobada sin votos en contra, cuyo único artículo resolutivo dice “*No admitir a condenados y/o procesados por delitos de lesa humanidad como estudiantes de la Universidad de Buenos Aires*”. Esta decisión lleva la firma, entre otros, de una profesora de derecho internacional y experta en derechos humanos como Mónica Pinto; y contó con el aval de una comisión asesora que emitió, por unanimidad, un dictamen con fecha 29 de junio 2012 que firmaban el actual juez de la Corte Suprema de Justicia de la

¹⁶ RODRÍGUEZ, CARLOS, “La condena de la prisión preventiva”, en *Página 12* del jueves 21 de junio de 2012.

¹⁷ Dice una parte del inciso “*Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*”.

¹⁸ Por cierto, los números presentados no son necesariamente concluyentes, ya que teóricamente puede imaginarse que todos los casos que conforman la enorme mayoría encuadren efectivamente en los supuestos excepcionales previstos legalmente. Sin embargo, numerosos actores cotidianos del sistema penal confirman que esta muy hipotética “casualidad” que planteo efectivamente no se da, y que la prisión preventiva se usa como “norma” y no como la excepción que debiera ser.

Nación y muy prestigioso penalista Raul Eugenio Zaffaroni, el reconocido constitucionalista Raul Gustavo Ferreyra, entre otros. Es claro que defender la petición de “represores” a su derecho al estudio en base al programa que la universidad mencionada tiene para personas privadas de su libertad, me coloca en una situación incómoda, ya que se trata —al menos a quienes se les ha probado su conducta y han sido condenados— de personas que han cometido crímenes tremendos. Sin embargo creo que esta resolución de la UBA, festejada y aplaudida por algunos organismos u ONG defensoras de derechos humanos y que será, en mi opinión, revocada por la justicia si el caso se presenta ante ella, es equivocada y se vincula con esta concepción punitivista que estoy criticando. Encuentro desacertada la resolución en general, pero donde me parece más inaceptable aún es cuando impide participar de estos programas a los “*procesados*”, es decir a personas que técnicamente —y con independencia de las razones que han llevado a una enorme demora en la conclusión de los respectivos juicios— son inocentes hasta que se demuestre lo contrario. Los fundamentos de la resolución son muy débiles y sostienen afirmaciones como (cito textualmente algunos párrafos de ella): “*Que el respeto a las normas que rigen esta comunidad universitaria no se agota en el cumplimiento formal de sus pautas, sino que exige de quien aspira a incorporarse a ella que su conducta no sea destructiva o lesiva a la existencia misma de la comunidad*” o bien “*Que la particularidad del caso —que no puede pasarse por alto— es que quienes aspiran a incorporarse a su comunidad universitaria en la actualidad y desde siempre, defienden públicamente la tesis de una pretendida inexistencia, legitimidad o justificación de esos delitos de los que fueran víctimas los propios miembros de su comunidad universitaria, es decir una tesis negacionista de los delitos que han victimizado masivamente a miembros de la comunidad universitaria a la que pretenden incorporarse*”. Invoca la “*autonomía universitaria*” y dice que “*no puede permitirse que éstos se incorporen a ella portando un discurso negacionista que pretenda legitimar esos delitos, porque inevitablemente esta conducta presente y actual —no pasada— sería fuente de interminables conflictos...*”, sostiene que “*ninguna universidad del mundo aceptaría como parte de su comunidad a personas que victimizaron a sus integrantes de la manera más cruel que haya conocido nuestra historia*”, entre otras afirmaciones, que no aportan elementos, a mi juicio, para justificar la decisión frente a normas superiores jerárquicamente como el ya citado artículo 18 CN¹⁹.

¹⁹ El artículo 36 de la CN podría haber servido, frente a delitos “continuados” (por lo que realizados con posterioridad a su incorporación en 1994) como la desaparición forzada de personas, quizás como argumento fuerte, pero no fue utilizado. Las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también tienen un valor importante, pero tampoco fueron invocadas en la Resolución.

Hay varios textos en apoyo a la resolución pero algunos de ellos, usando una terminología popular, parecen “embarrar más que aclarar”²⁰. También los hay en contra²¹. La resolución trata sobre “los represores” que han o habrían cometido delitos de lesa humanidad, por lo que son sujetos que —si han realizado estas conductas— merecen el más amplio y convencido repudio por su accionar y, además, en lo personal una fuerte condena moral. El problema es que si les quitamos sus derechos —con independencia de los crímenes que puedan haber cometido²²— se nos caen pilares básicos que sostienen la causa de los derechos humanos: la convicción de que como todos pertenecemos a la especie humana y que por tanto gozamos de estos derechos que, en principio, son universales²³. Para excluir a alguien del goce de derechos humanos, sólo puede hacerse cuando existan justificaciones muy valederas —que en este caso puntual me parece no se encuentran— determinadas en forma general, previstas —en lo posible— anticipadamente. Lo que se ha hecho con la resolución, sin dar fundamentos concluyentes, es privar de un derecho, el de estudiar, que está al alcance de todos los detenidos, con el que se busca, justamente, intentar reinsertarlos y no discriminarlos, que es lo que debe hacerse si nos tomamos los derechos en serio. No se construye, precisamente, con punitivismo, sino respetando las garantías constitucionales y los derechos para todos, incluso para seres tan “condenables” como quienes habrían formulado la petición²⁴ de estudiar en la UBA.

²⁰ Ver JOSÉ ERNESTO SCHULMAN, “La impunidad de los condenados”, *Página 12* del 22 de junio de 2012; HECTOR HUGO TRINCHERO, “Un supuesto dilema”, *Página 12* del 10 de Julio del 2012; NICOLÁS KOSOY, “La manipulación del acceso”, *Página 12* del 10 de Julio de 2012 o MARCELO FERREIRA, “Una sanción ética” en *Página 12* del 9 de Agosto de 2012.

²¹ HECTOR RICARDO LEIS, *Derecho al estudio universitario para cualquier preso*, *Clarín* del 3 de septiembre de 2012; Andrés Rosler en su blog *La causa de Catón* tiene, en agosto de ese año, un par de interesantes *post* sobre el tema (<http://lacausadecaton.blogspot.it/>) y hay una lúcida crítica de parte de Roberto Gargarella en el *post* de su blog del día 8 de septiembre de 2012, en www.seminariogargarella.blogspot.it.

²² Hay, por cierto, autores que creen que la persecución penal debe distinguirse según el tipo de delitos, ver por ejemplo, GABRIEL PEREZ BARBERÁ y ALEJANDRO AGÜERO, “Contrapunitivismo y neopunitivismo. Perspectiva histórica y moral”, en *Derecho Penal y Criminología*, Año II, No. 2, Marzo 2012, pp. 249-263, y si se trata de los de lesa humanidad hay diferencias, lo que por cierto puede ser compartido (por ejemplo, su imprescriptibilidad), pero eso no quita que pierdan los derechos que gozan en tanto titulares de derechos humanos.

²³ He trabajado el tema en *Andrés Rossetti*, “Sobre la universalidad de los derechos humanos en el derecho internacional” en el número 13 de la *Revista Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas Año IX, Enero-Diciembre del 2004, Universidad Carlos III, Madrid, España (Páginas 67-85) que puede verse en el sitio web <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/3748/DyL-2004-IX-13-Rossetti.pdf?sequence=1>.

²⁴ Sus nombres no se encuentran citados en la resolución, pero según informa en su muy agudo e interesante artículo Claudia Hilb, al que remito y del que tomo los datos de esta nota, “Estudiantes indeseables en UBA XXII (o: al enemigo, ¿ni justicia?)” que es el capítulo de su libro *Usos del pasado. Que hacemos hoy con los setenta* (Siglo Veintiuno, Buenos Aires 2013,

c) El caso “Gelman” y el derecho “internacional” de los derechos humanos

El caso fue resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de febrero del 2011 y el país involucrado es Uruguay. En este Estado se había dictado la conocida como “Ley de Caducidad”²⁵ en el año 1986 en la que se establecía la no persecución penal de los responsables por las violaciones masivas de derechos humanos sucedidas durante la dictadura que duró desde el año 1973 al 1985. Esta ley fue ratificada en dos ocasiones por sendos plebiscitos regulares del pueblo uruguayo (en 1989 el primero y otro, en relación con una enmienda constitucional que afectaba la ley, en el año 2009), más allá que su validez siguió siendo cuestionada en la esfera interna e incluso fue modificada posteriormente. Lo que interesa destacar aquí es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, previo paso del caso por la Comisión, ordena en la sentencia citada, reabrir la causa con el fin de investigar y poder conocer la verdad como así también encontrar a las personas desaparecidas (en el caso, la nuera del presentante que es el poeta argentino Juan Gelman, la que fue asesinada pero cuyo cuerpo no fue encontrado, y la nieta de Gelman que fue sustraída a su madre al momento de nacer), decisión que, en mi opinión, sólo puede elogiarse. Sin embargo, la sentencia también prevé, entre muchas otras cuestiones y reparaciones que ordena (por ejemplo considera, como es usual, que la misma sentencia es ya una forma de reparación, que ella se publique, que se haga un acto público, coloque una placa, reparaciones dinerarias por daño material e inmaterial, etc.) “*aplicar las consecuentes sanciones que la ley prevea*”²⁶. La exigencia de sanción²⁷ —y parece claro

páginas 123-139 y 155-157), que las tres personas que realizaron la solicitud que terminó generando la resolución que aquí se analiza, son los represores que actuaron en la ESMA Adolfo Miguel Donda (condenado a prisión perpetua por crímenes de lesa humanidad), Juan Carlos Rolón (absuelto en la causa ESMA, con prisión preventiva por otras causas) y Carlos Guillermo Suarez Mason (h), (procesado con prisión preventiva).

²⁵ Ley 15.848 de “Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado”, dictada por Uruguay en el año 1986. En ella se dispone la caducidad del “*ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto*” (art. 1).

²⁶ Dice, en la parte de la sentencia resolutoria respectiva, que “*El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos, de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la Sentencia*”.

²⁷ La Corte Suprema de Uruguay en una decisión del 20 de febrero del 2013 entiende que los crímenes cometidos por sus agentes durante la dictadura no son imprescriptibles, por lo que

que se refiere a las de tipo penal— para los responsables, después de lo sucedido en Uruguay, muestra —y más allá de mi propia perplejidad en relación con el tema— la “mentalidad punitivista” que se critica en este artículo, en este caso en relación con el máximo órgano de protección de los derechos humanos en el continente americano (ya presente en otros casos anteriores, aunque se trate de casos con particularidades diferentes²⁸). Probablemente en un caso con características similares a éste, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se hubiese valido de la muy interesante doctrina del margen de apreciación de los Estados, en los que se considera que para algunas cuestiones son justamente los Estados los que están en mejores condiciones de apreciar los derechos humanos de las personas (y su cumplimiento y violaciones).

Hay muchos aspectos para analizar en este caso. Por ejemplo, la tensión entre democracia y derechos humanos; o bien si se deben aceptar —o no— decisiones “democráticas” cuando ellas gocen de (amplias) mayorías —o incluso hasta de unanimidad— cuando ellas comportan “sacrificar intereses y expectativas legítimas de otros sujetos”, o la problemática cuestión de la interferencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (y del derecho internacional y regional de los derechos humanos) en los sistemas nacionales con sus ventajas y riesgos, entre los que se encuentra el problema conocido como del “argumento contramayoritario” pero aquí incluso “agravado” frente a decisiones en contextos democráticos²⁹, entre tantos otros temas ricos por analizar en relación con esta decisión.

declara inconstitucional la ley que así los determina. Esto genera una nueva participación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud del mecanismo de supervisión de sentencias, en la que ésta, entre otras cosas, declara (el 20 de marzo de 2013) que “*La Sentencia dictada por la Corte Interamericana es vinculante para el Estado, por lo cual, en cumplimiento de la misma, todos sus órganos e instituciones, incluyendo el Poder Judicial en todos sus niveles, deben continuar adoptando todas las medidas que sean necesarias para investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos que por su naturaleza sean imprescriptibles, en los términos de los párrafos considerativos 183 a 194, 230 a 246, 252 a 256, 274 y 275 de la Sentencia y de los párrafos considerativos 43 a 103 de esta Resolución.*”

²⁸ Por ejemplo en “Barrios Altos c. Perú” (14/3/2001), “Bulacio c. Argentina” (18/9/2003) o “Almonacid Arellano y otros c. Chile” (26/9/2006) en los que la Corte exige la utilización de la persecución penal.

²⁹ A modo de ejemplo cito este párrafo que comparto, de MARIANO FERNANDEZ VALL en su artículo “Corte Suprema, dictadura militar y un fallo para pensar” en GARGARELLA, ROBERTO (coordinador) *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional* (Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2008, 2 tomos, Tomo II, páginas 1069-1071): “...la ratificación de tratados de derechos humanos se mostró como un nuevo intento para limitar nuestra libertad política. Un justo intento, dado lo que hicimos con esa libertad. Sin embargo, estos instrumentos depositan la interpretación final sobre el alcance de nuestros derechos en órganos que, por más prestigio que nos merezcan, están alejados del control democrático, no gozan de legitimidad popular, tienen un perfil determinado, niveles de rotación cuestionables, problemas de deliberación, conflictos de intereses, etc. Todas las críticas que pueden recibir una Constitución y los jueces por su carácter contra-

La cita del caso, entonces, es porque creo que la Corte podría no haber agregado la exigencia de sanción, lo que muestra la “mentalidad punitivista” que critico en este escrito³⁰.

3. Reflexiones finales

El derecho penal parece basarse, entre otros, en dos supuestos que me interesa destacar y que pueden ser cuestionados: en primer lugar en la necesidad de *sanción* frente a las infracciones cometidas contra lo que éste regula. En efecto, la “sanción” parece ser, en la “mentalidad punitivista” la única solución y en particular la pena puntualmente de prisión (y se debe reflexionar sobre cuál es el fin de la pena, pero nuestro ordenamiento ya lo tiene resuelto y no es retribucionista sino es resocializador, aunque pueda causar cierta hilaridad incluso solo escribirlo). Lo que quiero destacar es que existen tantas otras formas de “sancionar”, o mejor dicho “resolver” las infracciones a la ley penal y puede pensarse puntualmente en reparar, en vez de sancionar, cuando se cometen conductas ilícitas penales, y estas formas de reparación pueden ser de diversos tipos, incluso mucho más efectivas y —eventualmente— aceptadas hasta por las mismas víctimas si las conocen, pero también en relación con la sociedad y el Estado, y ellas son muy variadas, como las reparaciones simbólicas o tantas otras, que in-

mayoritario crecen en intensidad cuando hablamos de tratados y de sus órganos de contralor. Pero reconocemos en ellos, al igual que en las Constituciones, beneficios de los cuales queremos gozar y debemos determinar cómo hacerlo... Como expliqué, los Estados entregaron, por buenas razones, su soberanía a manos de agencias internacionales para la protección de derechos humanos, la promoción de la inversión, la resolución de diferendos contractuales, etc. Pero también existen buenas razones para no perder poder de veto sobre estas materias. Sostener entonces como regla rígida la supremacía del sistema internacional sobre el local, o viceversa, quizá sea un error. Desde el ámbito internacional se dirá que su supremacía debe valer. Desde el ámbito local se dirá lo contrario. Sin embargo, no vale nada sostener que mi supremacía debe valer porque yo lo digo. Aun así, proliferan citas de este estilo en la jurisprudencia de nuestros tribunales. No estoy muy seguro de que debemos aspirar a una regla rígida de supremacía que nos ate de manos, con independencia de cuál sea el sistema normativo que jerarquicemos en mayor medida. No queremos quedar atrapados por el peso de la globalización y tampoco por el de la soberanía. Es un momento propicio para discutir profundamente cuándo y por qué optar por uno o por otro” [citas omitidas].

³⁰ Cabe advertir, que la “mentalidad punitivista” en ciertos casos atenta contra sus propios intereses, ya que no facilita el descubrimiento de la verdad y otros efectos ampliamente buscados en estos juicios. Al respecto, son interesantes para analizar las siguientes palabras: “Si un represor contaba todo y lo que contaba era útil, no lo condenaba o le rebajaba la pena. Pero si contaba pavadadas que no servían, no se la rebajaba a la condena. De esa forma quizás hubiera podido encontrar a los desaparecidos y seguir castigando a los cómplices civiles. A ellos todavía no llegó la justicia. ¿Por qué? Porque se aplicó una política meramente punitivista que provoca el silencio del imputado”, Claudio Tamburini en la entrevista titulada “El concepto de derechos humanos se fue modificando con el tiempo”, realizada por Gustavo Veiga, *Página 12* del lunes 6 de febrero de 2012.

cluso nuestro sistema interamericano de derechos humanos está, cada vez más, desarrollando en forma creativa y sería interesante que se tomasen en cuenta en nuestro ordenamiento³¹. Así y todo, nuestro ordenamiento parece moverse, en relación con las penas que prevé el Código Penal, con criterios muy rígidos, que en mi opinión deben forzosamente flexibilizarse, incluso posibilitando la participación de las víctimas en los procesos fomentando, eventualmente, un diálogo con los imputados que puede llevar a soluciones —si los jueces tuviesen un marco normativo que les posibilitase mayor apertura— creativas que no necesariamente terminan con, como única forma de “sanción”, la prisión o la reclusión (es decir superando la que parece única alternativa que hoy tienen ellos cuando “condenan” a un autor de un delito grave, que pasa en gran parte por la variedad en cuanto a los años con relación a la pena). También el ordenamiento, y los operadores del mismo, debieran tener la posibilidad de, cuando mandan a ejecutar una condena, poder —y siempre manteniendo la idea de sanción penal— tener un sinnúmero de alternativas que parecen mucho menos violentas y “punitivistas” que la prisión (máxime con las prisiones como las nuestras, tal como ya se ha visto *supra*) que bien pueden ser sustituidas por formas de trabajo comunitario, por pedidos (públicos o no) de perdón formal, por formas de prisión domiciliaria o de libertad condicional (con asistencia diaria a determinados lugares o bien con otras formas de control) o de realizar ciertas acciones como estudios o cursos, etc.

El segundo supuesto que destaco en relación con el derecho penal, es la “convicción” de la que se parte, mayoritariamente existente entre quienes lo abordan, que los seres humanos tenemos y actuamos fundamentalmente (aunque por cierto que no exclusivamente, y esto no se deja de tener en cuenta en el derecho penal) en base al llamado “libre albedrío” y que, por tanto, somos (casi siempre) libres y elegimos en esa condición, realizar nuestros actos. Esta cuestión merece una discusión en la que no puedo detenerme aquí pero, sin llegar, por cierto, a creer que todas nuestras conductas ya están determinadas (determinismo) porque siempre existe algún margen de elección en relación con ellas, creo que bien puede cuestionarse este supuesto —máxime en contextos como los nuestros en los que la desigualdad estructural marca y señala diferencias enormes en relación con el margen de autonomía y de elección de plan de vida para cada uno de quienes integran la sociedad— porque precisa-

³¹ He trabajado esta cuestión en ROSSETTI, ANDRÉS, “Sobre las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos” en el *Anuario Argentino de Derecho Internacional, XVIII 2009* (Lerner-Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba 2010, pp. 303-327, que puede verse en la página web siguiente: http://www.aadi.org.ar/admin/imagenesBD/productos/ANUARIO_AADI_2009_PDF.pdf.

mente esos márgenes de elección en las conductas de las personas se encuentran notablemente limitados en algunos casos (y varían, por cierto, de caso en caso), lo que requiere respuestas mucho más flexibles por parte del derecho penal frente a los ilícitos cometidos por sujetos que se encuentran en distintas circunstancias (y que va mucho más allá del mero margen en relación con la cantidad de años de condena tal como dispone hoy, normalmente, la norma penal).

Creo que es tiempo que más que pensar en lo “punitivo” y el castigo, se piense más en prevenir las eventuales violaciones a la ley penal. Además, tener presente que las “violencias institucionales” y el punitivismo que se ejercen cotidianamente y que involucra a miles de personas pero que suele pasar ante la indiferencia de otros millones (y de la gran mayoría “de los que deciden”), empiecen a visualizarse y ello sirva para tomar conciencia de la inconstitucionalidad que comportan. A su vez, si bien los cambios deben pensarse en forma estructural y general, cada uno de nosotros —en cuanto operadores jurídicos— podemos también tomar posición concreta en nuestro ámbito frente a este tipo de “prácticas” y con ello, quizás, influir para que empiecen a modificarse leyes, normas, prácticas, conductas, valores que avalan, de hecho, esta violencia. Por supuesto, no se pueden cambiar realidades que llevan mucho tiempo instaladas y que involucran muchos intereses de distinto tipo pero al menos ya la sola reflexión sobre la cuestión puede servir para generar esa “resistencia” que es indispensable que exista si se desea realmente que pueda operarse algún cambio. Y el cambio pasa, por cierto, no sólo por terminar con la violencia institucional y el punitivismo que el Estado argentino, sus actores y sujetos, entre otros, ejercen desde la práctica de la ejecución penitenciaria o con sus decisiones de carácter penal, sino fundamentalmente por terminar con la violencia que significa tener una sociedad como la que hoy tenemos con niveles de desigualdad estructural altísimos. Por tanto, buscar una sociedad —haciendo uso de nuestras normas jurídicas que así lo exigen, aunque muchos no lo vean o no lo quieran ver— en la que las fragrantemente injusticias que se manifiestan en ella, no sucedan más. En efecto, las mencionadas situaciones de desigualdad, con extremos absurdos —opulentos y necesitados, ricos e indigentes, etc.— debe revertirse y se deben garantizar todos los derechos a todos los seres humanos, incluyendo a los tantos excluidos, marginados y vulnerables que hoy existen y que en buena medida se encuentran “fuera del sistema” y sobre los que principalmente recae el derecho penal. La igualdad es un mandato constitucional básico, y con ella se logra también una *real* libertad para todos³². Lo dicho es utopía, puede

³² Remito a ROSSETTI, ANDRÉS - ALVAREZ, MAGDALENA I., *Derecho a la igualdad. Un análisis desde el método de casos* (CIJS, UNC - Advocatus, Córdoba 2010).

decirse, pero una atenta y seria lectura de las normas constitucionales, incluyendo las universales y regionales de derechos humanos, exige este tipo de cambios y con ello es posible evitar la “anomia boba”, como diría Carlos Nino, que significa y comporta vivir en sociedades como la nuestra en las que la violación de la ley aparentemente trae beneficios personales pero al perjudicar a toda la sociedad termina, incluso, perjudicando al propio “beneficiado” por su actitud antijurídica³³. Es hora de empezar —cada uno en su campo y en lo que esté a su alcance, pero no podemos demorarnos ni un instante más— a cambiar esta realidad violenta y punitivista que nos impregna, ya que los derechos humanos de muchísimas personas están cotidianamente en juego. Si no lo hacemos, somos, al menos en algún sentido, cómplices de tales violaciones.



³³ CARLOS S. NINO, *Un país al margen de la ley* (Emecé, Buenos Aires 1992).

DERECHO PENAL Y OBLIGACIONES HACIA LAS GENERACIONES FUTURAS: PRIMERAS LÍNEAS DE JUSTIFICACIÓN[†]

*Santiago Truccone Borgogno**

Resumen: El pensamiento penal ha comenzado a preguntarse por las consecuencias de nuestros actos para las generaciones futuras. La respuesta ha estado signada por un debate en el terreno de los conceptos históricamente utilizados para justificar prohibiciones penales. Sin embargo, la protección penal de los intereses de las generaciones futuras resulta dificultosa. Su salvaguarda no puede acometerse a través de prohibiciones de lesionar esferas ajenas de libertad. Por tal motivo, dicha protección sólo puede realizarse a través del mantenimiento de condiciones de supervivencia futura, por medio de la protección del ambiente. Se pretenden dar razones que puedan sustentar respuestas a este inconveniente.

Palabras claves: Responsabilidad penal intergeneracional - principio del daño - problema de la no-identidad

“El hecho mismo de dar existencia a un ser humano es una de las acciones de más grande responsabilidad en el curso de la vida. Aceptar esta responsabilidad es un crimen contra el ser mismo que nace, a menos que se tengan las probabilidades normales de que llevara una existencia deseable.”

J.S. Mill ([1859]:1992197)

Introducción

Existen acciones que no dañan a nadie, ni puedan hacerlo, pero que de todos modos su prohibición penal se encuentra justificada. Esta afirmación no se corresponde con los principios históricamente utilizados para reprochar a las personas por las consecuencias de sus actos. Tradicionalmente, se exige como presupuesto de imputación de responsabilidad penal, la generación de daño como consecuencia de la conducta prohibida. Es cierto que en algunos casos concretos, como por ejemplo en las tentativas o en los delitos de peligro abstracto, tal requisito no se exige. No obstante siempre se requiere, al menos desde una

[†] Recibido el 06/05/2013, Aprobado el 24/09/2013.

* Abogado (UNC); Becario doctoral CONICET; Adscripto de la Cátedra de Derecho Penal y Ética; Miembro del Programa de Ética y Filosofía Política, dirigido por el Dr. Hugo Seleme (CIJyS); Becario CIN-SECyT (2012-2013); Becario de Pre-Grado de CIJyS, Derecho-UNC (2011-2012; 2012-2013); Becario del Parlamento de la Rioja (España) para Capacitación en DD.HH. en College Universitaire Henry Dunant (Ginebra-Suiza 2011); Becario 4° Centenario UNC, estancia de 6 meses, grado en UR-España (2011). santiagotruccone@gmail.com.

perspectiva *ex-ante*, la potencialidad de lesión a bienes jurídicos o derechos de terceros.

En este trabajo se pretende argumentar a favor de que incluso, la potencialidad del daño no puede resolver todos los casos de justificación de prohibiciones. Se quiere sugerir que el principio del daño o el de afectación a un bien jurídico (entendido en sus teorizaciones tradicionales), no son las mejores herramientas a la hora de tipificar conductas penales. No implica que sea insuficiente, o que deba ampliarse, sino sólo que es posible, y quizás deseable, reemplazarlo por un criterio diferente. Se emprenderá esta tarea desde el análisis de un tema que ha surgido en los últimos tiempos en la discusión dogmática y filosófica penal, tanto alemana como anglosajona: el medio ambiente y las generaciones futuras. Así, en primer lugar se mostrará el problema, para luego mencionar las posibles soluciones que se han esbozado. Sin embargo, como se verá, a ellas se les presentan objeciones que —en mayor o menor medida— tienen que ver con la imposibilidad de fundar obligaciones hacia las generaciones futuras. Tarea que se pretende realizar en tercer lugar. Cuarto se hará una reconstrucción de la teoría Moral sustentada por Derek Parfit (1984 y 2011), que permita justificar la existencia de obligaciones hacia las generaciones futuras. Al analizarla, se verá cómo tal cosa es incompatible con el principio del daño. Razón por la cual éste, debe ser revisado. Quinto, se propondrán razones que permitan justificar que las conclusiones morales a las que se arriben pueden ser llevadas al ámbito político.

1. El problema

Cuando los penalistas, tanto los de ascendencia teórica alemana como anglosajona, se han preguntado acerca de la posibilidad de prohibir conductas presentes que puedan afectar a las generaciones futuras, no se han sustraído del uso de conceptos de *bien jurídico* y *principio del daño*, respectivamente. Éstos suponen que para que una prohibición penal sea legítima, debe estar dirigida a prevenir una conducta que produzca un menoscabo o puesta en peligro a algún bien (o una afectación a un tercero). Asimismo, que sólo se es pasible de reproche penal por la conducta individual que cada sujeto realiza.

Sin embargo, la protección penal de los intereses de las generaciones futuras resulta dificultosa con apoyo en estos criterios. Su protección no puede llevarse a cabo a través de prohibiciones de lesionar esferas ajenas de libertad, toda vez que se está en presencia de afectaciones a seres actualmente no existentes. Por tal motivo, dicha protección sólo puede acometerse a través del mantenimiento de las condiciones de supervivencia futura, es decir por medio de la protección del ambiente.

Como consecuencia, se suscita un *problema general* (P.G.), toda vez que se está en presencia de una prohibición penal en la que se prescinde del requisito, propio de los Estados liberales de derecho, de la generación del daño por la conducta prohibida. Así, no parece posible lesionar las condiciones de libertad de las generaciones futuras, porque se trata de meros seres potenciales.

Con base en este presupuesto, prácticamente la unanimidad de los teóricos penales ha identificado la protección de las generaciones futuras con las tipificaciones en forma de daños acumulativos (v.gr.: Alcacer Guirao, 2002; Hefendehl, 2002; Kuhlen, 1993; Prittwitz, 2003; von Hirsch-Wohlers, 2007; Stratenwerth, 1993; Schünemann, 2002). Delitos que están constituidos por conductas que en sí mismas no causan menoscabo alguno, pero que sumadas a otras de igual naturaleza producen consecuencias nefastas, pudiendo lesionar las condiciones de habitabilidad del planeta. Sin embargo, no existe una dependencia conceptual entre los daños acumulativos y la afectación de generaciones futuras. Es lógica y empíricamente posible que una sola acción (v.gr.: explosión de una central nuclear), afecte gravemente sus derechos.

Asimismo, la problemática intergeneracional plantea toda una serie de interrogantes desde que en referencia a las personas futuras, pueden darse dos situaciones que merecen ser analizadas. Cuando se realiza o se deja de realizar un acto, puede que o bien las personas futuras existan se elija lo que se elija; o bien que no sean las mismas, es decir que se influya en su identidad. En el primer caso, como las personas existirán se elija lo que se elija, las acciones presentes pueden dañarlas. Sin embargo en el segundo supuesto la respuesta es más dificultosa toda vez que el mero hecho de realizar un acto que es parte —remota pero necesaria— de la causa de su existencia, puede beneficiarlo. Esta circunstancia plantea un *segundo problema específico*, referido a quién es —o quiénes son— los sujetos pertenecientes a las generaciones futuras, damnificados por las conductas presentes. Es lo que se suele llamar problema de la *No Identidad* (N.I.), el cual radica en que la propia acción de, por ejemplo, degradar el ambiente determina quién será el sujeto dañado, y no producir esa afectación implica generar un ser distinto que, por ello, ya no será afectado. El problema radica en la dificultad para identificar daño en situaciones donde lo reprochable es la realización de un acto que es parte —remota pero necesaria— de la causa de nacimiento de un ser

Para comprender cabalmente el inconveniente, se puede suponer el siguiente experimento mental. Se suele suponer que la política P2 que cabe adoptar en un momento T1 es más beneficiosa para las generaciones futuras que otras políticas alternativas, o simplemente la política consis-

tente en no hacer nada (política P1). Sin embargo, se puede sostener que tales medidas no benefician a los sujetos que hubieran habitado el mundo de no haberse puesto en práctica la política P2, dado que ellos, si se adoptó P2, no llegarían a existir y por tanto no habrán sido beneficiados en ningún sentido metafísicamente posible. Así, se puede pensar en medidas tales como la decisión que debe tomar una comunidad para construir una central nuclear para que haya energía. De resultados de esa acción, se consigue que la generación presente tenga mayor bienestar. Así, el frío y la falta de confort de la generación actual ya no es un problema que incida sobre sus decisiones reproductivas de modo que nacerán individuos que de otra forma no lo hubieran hecho. Sin embargo, se sabe que los desechos de la central liberan una fuga radiactiva que hace que las siguientes generaciones sufran enfermedades varias (de Lora, 2006). Para proteger estos seres de nuestro ejemplo hipotético, es posible tipificar penalmente conductas que tiendan a salvaguardar las condiciones ambientales. En este caso la prohibición de instalar plantas de energía nuclear con el fin de que las generaciones futuras no tengan que lidiar con los residuos radiactivos presentes.

La prohibición de instalar o reabrir plantas de energía nuclear parece ser un medio adecuado para proteger los intereses de las personas que, en este ejemplo hipotético, vivirán en el futuro. ¿Pero es esto realmente así? En lo que sigue, se intentará explicar por qué la prohibición no puede proteger a estos seres futuros concretos de nuestro ejemplo, pero sin embargo es la mejor opción y por tanto se encuentra justificada.

2. Soluciones convencionales

En cuanto al *problema general* (P.G.), la doctrina penal de la tradición alemana, ha buscado la posible justificación de la censura penal en el concepto de bien jurídico —formulado por Feuerbach y posteriormente desarrollado por Birbaum— con diferentes alcances. A modo ilustrativo, se presentan las siguientes tesis:

Desde una teoría *personal* del bien jurídico (Hassemer, 2007; Ferrajoli, 1989; Muñoz Conde, 1995) se niega toda legitimidad al derecho penal para erigirse en factor de protección de las generaciones futuras. Así, sostienen que regular con derecho penal procesos sistémicos y macrosociales, con la consiguiente modificación expansiva de la responsabilidad que ello implica, le haría perder sus perfiles liberales, cayendo en una exclusiva orientación preventiva exenta de límites garantísticos. Asimismo, las prohibiciones no pueden legitimarse desde una protección del medio ambiente basada en una tutela dependiente de los bienes jurídicos perso-

nales, por cuanto requisito de un injusto penalmente relevante desde esta perspectiva, es el grado de peligro actual para intereses personales.

Por el contrario, para el sector de la doctrina que podría llamarse *modernizador* del derecho penal (Kuhlen, 1993; Hefendehl, 2002; Schünemann, 2002; Stratenwerth, 2007), la protección del ambiente viene a configurarse como uno de los intereses esenciales a proteger penalmente. Ello, por una improrrogable necesidad de garantizar la supervivencia del futuro de la especie humana, la que puede fundamentarse en un pacto social intergeneracional. Esta posición si bien parece más satisfactoria, pierde de vista la circunstancia de que la idea de contrato social tiene sentido si existe un beneficio mutuo, circunstancia que no puede darse en contextos intergeneracionales.

Por último, la conceptualización del bien jurídico como posibilidad de participación del individuo en la sociedad (Kindhäuser, 2009; Alcacer Guirao, 2002), parece más satisfactoria para justificar las prohibiciones penales que produzcan daños a las generaciones futuras. Esta posición, que adopta ideas de ascendencia *rawlsiana*, configura al bien jurídico como una de las instituciones más importantes que organizan la estructura básica de la sociedad. Dentro de este esquema, se pretenden justificar las prohibiciones a esta clase de conductas con apoyo en el principio de *ahorro justo*. Así, si la sociedad es un sistema de cooperación entre generaciones en el tiempo, la prohibición penal viene a asegurar el esquema de cooperación en razón del interés racional de cada individuo. Sin embargo, esta conceptualización no es plausible desde que en la *Posición Original*—central en la teoría de Rawls— no sería coherente elegir un principio como el de *ahorro justo*. Esto, porque siempre cabría la posibilidad de pertenecer a la primera Generación, la cual sólo puede perder al aceptar tal principio. Éstas, si bien tienen que ahorrar para la generación siguiente, nunca han recibido un beneficio de la precedente.

En el ámbito anglosajón, la justificación de las prohibiciones penales ha tenido una evolución similar a la de la dogmática alemana:

Clásicamente desde el *principio del daño*, en la formulación de J. S. Mill (1859), se ha pretendido asegurar que los intereses primordiales del individuo sean protegidos frente a injerencias externas, para lograr la mayor optimización posible de las esferas de libertad para todos. Esta perspectiva, con argumentos similares a los sostenidos por los partidarios de la teoría personal del bien jurídico, niega la legitimidad de las prohibiciones penales de conductas que puedan dañar a las generaciones futuras.

Autores modernos que suscriben al *principio del daño*, amplían su potestad legitimante de prohibiciones, hacia conductas que pueden dar lugar a consecuencias lesivas graves y probables en el futuro (Feinberg,

1987:188; Husak, 2007:38). Así, una conducta puede considerarse lesiva cuando menoscaba un recurso a cuya existencia indemne tiene derecho otra persona. Sin embargo, esta concepción encuentra reparos al querer justificar prohibiciones que den lugar a responsabilidad intergeneracional desde que presupone un sinalagma imposible de dar hacia sujetos aún no existentes.

Las posiciones *retribucionistas* anglosajonas podrían justificar las prohibiciones que puedan afectar a las generaciones futuras desde otro punto de vista. Sostienen que la sanción al quebrantamiento de la prohibición penal viene a compensar una ventaja injusta que obtiene el infractor al ignorar aquellas cargas que los demás han asumido (H. Morris, 1976:34). Así, la prohibición se justifica con el objeto de impedir las acciones que corresponden a los *free-riders* (Hart, 1955). Las objeciones a esta posición radican también en que, la *ventaja mutua*, que existe en el cumplimiento de la ley por parte de todos los sujetos, no se puede dar en contextos intergeneracionales.

Además de las dificultades señaladas, todas las posiciones anteriores resultan insatisfactorias desde que parten de una visión “personalista” de la ética, que se resume en la idea de que los deberes de los sujetos tienen como presupuesto la afectación (positiva o negativa) de “personas particulares”. Descartan cualquier consideración acerca de conductas que produzcan malas consecuencias a personas futuras.

3. Obligaciones hacia las generaciones futuras

Antes de discutir la tesis central de este escrito, es necesario explicar por qué las sociedades actuales se encuentran directamente obligadas hacia las futuras. Para ello se discutirán las dos principales críticas a tal pretensión.

La *primera* tiene que ver con su no existencia actual. De acuerdo con ello, la existencia es una condición esencial para ser receptor de obligaciones por parte de otros. Así, cualquier proceso de asignación de derechos y obligaciones exige poder identificar al portador del derecho o receptor de la obligación. Como las generaciones futuras no existen, no tiene sentido afirmar que ellas puedan ser portadoras de derechos o receptoras de obligaciones. Esta crítica no es atinada ya que no es cierto que no se pueda tener una obligación aunque el receptor no exista. Por ejemplo, existe la obligación de prestarle el auxilio necesario a menores perdidos o desamparados o a aquellos que se encuentren amenazados por un peligro cualquiera, sin correr riesgos para quien realiza la acción. Ésta obligación, que no sólo es de índole moral, sino también legal —art. 108 Código Penal (C.P.) Argentino; art. 195 C.P. Español— existe aunque en forma contingen-

te no haya personas en la situación esbozada. Lo que esta obligación implica es que en el caso en que se identifique a un ser en la específica situación que se contempla, se le debe ayudar. El supuesto de las generaciones futuras no es distinto. Dado que en el futuro existirán otras generaciones, es posible identificar a los sujetos que pertenecen a ellas como receptores de nuestra obligación.

La *segunda* tesis que cuestiona la posibilidad de que las generaciones presentes tengan obligaciones hacia las futuras, no encuentra reparos en el status de su existencia, ya que la da por sentada. Sin embargo, recurre a la falta de información disponible en la actualidad para individualizar los intereses de las generaciones futuras. Así, si la razón para otorgar derechos es la protección de intereses relevantes, en el caso de las generaciones futuras se encuentra el problema de la imposibilidad de saber cuáles serán sus intereses. Si ese es el caso, si existe alguna obligación hacia las generaciones futuras, será la de no planificar en relación al futuro. Sin embargo, esta crítica al contrario de argumentar en contra de las obligaciones presentes, lo hace a favor (Loewe, 2010:30). Así, del desconocimiento total acerca de los intereses de las generaciones futuras, no se deriva la inexistencia de obligaciones hacia éstas. La consecuencia es, con mayor plausibilidad, la inversa. La generación presente, tiene al menos la obligación de no menoscabar las condiciones de vida de sus descendientes de un modo tan considerable, que para éstos sea imposible desarrollar una vida con dignidad.

Se ha visto como las críticas que usualmente se esgrimen en contra de las obligaciones hacia las generaciones futuras pueden ser contestadas. Sin embargo es posible fundamentarlas de una manera positiva apelando a las intuiciones. Supongamos lo siguiente: Un sujeto coloca una bomba en un hospital maternal para que explote dentro de diez meses. Como esto es así, algunas de las personas que estén en el centro de salud cuando el artefacto explote aún no han sido siquiera concebidas. Que los niños no hayan sido siquiera concebidos cuando se colocó la bomba, ¿es una razón para no responsabilizar al autor del atentado por las muertes de las personas nacidas justo antes de la explosión? La respuesta debe ser negativa. Si tal cosa es verdad, el acto dañoso del sujeto es pasible de reproche aunque cuando colocó la bomba, esos niños no hayan estado siquiera concebidos.

4. Problema de la no-identidad (N.I.)

Como se ha visto, las objeciones a la existencia de obligaciones presentes hacia las generaciones futuras pueden ser contestadas. Sin embargo, esto no resuelve todo el problema ya que, las consecuencias de las

acciones presentes para las generaciones futuras son diferentes respecto de aquellas que pueden afectar a los habitantes actuales. Los actos de las generaciones presentes pueden influir en su identidad. El ejemplo de la bomba no es el único caso que debe preocupar a la hora de analizar responsabilidad. En este, los niños que nacieron justo antes de la explosión hubiesen existido tanto se coloque el explosivo o no. En casos como este, las conductas desplegadas no afectan la identidad de los seres futuros. Por ello, cuando se pregunta acerca de las obligaciones de las generaciones presentes hacia las futuras, también deben contemplarse otros supuestos, aquellos donde tal identidad puede ser influenciada.

Ahora bien, ¿qué quiere decir que un acto puede influir en la identidad de una persona futura? Quiere decir que las elecciones presentes pueden determinar, al menos en parte, quienes van a ser las personas que vivirán más adelante. Esto se explica porque —independientemente de cuál sea la teoría de la identidad personal que se sostenga— es cierto que cada persona surgió de un óvulo y un espermatozoide concreto. Así, si uno hubiese sido concebido unos segundos después de lo que lo hizo, el óvulo hubiese sido fecundado por un espermatozoide diferente, y ese niño hubiese compartido con el primero algunos de sus genes, pero no todos. Tal situación podría sugerir que el sujeto, es más o menos la misma persona. Esto porque se asume que hay casos donde las preguntas sobre la identidad no tienen que tener una respuesta afirmativa o negativa, sino que la identidad puede ser indeterminada (Parfit, 1984:354). Sin embargo, como en el espacio de un mes de concepción, el óvulo también hubiese sido diferente, es cierto que la persona que de hecho fue concebida en otro momento temporal, nunca habría existido. Este argumento, se denomina Tesis de la Dependencia Temporal II (Parfit, 1984:355). Así, si una persona particular no hubiese sido concebida en el espacio de un mes alrededor del momento en que de hecho fue concebida, *de hecho*, nunca habría existido.

Esto no implica que hacer que se exista sea mejor que no nacer, ni tampoco supone sostener que hacer que se exista no puede beneficiar, o que la no existencia sea peor que nacer. Sólo indica que si alguien no fue concebido en determinado momento, en los hechos, no existiría.

La relevancia de este asunto puede ser comprendida si se observa el siguiente ejemplo que Parfit trae:

Una muchacha de 14 años decide tener un hijo. Como es tan joven, le daría a su hijo un mal comienzo de vida. Aunque esto tendrá efectos negativos durante la vida de su hijo, la vida de este será, previsiblemente, digna de ser vivida. Si esta muchacha esperara varios años, habría tenido un hijo diferente, a quién habría dado un mejor comienzo de vida (Parfit, 1984:358).

Se puede suponer que se intenta convencer a la muchacha que espere, y tenga su hijo más adelante porque de lo contrario su decisión será peor para él. Sin embargo, la niña tiene su hijo a los 14 años. ¿Se tenía razón cuando se le afirmó que su decisión sería peor para su hijo? Parfit recuerda que, si ella hubiese esperado, ese niño concreto nunca habría existido, y no obstante su mal comienzo de vida, su vida fue digna de vivirse. Así, la elección de la muchacha no fue peor para su hijo. Esto porque la decisión en cuestión se encuentra atravesada por el problema de la No-Identidad (N.I.); es decir que en los diferentes resultados, nacerían diferentes personas. Ante esto, nuevamente se pregunta el autor: ¿Se cambia de opinión sobre su decisión? ¿Se deja de pensar que sería mejor que la muchacha hubiese esperado?

Si se cambia de opinión, es porque se piensa que por más que se tengan razones para no causar vidas futuras que valen menos la pena ser vividas, esas razones son débiles porque esas vidas pueden ser vividas por diferentes personas. Entonces, estos actos no pueden ser peor para nadie. Esta tesis, suele ser denominada como *Teoría de los dos niveles* (T2N) (Parfit, 2011:219). Si tal idea es correcta, el N.I. es importante desde que nuestras obligaciones hacia el futuro pueden depender de si nuestros actos serán peor para alguien. Sin embargo, como se verá luego, esta teoría no es convincente.

Pero antes de discutir tal cosa, es posible que se piense, luego de conocer todo lo que se sabe sobre la decisión de la niña, que la crítica a su decisión no desaparece. Si es así, la objeción no puede argüir que su elección fue peor para su hijo. Se debe reconocer, entonces, que dado que las futuras vidas serán vividas por las mismas personas, da lo mismo si el resultado de un acto es peor o no para esas personas. La objeción, recuerda Parfit, tiene que apelar a un principio diferente, debiera decir que: es moralmente peor si aquellos que viven en uno de los dos escenarios posibles, están peor o tienen una peor calidad de vida que aquellas personas que habrían vivido en el escenario diferente. Este argumento, es conocido como *Teoría de la Calidad del Mismo Número* (C) (Parfit, 1984:360)¹. Si se acepta (C), entonces la objeción a la decisión de la muchacha es plausible. Sin embargo, supone que el N.I. no tiene importancia práctica, lo que es un problema. Esto, debido a que las teorías tradicionales utilizadas para legitimar prohibiciones, y dentro de éstas las penales, implican que (C) es falsa.

5. No-identidad y principio del daño

Desde el principio del daño, en la formulación de J. S. Mill (1859), se ha pretendido asegurar que los intereses primordiales del individuo

¹ Llamado *Teoría de la No diferencia* en PARFIT (2011:219).

sean protegidos frente a injerencias externas, para lograr la mayor optimización posible de las esferas de libertad para todos. Así, una prohibición se encuentra justificada, sólo si una acción puede afectar a un sujeto concreto. No se quiere decir con esto, que sólo se refiera a personas presentes, sino a personas particulares. Es una *persona particular*, aquella que de hecho existe o existirá. En contraposición, una *persona general*, es un gran grupo de gente posible, donde uno de ellos será real (Parfit, 2011:220)². El principio del daño supone que para que una prohibición esté justificada, se debe tener —al menos— la posibilidad de afectar a una *persona particular*. Sin embargo, tal aseveración representa un problema, ya que como se sugirió en el ejemplo de la joven, en contextos intergeneracionales, esto no es posible.

Para comprender este punto, Parfit trae un nuevo ejemplo. Recuerda que en un futuro distante, si la Tesis de la Dependencia Temporal II es correcta, de acuerdo a cuáles sean las políticas que se elijan, las personas concretas que existirán no serán las mismas:

La Reducción: Como comunidad, tenemos que elegir entre reducir o conservar cierta clase de recursos. Si elegimos la Reducción, la calidad de vida durante los próximos dos siglos sería ligeramente más alta de lo que habría sido si hubiéramos elegido la Conservación. Pero más tarde sería, durante muchos siglos, mucho más baja de lo que habría sido si hubiéramos elegido la Conservación. La razón sería que, al comienzo de este período, la gente tendría que encontrar alternativas para los recursos que nosotros habríamos reducido (Parfit, 1984:361-362). Si se elige la Reducción, ¿Afecta a alguien nuestra elección?

Como consecuencia de adoptar la Reducción, entonces, la calidad de vida asciende por los próximos dos siglos, pero sin embargo durante muchos siglos posteriores, los habitantes del planeta tendrían una calidad de vida más baja de la que hubiesen tenido si se hubiera elegido la Conservación. Sin embargo si se hubiese decidido por esta última, ellos —de hecho— nunca habrían existido. Así, tanto si se piensa que causar que se exista puede beneficiar, como si se cree que causar que se exista no puede

² A primera vista, esta clasificación entre *personas generales* y *personas particulares* parece análoga a aquella otra esbozada por PARFIT en *Razones y Personas* (1984:357), entre *personas futuras* y *personas potenciales*. Sin embargo tienen diferencias. *Personas potenciales*, son aquellas que dependen de decisiones personales; en tanto que las *personas futuras*, existirán en todo caso de manera independiente de nuestras acciones. Como reconoce DAVID HEYD (Citado por DE LORA, 2006:54), esa es una distinción tributaria de la perspectiva del sujeto: Así, para nosotros son *personas futuras*, todas aquellas que van a nacer durante los próximos diez meses en la India, cuando para a cada una de las personas fértiles que vivan en la India que estén pensando en su maternidad o paternidad, se trata de *personas potenciales*. En cambio, para la clasificación entre *personas generales* y *particulares*, la perspectiva del sujeto presente es irrelevante. De hecho, una *persona general* puede incluir tanto a una *persona futura* o a una *potencial*.

beneficiar, se debería argumentar que la elección por la Reducción no será peor para las personas futuras. Esto porque aunque baje su calidad de vida por varios siglos, la elección no será peor para nadie (concreto) que alguna vez viva. Cuando se decide entre dos políticas sociales o económicas como las descritas, no es cierto que, en el futuro lejano, vayan a existir las mismas personas se elija lo que se elija. Por ello, no es verdad que una elección como la Reducción vaya en contra de los intereses de las personas futuras (Parfit, 1984:363). Consideraciones similares pueden expresarse respecto del desecho de residuos tóxicos por parte de determinadas empresas.

En contra de lo expuesto, se puede argumentar que, si bien elegir una política como la Reducción no perjudica a las generaciones futuras, el ejemplo no es bueno desde que no se percibe daño, ni siquiera a la persona *general*. Si esto es lo que se piensa, será útil considerar el que sigue:

La Política Arriesgada: Como comunidad, tenemos que elegir entre dos políticas energéticas. Las dos serían completamente seguras por al menos tres siglos, pero una implicaría riesgos en el futuro más lejano. Esta política supone el enterramiento de desechos nucleares en áreas en que, en los próximos siglos, no hay riesgos de terremoto. Pero como estos desechos seguirán radiactivos durante miles de años, habrá riesgos en el futuro más lejano. Si elegimos esta Política Arriesgada (P.A.), el nivel de vida será algo más alto en el próximo siglo. La elegimos. Como resultado, hay una catástrofe muchos siglos después. Se libera una radiación que mata a miles de personas. Aunque les mata la radiación, estas personas habrán tenido una vida digna de vivirse. La radiación sólo afecta a personas que nacen después del escape, a las que les hace contraer una enfermedad incurable que las mata a la edad de 40 años. (Parfit, 1984:371).

Puesto que se elige la (P.A.), habrá miles de personas que morirán a causa de la radiación. Sin embargo, si se hubiera apostado por la otra alternativa, la política segura (P.S.), nunca habrían existido estas personas concretas. En su lugar, habrían vivido personas diferentes. La elección presente influirá en quién vivirá luego. Después de estas consideraciones, como sugiere el autor, cabe nuevamente la pregunta: ¿Fue la elección de la (P.A.) peor para alguien? Y la respuesta, también debe ser negativa. Sin embargo, aunque la elección de la (P.A.) no fue peor para nadie, puede decirse que, desde que se causa una catástrofe que las mata, perjudica o daña a esas personas. El principio del daño, podría aportar la solución correcta si no existiese el N.I. Así, si en el futuro existiesen las mismas personas se elija lo que se elija, apostar por la (P.A.), afectaría seriamente a esos sujetos. Se podría responsabilizar a la generación presente por ir en contra de los intereses de las personas futuras. Sin embargo, el N.I. existe. Por tanto la elección de la (P.A.) no puede ser peor para quienes la catástrofe mate más tarde. Se sabe que si se elige la (P.A.), se provocará que mucha gente muera

en el futuro. Pero también se conoce que si se hubiera elegido la (P.S.), las personas que mueren nunca habrían nacido. Como la vida de estas personas es una vida que vale la pena ser vivida, la elección de la (P.A.) no es peor para ellas.

Así y todo, existe otra razón por la que se le puede reprochar a una persona haber actuado de una cierta manera aun cuando el efecto de su acto benefició a la persona sobre la que recae la acción. Se puede pensar en el caso en el que un sujeto, intencionalmente o de manera imprudente, atropella a un peatón que se dirigía a tomar un avión. Como consecuencia de lo sucedido, el peatón se quiebra una pierna y no puede llegar a la aeronave. El avión en el que hubiese viajado tiene un accidente y mueren todos sus ocupantes. En este caso, el peatón que sufrió la quebradura, no se vio perjudicado ya que si el incidente no se hubiese producido, habría muerto en el avión. Sin embargo, es claro que a la persona que atropelló al peatón le cabe responsabilidad. Esto, porque no se deben considerar los efectos reales de las acciones, sino los previsibles (Parfit, 1982:116). De este modo, si es previsible que la (P.A.) produzca afectaciones a las personas futuras, su elección debería considerarse incorrecta, y por tanto existirían razones para prohibirla. Sin embargo, como se conoce el N.I., se sabe que la elección de la (P.A.) no puede ser mala para nadie.

Sin embargo, tal argumento aún no contesta la pregunta. ¿Puede responsabilizarse a un sujeto por dañar a los demás cuando se sabe que su acto no será peor para la gente dañada? La respuesta puede ser afirmativa en el caso en que se ha violado la autonomía del sujeto afectado, es decir cuando no se ha pedido su consentimiento. En contextos intergeneracionales, en efecto, no se pide el consentimiento a las generaciones futuras. Lo que justificaría suponer que se violó su autonomía. Pero, dado que no se podría pedirles a estas personas el consentimiento, es decir que tal cosa es imposible, no se puede violar su autonomía. Así las cosas, sostiene Parfit que, en vez de realizar una pregunta sobre el consentimiento se debiera considerar si las personas futuras *lamentarían* que se haya tomado una decisión como la de apostar a la (P.A.). Ante este escenario, es obvio que lamentarían tener que morir a la edad de 40 años. Pero dado que sus vidas valen la pena ser vividas, no lamentarían el hecho de que un día nacieron. Por tal razón no lamentarían tampoco que se haya elegido la (P.A.) (Parfit, 1984:373).

Si bien ya se ha podido avanzar en la línea argumental, aún se podría preguntar: ¿es posible dañar a otros cuando no sólo se sabe que las personas afectadas no lamentarían el acto presente, sino además que cualquier otro acto que se podría haber hecho sería peor para ellas?

Esta pregunta refiere a los casos de compensación. Es decir, cuando por más que se esté perjudicando a alguien se está dando un beneficio

que lo compensa. El caso de la elección de la (P.A.), no sólo es uno donde la persona a que afecta no lo va a lamentar, sino además es mejor para ella. Así, si se supone que causar que se exista puede beneficiar, aunque la elección de la (P.A.) provoca que gente muera, pero también, que esa gente viva una vida que vale la pena ser vivida, no se puede sostener que la decisión daña a esa persona. Si en cambio se piensa que causar que se exista no puede beneficiar, la elección de la (P.A.), no da a las personas un beneficio que pueda ser compensado. Tal elección no es mejor para ellas. Simplemente, no es peor. (Parfit, 1984:374). Si no es peor para ellas, no puede dañarlas. Sin embargo es cierto que no en todos los casos los daños pueden ser compensados con los beneficios. Se puede imaginar el caso donde alguien decide premiar a los habitantes de un poblado arrojándoles desde un avión lingotes de oro macizo, y que uno de los lingotes le parte el brazo a uno de los isleños (De Lora, 2001:50). Por más que el dinero obtenido con el oro puede compensar, y por tanto reparar, el daño producido al brazo; e incluso más, sirve para que el sujeto tenga una mejor calidad de vida, existe algo que indica que este no es un caso de compensación posible. Si se piensa que la elección de la (P.A.) es como el caso de los lingotes de oro, es porque se cree que es un problema de derechos.

6. El concepto normativo de daño

Descartada la posibilidad de existencia de un daño factico a los sujetos reales que pertenecerán a las generaciones futuras, es posible argumentar que la objeción a la elección, por ejemplo de la Reducción o a la (P.A.), se encuentra en que vulnera un derecho de las personas futuras. De este modo el concepto de daño se convierte en normativo. Desde tal visión se sostiene que, no es correcto decir que se vulneran los derechos de alguien porque se ha producido un daño, sino que se ha producido un daño porque se han vulnerado los derechos de alguien. (Feinberg, 1992:4-6). Por tanto, la razón para reprochar haber elegido la Reducción o la (P.A.), podría ser que es incorrecto causar que alguien exista si se sabe que esta persona tendrá un derecho que no puede satisfacerse.

Al igual que en el apartado anterior, se podría responder a la objeción diciendo que, si estas personas conociesen los hechos, no lamentarían que se haya tomado tal elección. Sin embargo, si bien tal cosa es plausible e incluso probable, no se puede dar por hecho que eso es lo que todos ellos harían.

Respecto del caso de la Reducción, la calidad de vida de las personas que vivirán más de dos siglos después será mucho más baja de lo que habría sido si se elige la Conservación. De hecho será más baja que

la de la generación presente y las siguientes. Así, se puede sostener que la elección las daña porque se les niega el derecho a tener iguales oportunidades e igual calidad de vida que las demás generaciones. De este modo, la elección presente hace que existan personas con derechos que no pueden realizarse. Sin embargo, podría contestarse a tal objeción que, de ningún modo podrían haber tenido mayores oportunidades, o una calidad de vida más elevada. Si la generación presente hubiera elegido otra política, nunca habrían existido. Como los sujetos concretos que pertenecen a las generaciones futuras, nunca habrían tenido tales derechos, tampoco es posible vulnerarlos. Sólo otras personas podrían haber gozado de esos derechos.

Si se elige la (P.A.), como se sabe, causará que existan personas que morirán por la fuga radiactiva. Así, se causará que existan personas cuyo derecho a una vida completa no puede realizarse. ¿Podría prohibirse tomar esta clase de elecciones para proteger los derechos de estas personas? La respuesta podría ser positiva sólo si, o bien esa era nuestra única elección; o bien se elimina el N.I. En el *primer caso*, la razón que justifica la prohibición sería que: sólo se puede causar que existan personas que morirán por la fuga radiactiva si ellas no lamentarían nuestra elección. Si ellas renuncian a su derecho a vivir una vida más larga. Como tal renuncia es posible pero contingente, una apelación a ese derecho es una buena objeción a la elección presente, que justificaría que ella esté prohibida. En el *segundo caso* —si se elimina el N.I.—, tampoco habría problemas en esbozar tal objeción. Ello porque como las personas futuras particulares existirán se elija lo que se elija, nuestra elección las priva de un derecho que razonablemente deben poder ejercer. Sin embargo en el caso de la (P.A.), no sólo existe el N.I., sino además elegir la (P.A.) no es la única alternativa. Es posible también decidir por la (P.S.). Así, la objeción a la elección de la (P.A.) no puede apelar sólo al derecho de las personas futuras a vivir más años. Debe también contemplar a los efectos en las posibles personas que hubieran vivido si se hubiese elegido de forma diferente. Esto, porque es significativo que, si se hubiera tomado otra decisión, habrían vivido diferentes personas a las que, por tanto, la elección presente no habría matado. Siendo esto así, la única razón plausible que justifica la prohibición de adoptar una (P.A.) es aquella que compara diferentes conjuntos de vidas posibles (C).

7. Más allá del daño

El problema de las obligaciones hacia las generaciones futuras, requiere que se deseche el principio del daño. En su lugar se debe adoptar uno diferente. Debe apelarse a (C) o (a la Teoría de la No-Diferencia). Esto porque proporciona una razón que permitiría justificar prohibiciones

a decisiones que vayan en contra de sus intereses. Claro que también podría decirse que, como el único principio que es válido a la hora de dotar de justificaciones a las prohibiciones es el del daño, y como no es posible dañar a las personas concretas que vivirán en el futuro, no existe hacia ellas ninguna obligación. Aún más, podría sostenerse que es incorrecto causar que existan personas con una vida que vale la pena ser vivida, pero debajo del umbral de una calidad normal de vida. Más aún, que en los demás casos, por más que no sea incorrecto hacer que existan, no existe ninguna obligación de hacerlo (Rivera López, 2011:94). Sin embargo, este último punto de vista no es el mejor. Aceptarla sugiere reconocer que no existen obligaciones para con las generaciones futuras, lo que ya ha sido descartado en este escrito. Asimismo, no resulta claro que la inexistencia de seres futuros que se deriva de tal tesis no perjudique a nadie (Gascón Abellan; de Lora, 2008:106).

Puede pensarse nuevamente en el ejemplo de la (P.A.). Aquí, las opciones son dos, si se acepta la tesis que adhiere al principio del daño, se debe sostener que haberla elegido no es incorrecto. Esto porque la tesis que se corresponde con este principio, debe sostener que aunque se les produjo un perjuicio a las personas que efectivamente vivirán en el futuro, no existe elección que pudiera haberse tomado que sea mejor para ellas. Es esta la razón que explica por qué los argumentos entorno al daño no puede dotar de justificación a la prohibición de tomar una decisión como la de apostar por la (P.A.). Asimismo explica por qué la Teoría de los dos niveles (T2N) es incorrecta. Ésta, al igual que el principio del daño, apela a los intereses de las personas que son afectadas por nuestros actos. Sin embargo, tal cosa es imposible en determinados contextos intergeneracionales.

Esa razón, si es que se piensa que son malos los efectos de acciones tales como contaminar un río, la deforestación de bosques tropicales, el entierro de residuos radiactivos o pruebas nucleares en zonas totalmente desérticas sin ningún riesgo para ser viviente actual alguno, implica que para cuestionar tales actos se debe adoptar otra teoría. En línea con Parfit, se debe apelar a (C), es decir a la Tesis de la Calidad del Mismo número (o Tesis de la No-diferencia). Teoría que prescribe que para juzgar la corrección o la incorrección de un acto se deben comparar conjuntos de vidas posibles. Por lo tanto, una acción será incorrecta y podría existir alguna razón para prohibirla si: a consecuencia de nuestros actos, aquellos que vivirán en uno de los dos escenarios futuros posibles, tienen una peor calidad de vida que la que tendrían aquellas personas que habrían vivido en el escenario diferente. De este modo, se puede explicar por qué las acciones enumeradas en último término son incorrectas.

8. En las demás elecciones

Después de lo expuesto, algún defensor del principio del daño (también de la T2N) podría decir que las consideraciones recién vertidas, si es que tiene algún valor, sólo son aplicables a casos donde las consecuencias de los actos presentes recaigan sobre las generaciones futuras. E incluso más, que sólo son aplicables a supuestos atravesados por el N.I. Si se hiciese tal concesión, la tesis a defender en este trabajo, a saber: existen acciones que no dañan a nadie, ni pueden hacerlo, pero que de todos modos su prohibición penal se encuentra justificada, sería parcialmente aceptada. Sólo parcialmente porque aún habría que aclarar el paso de lo moralmente incorrecto a la prohibición penal. No obstante, cuando se tiene en cuenta lo que (C) implica, debe rechazarse que estas consideraciones sólo sean aplicables a problemas intergeneracionales atravesados por el N.I.

La Tesis de la Calidad del Mismo Número (C) sostiene que: es moralmente peor si aquellos que viven en uno de dos escenarios posibles, están peor o tienen una peor calidad de vida que aquellas personas que habrían vivido en un escenario diferente. Tal tesis, por tanto implica otra. La cual sostiene que: da lo mismo si las consecuencias de nuestros actos dañan o no a personas concretas. Es decir, a la hora de tomar decisiones es irrelevante el daño que se les pueda causar a sujetos reales. Sin embargo, la última idea es compatible con otra que debe ser descartada. Ésta sostiene que porque con el mismo razonamiento por el que el daño es irrelevante, se podría decir que: no [se] tiene ninguna razón moral para realizar la acción buena de no dañar si nadie sufrirá la ausencia de ese bien (no ser dañado) (Rivera López, 2011:111). Sin embargo este argumento falla, porque también pone el acento en los intereses de seres, aunque potenciales, reales. No considera lo *mejor* o *peor*, para las personas *generales*. Sostener lo contrario, en contextos intergeneracionales influenciados por el N.I., supone que no puede existir objeción alguna a realizar alguna conducta que produzca consecuencias malas para algún ser futuro.

Si se vuelve al ejemplo de la (P.A.), si el principio del daño tiene relevancia, como las personas que vivirán al elegirla tendrán una vida digna de ser vivida y de otro modo no hubiesen existido, la decisión de apostar por la (P.A.) no sería incorrecta, ya que no los daña en ningún sentido posible. Pero como se piensa que decisiones como esa y otras tales como la deforestación, el calentamiento global, el uso de armas nucleares, la contaminación de aguas son incorrectas, es que el principio de daño no importa.

Y si el principio del daño no importa en estos contextos, ¿por qué habría de interesar en otros? La respuesta a esta pregunta no obstante se sugiere en el párrafo anterior, requiere un desarrollo ulterior. Aquí sólo se han esbozado unas líneas para alcanzarlo. Sin embargo, lo que queda claro es

que existen acciones cuyas consecuencias son malas por más que no tengan la posibilidad de dañar a ninguna persona concreta presente o futura³.

9. Razones para la intervención estatal

Si bien en el presente escrito la argumentación, predominantemente moral, ha sido atravesada por consideraciones políticas tales como proponer que determinada prohibición se encuentre justificada, no escapa a quien escribe que, para dar ese paso se deben dar mayores razones que las expuestas. Así, si se quiere utilizar algún criterio de corrección o incorrección moral para justificar una prohibición, aquel tiene que ser presupuesto de una teoría política determinada. En otros términos, lo político precede a lo moral. Sólo si una teoría política hace referencia a una cuestión moral, es cuando esta última puede ser relevante para [el diseño de instituciones públicas y] el derecho penal (Fletcher, 2008:217). Por tanto, si las consideraciones anteriores quieren servir como base de justificaciones penales, aquellas deben estar propuestas por una teoría política.

Se sabe que las razones para dar el paso de “lo moral” a “lo político” no pueden apelar al principio del daño; tampoco a los conceptos de bien jurídico tradicionalmente utilizados. Se debe pensar en algo diferente que sea acorde a los Estados liberales actuales. Esto, ya que para todo Estado liberal, a diferencia de uno perfeccionista o moralista, la mera inmoralidad de una conducta no ofrece razones para desincentivarla mediante el diseño de instituciones públicas (Seleme, 2012:12). En lo que sigue se presentarán ocho argumentos elaborados por la literatura que pueden tener cabida dentro de los Estados liberales republicanos. Sin embargo, es el último de ellos el que se cree resulta más plausible a la hora de resolver el N.I.

El *primer* argumento, es de índole práctica. Éste sostendría que, como el problema intergeneracional es difícilmente aprehensible, la prohibición penal viene a reforzar la improrrogable necesidad de garantizar la supervivencia de la especie humana (Schünemann, 2002:192).

El *segundo*, podría sostenerse en uno de los principios esenciales de las sociedades liberales: *la solidaridad*. Así, los tipos penales fomentarían la solidaridad necesaria para proteger a las generaciones futuras (Alcacer Guirao, 2002:17).

El *tercero*, puede apelar a intereses consolidados de una pluralidad de sujetos, tal vez de un número indeterminado o de todos. Conforme a

³ Claro que si se puede considerar que daña a una persona general.

esta idea sólo es necesario a los fines de justificar una prohibición penal un consenso común (Stratenwerth, 2007:371).

El *cuarto*, parcialmente derivado del anterior es de índole constitucional. Como la Constitución impone la obligación de proteger a las generaciones futuras, entonces, de ello se podrían derivar prohibiciones penales (Hefendehel, 2008:5) Así, por ejemplo la Constitución alemana impone responsabilidad hacia las generaciones futuras (art. 20); lo mismo el art 19.8 de la chilena y muchas otras latinoamericanas. Incluso podría, con algún esfuerzo argumental, predicarse lo mismo del art. 41 de la Constitución de Argentina.

El *quinto* argumento que justifica la intervención estatal apela al principio de igualdad. Sostiene que nuestras obligaciones con las generaciones futuras no son meramente morales sino políticas (Gosseries, 2012:78). Dentro de ellas, el Estado debe fomentar que nuestras acciones no produzcan ni un menoscabo a las condiciones de vida futuras, ni un beneficio para ellas. Claro que penalmente sólo sería plausible adoptar políticas que tiendan a evitar la primera de las opciones.

El *sexto* argumento reconoce que si existen razones para que el Estado intervenga para proteger intereses futuros de personas actuales (Attfield, 2005:38), con igual tenor debe poder hacerlo a personas que todavía no existen pero que lo harán en el futuro próximo.

Séptimo, si se acepta que el Estado pueda prohibir la realización de acciones por acciones que tendrán efectos para personas que habitan actualmente el planeta en zonas que no pueden tener ninguna relación con nosotros, de manera equivalente se debiera aceptar la prohibición con el objeto de proteger a las personas futuras. Lo lejano en el tiempo no tiene por qué ser diferente a lo lejano en el espacio.

La *octava* tesis que aporta razones para que el Estado intervenga en lo que a la responsabilidad intergeneracional respecta, recurre a la idea de libertad. Pero entendida como no dominación (Pettit, 1999:183). Esta idea, se cree, es la más plausible. Sin embargo si alguna de las otras también fuese correcta, la intervención estatal se encontraría justificada. La razón de la intervención Estatal para proteger a las generaciones futuras, entonces, estaría dada porque con ella se contribuye a fomentar la libertad entendida como no dominación. Esta idea de libertad es diferente a la concepción liberal, la cual la entiende como ausencia de interferencias. En cambio, para este ideal, propio de la filosofía política republicana, habrá restricción de libertad y por tanto dominación, sólo en el caso en que un sujeto se encuentre con capacidad de interferir, de modo arbitrario en determinadas elecciones que otro pueda realizar. Dado que lo que le interesa al republicanismo no es evitar la interferencia actual, sino “asegurarse” de

que ella no es accesible; los límites a la libertad se encuentran en las posibilidades de poner en peligro las posibilidades de vida de los demás agentes. No sólo de las generaciones presentes, sino también de las futuras. La limitación a la libertad individual [sería] en beneficio de la igualdad [no ya de derechos, sino] en el reparto de oportunidades individuales de ejercicio de esta libertad (Garrido Peña, 2012:17).

En este punto debe tenerse cuidado, ya que no se refiere a la afectación al ejercicio de derechos de las personas que vivirán en el futuro, sino a algo diferente. Se apunta a no menoscabar las oportunidades, no sólo para que el derecho pueda ser ejercido, sino para que tal derecho exista para los sujetos futuros. Esta afirmación indica que el argumento Republicano, además de aportar una respuesta política consistente con un Estado liberal, también puede resolver el problema de la No-Identidad (N.I.). Esto, porque prescinde del principio del Daño —entendido en alguno de los sentidos analizados en este trabajo— a la hora de establecer cuando una conducta es reprochable. Así, puede justificar la prohibición de, por ejemplo, adoptar una decisión como la (P.A.). La prohibición de conductas que dañen al ambiente y, por tanto, afecten a las generaciones futuras, se justifica desde que —de ese modo— se contribuye a que no se menoscabe el estado de cosas existente y necesario para que las vidas futuras puedan ser vividas en buenas condiciones.

Conclusión

Para finalizar, es útil realizar una recapitulación de las principales ideas esbozadas en el escrito y, asimismo, sugerir cuáles son las consecuencias que se desprenden de ellas.

En el trabajo se ha pretendido buscar una respuesta que permita justificar una prohibición penal tendiente a proteger a las generaciones futuras. Así, en primer lugar se han descartado las dos principales críticas a la posibilidad de fundamentar obligaciones hacia éstas. Para ello, se mostró cómo es posible tener obligaciones para con seres no existentes, siempre y cuando pueda identificarse algún sujeto que reciba un beneficio. Asimismo que la falta de información disponible en la actualidad para individualizar los intereses de las generaciones futuras, no es una objeción a las obligaciones presentes. Es un argumento que las apoya, desde que las personas actuales deben, al menos, no menoscabar las condiciones de vida de sus descendientes de un modo tan considerable, que para estos sea imposible desarrollar una vida con dignidad.

Sin embargo, se presentó una nota distintiva de las consecuencias de las acciones presentes para las generaciones futuras. Los actos pueden

influir en su identidad. Esto, porque las elecciones presentes pueden determinar, al menos en parte, quienes van a ser las personas que vivirán más adelante. Por tal motivo, se argumentó, se debe descartar tanto la posibilidad de existencia de un daño fáctico a los sujetos reales que pertenecerán a las generaciones futuras, como la posibilidad de un daño a sus derechos. Lo que fuerza a realizar consideraciones de otra índole para juzgar la incorrección de una acción. Así, se sostuvo como plausible (C), es decir la tesis parfitiana que prescribe que es moralmente peor si aquellos que viven en uno de los dos escenarios posibles, están peor o tienen una peor calidad de vida que aquellas personas que habrían vivido en el escenario diferente. De ese modo (C), se convertía en una razón moral que justificaba objeciones a elecciones presentes cuyas consecuencias perjudiquen a las generaciones futuras.

Para que las conclusiones morales puedan ser adoptadas por las instituciones estatales, se recurrió a la teoría política republicana. Ésta, compatible con los postulados de los estados respetuosos de la libertad individual, puede adoptar las preocupaciones referidas a las generaciones futuras a través del diseño de instituciones públicas, que promuevan la “no dominación”. Las prohibiciones penales, se encontrarían justificadas porque con ellas se impediría el menoscabo de oportunidades, no ya para que los derechos puedan ser ejercidos, sino para que tales derechos existan. Así, el delito estaría constituido por un desafío a las oportunidades de desarrollo con las que deben contar las generaciones futuras, oportunidades que, en ausencia de prohibición penal, no existirían. Conductas como la (P.A.), la contaminación de aguas, el enterramiento de desechos tóxicos o radiactivos, o realizar una prueba nuclear en un despoblado, por más que bajo ningún punto de vista puedan ser peor para alguien, hacen que los sujetos que pertenecen a las generaciones futuras, queden a merced de las elecciones presentes. Evitar esta situación es lo que justifica prohibiciones penales de efectuar acciones que no dañan a nadie ni pueden hacerlo de ningún modo.

Bibliografía

ALCÁ CER GUIRAO, RAFAEL (2002), “La Protección del Futuro y los Daños Cumulativos”, en RE-CPC 04-08 <http://criminet.ugr.es/recpc>.

ATTFIELD, ROBIN (2005), *Generaciones futuras: Considerando todas las partes afectadas*, ISEGORIA/32.

DE LORA, PABLO (2001), “La Vida como Mal”, en Revista *Claves de la Razón Práctica*, junio 2001 n° 113, pp. 45-53.

DE LORA, PABLO (2006), “¿Qué hay de malo en tener hijos?”, en *Anuario UAM*, Madrid, n° 10, 2006, pp. 45-64.

- FEINBERG, JOEL (1984), *Harm to Others: The Moral Limits of Criminal Law*. Oxford, Oxford University Press.
- FEINBERG, JOEL (1994), *Freedom and Fulfillment*, Princeton University Press, Princeton.
- FERRAJOLI, LUIGI (1995), *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid.
- FLETCHER, GEORGE P. (2008), *Gramática del Derecho Penal*, trad. F. Muñoz Conde, Hammurabi, Bs. As.
- GARRIDO PEÑA, FRANCISCO (2012), "Republicanismo y Ecología Política" en *Revista Seqüencia*, n. 64, julio 2012, pp. 15-38. <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p15>.
- GASCÓN ABELLAN, M.; DE LORA, P. (2008), *Bioética: principios, desafíos, debates*, Alianza, Madrid.
- GOSSERIES, AXEL (2012), "La Cuestión Intergeneracional y la Herencia Rawlsiana" en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"* - Año VI, Número 8, 2012, pp. 71 a 90.
- HART, H.L.A. (1968), *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford.
- HASSEMER, WINFRIED y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (1995), *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Barcelona, Tirant lo Blanch.
- HEFENDEHL, ROLAND, (2002), "¿Debe ocuparse el derecho penal de los riesgos futuros?", en REPC 04-14 N° 4. Granada. <http://criminet.ugr.es/recp>.
- HEFENDEHL, ROLAND (ed.) (2007), *La Teoría del Bien Jurídico*. Madrid, Marcial Pons.
- HUSAK, DOUGLAS (2007), *Overcriminalization: The limits of the Criminal Law*. NY, Oxford University Press.
- KINDHÄUSER, ÜRS (2009), "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal", en *revista InDret*, Barcelona. <http://www.indret.com/pdf/600.pdf>.
- KUHLEN, LOTHAR (1993), *Umweltrafichts- auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*, ZStW 105.
- LOEWE, DANIEL (2010), "Obligaciones hacia las Generaciones Futuras: el caso contractual" en *Veritas*, Porto Alegre v. 55, n 1, enero/abril 2010 pp. 21-66.
- MILL, JOHN S. ([1859] 1992), *Sobre la Libertad*. Madrid, Alianza.
- MORRIS, HERBERT, (1976), *On Guilt and Innocence: Essays in Legal Philosophy and Moral Psychology*. Berkeley, University of California Press.
- PARFIT, DEREK (1982), "Energy and the Further Future" en *Philosophy and Public Affairs* vol. 11 n° 2, 1982, pp. 112-121.
- PARFIT, DEREK (1984), *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press.
- PARFIT, DEREK (2011), *On What Matters*, Tomo II, Oxford University Press, Oxford.
- PETTIT, PHILIP (1999), *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Paidós Bs. As.
- PRITTWITZ, CORNELIUS (2003), "Sociedad del Riesgo y Derecho Penal", en *Revista Estudios* 91, Castilla-La Mancha. <http://www.cienciaspenales.net>.

RIVERA LÓPEZ, EDUARDO (2011), *Problemas de Vida o Muerte. Diez ensayos de bioética*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires.

SCHÜNEMANN, BERND (2002), *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, B de F, Madrid.

SELEME, HUGO (2012), “La Maternidad por Subrogación y los Límites a la Autonomía”, en *Revista jurídica LA LEY* 18/01/2013.

STRATENWERTH, GÜNTER (1993), *Zukunftssicherung mit dem Mitteln des Strafrechts?*, ZStW.

STRATENWERTH, GÜNTER (2007), “La Criminalización en los Delitos contra Bienes Jurídicos Colectivos” en: HEFENDEHEL, ROLAND (ed.) (2007), *La Teoría del Bien Jurídico*. Madrid, Marcial Pons. pp. 365-372.

VON HIRSCH, ANDREW y WOHLERS, WOLFGANG (2007), “Teoría del Bien Jurídico y Estructura del Delito. Sobre los criterios de una imputación justa” en: HEFENDEHEL, ROLAND (ed.) (2007), *La Teoría del Bien Jurídico*. Madrid, Marcial Pons, pp. 285-308.



SECCIÓN II
DERECHO PRIVADO

LA CAPACIDAD RESTRINGIDA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO[†]

Isabel Lucía Alem de Muttoni*

Resumen: En el proyecto de código unificado queda asegurada la presunción de capacidad y como consecuencia de la misma, la validez de los negocios jurídicos, la autonomía en la toma de decisiones y el debido proceso con defensa en juicio. Estos postulados son fundamentales para la decisión judicial que limite la libertad de las personas. El proyecto de unificación está sujeto a los presupuestos ya consagrados en los fallos que a partir de 2005 ha dictado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fuente hermenéutica obligatoria conforme lo establecido en el Título Preliminar.

Palabras claves: capacidad jurídica universal - derecho a la salud - informe interdisciplinario - principio de autonomía - redes de apoyos y salvaguardas - temporalidad de la sentencia.

“Cada persona brilla con luz propia entre todas las demás. No hay dos fuegos iguales. Hay fuegos grandes y fuegos chicos y fuegos de todos los colores. Hay gente de fuego sereno, que ni se entera del viento, y gente de fuego loco, que llena el aire de chispas. Algunos fuegos, fuegos bobos, no alumbran ni queman; pero otros arden la vida con tantas ganas que no se pueden mirar sin parpadear, y quien se acerca se enciende”¹.

I. Introducción: Las personas con capacidad restringida

I.1. Fundamentos de la reforma

El tema a tratar en este capítulo sobre las personas con capacidad restringida, se encuentra regulado en el Proyecto de Código Unificado del Código Civil y Comercial, Libro Primero, Parte General, Título I, Persona Humana, Capítulo 2, Capacidad, Sección 3º, Restricciones a la Capacidad, comprende los párrafos del primero al quinto.

Hacemos la advertencia metodológica, que el tema a tratar sobre “las personas con capacidad restringida” se analizará haciendo un ejercicio de ficción como si el referido proyecto estuviera vigente. Se puntualiza-

[†] Recibido el 02/05/2013, Aprobado el 27/09/2013.

* Abogada, Profesora Adjunta Interina Derecho Privado I y VIII, Coordinadora de Extensión del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, mail: memecaalem@gmail.com.

¹ GALEANO, EDUARDO, *El libro de los abrazos*, El mundo, Catálogos, p. 1.

rá su impacto con la legislación especial a la que remite, como son la Ley de Salud Mental (26.657/10), la Ley de Identidad de Género (26.743/12), Ley de Muerte Digna (26.742/12) y a ésta última la concordamos con la Ley de los Derechos del Paciente (26.529/09).

Los fundamentos expuestos en el Anteproyecto de la reforma se ubican en el Capítulo 2, “Capacidad”, y se pueden señalar: 1º) en su aspecto valorativo sostiene una **igualdad real** entre las personas con plena capacidad y aquellas que sufren discapacidad física o mental, lo que significa un cambio de paradigma. Sostiene la **no discriminación de las personas con capacidades diferentes**, instituyendo el derecho a la salud como un derecho humano. 2º) el código unificado distingue la capacidad de derecho de la capacidad de ejercicio, adecuándola a los patrones de **capacidad jurídica universal** flexibilizando las normas para adecuarlas a los modelos fijados en la Convención de los Derechos del Niño y a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, y de conformidad a la nueva Ley de Salud Mental. Además en cumplimiento del artículo 12 CDPD², de jerarquía constitucional que recomendó a los países a realizar los ajustes razonables en cuanto a la capacidad jurídica; para dar un concepto más amplio de la misma, el código unificado regula la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones y la capacidad de ejercicio de esos derechos. 3º) Se reserva el instituto de **la representación para casos excepcionales** y extremos de absoluta falta de habilidad del sujeto para dirigir su persona o administrar sus bienes, es decir que las restricciones están legalmente

² **Artículo 12. — Igual reconocimiento como persona ante la ley.** 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

previstas en los artículos 22, 23, 32 segundo párrafo del proyecto. 4º) El código unificado, con relación al derecho interno, señala las **reglas generales a observarse en toda decisión judicial que limite la capacidad de ejercicio de las personas** y cuáles son las facultades del juez para determinar las restricciones prescriptas en los artículos 23 y 32 primer párrafo. 5º) Se integra una nueva categoría, la de los **adolescentes** que comprende a las personas de **13 a 16** años, artículos 25 y 26 del proyecto. 6º) Determina **quienes** pueden ser protegidos por estos procesos, **personas legitimadas** para iniciarlos, señala facultades y deberes judiciales, el régimen de la prueba, artículos 32, 33, 34, 35, 36 y 37. 7º) Establece redes de **apoyo y salvaguarda**, priorizando los aspectos personales, sociales y familiares de la persona a proteger, artículo 43. 8º) Fija pautas para los **traslados e internaciones** conforme regulación internacional, artículos 41 y 42. 9º) Sistematiza las normas sobre **validez y nulidad de los actos celebrados por estas personas**, artículos 37, 38, 44, 45, 46 y 47. 10º) Conserva el instituto de la **inhabilitación** para los pródigos teniendo en cuenta el **aspecto patrimonial**, artículos 48 y 49. 11º) Mejora la porción disponible del heredero con discapacidad, artículo 2448, del libro V, como acto personal del causante sin necesidad de la existencia de una declaración objetiva. 12º) La **temporalidad de la sentencia** ratifica lo prescripto por la ley de salud mental en cuanto habilita la revisión de la sentencia, artículo 40 del proyecto.

II. Análisis del proyecto

El Título Preliminar en sus artículos 1º y 2º referidos a las fuentes y aplicación del derecho y criterios de interpretación del mismo nos señalan cómo deben interpretarse las leyes. En primer lugar, conforme a la Constitución Nacional y a los tratados en los que la República sea parte. Señala a la jurisprudencia como fuente formal del derecho, la que a partir del año 2005, a través de los fallos de la CSJN cambió los paradigmas sobre las personas con discapacidad, en fallos ejemplares como Tufano, (Fallos: 328: 4832, Sent. 27-12-2005), Hermosa, (Fallos: 330: 2774, Sent.12-6-2007) y R.M.J (Fallos: 331: 211, Sent. 19-2-2008). Los mismos enunciaron los principios rectores en materia de discapacidad, los que fueron incorporados en la legislación especial a la que alude el artículo primero en el primer párrafo in fine, al señalar: *“según las leyes que resulten aplicables”*. Estos son: **debido proceso, protección de los enfermos mentales y mejoramiento de la atención de la salud mental** (Res.46/119 Asamblea ONU A-46-49-1991-Nº 49, anexo 188-192), **inmediatez y economía procesal** para que el **juez del domicilio** sea quien se ocupe de la **tutela efectiva**, adoptando medidas de protección inmediata para los más vulnerables, en el caso de

internación, la misma sea ordenada por el tiempo mínimo indispensable, sea **revisada periódicamente** para que ésta no signifique una auténtica privación de la libertad.

Los principios enunciados garantizan una eficaz protección de los derechos humanos, se denunció en los considerandos de los referidos fallos, la existencia de una *“debilidad jurídica estructural”* del sistema a que son confinados las personas con padecimientos mentales³. Se hace referencia al ordenamiento jurídico, lo cual permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar mayores facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en el sistema, conforme lo señalara el Dr. Lorenzetti, en su mensaje de presentación del Proyecto⁴.

III. Principio de autonomía

Partiendo del nuevo paradigma de la capacidad jurídica universal incorporada en las legislaciones de España 2003, Italia 2004, Francia 2007 y en nuestro país introducida por vía jurisprudencial a partir de 2005, logra su materialización en la Ley de Salud Mental N° 26.657, sancionada en diciembre de 2010, habiéndose producido con anterioridad a la misma, ratificación de nuestro país a los Tratados Internacionales en años anteriores, Ley 25.280/2000 y la Ley N° 26.378/2008 que incorporaron a nuestro derecho la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, respectivamente. La última convención exige a los países la adaptación de sus regímenes jurídicos a los nuevos paradigmas y se plantean interesantes debates sobre los principios de autonomía y principio de protección. Los regímenes mencionados han reforzado el principio de autonomía que asegura libertad y dignidad de la persona frente al principio de protección clásico ejercido en la tutela y la curatela.

En este punto adhiriendo a Vicente Monserrat Pereña⁵, la autonomía de las personas tiene dos aspectos: la autonomía física reconocida en el Preámbulo de la Convención de la ONU, como *“la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico, cultural, salud, la educa-*

³ KRAUT, JORGE ALFREDO, “Derechos específicos de las personas con trastornos mentales”, *RDP*, Rubinzal Culzoni, 2010-3, páginas 185 y sgtes.

⁴ LORENZETTI, RICARDO L., “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” Publicado en: *La Ley*, 23/04/2012.

⁵ MONSERRAT PEREÑA, VICENTE, “La Convención de Naciones Unidas y la Nueva visión de la capacidad jurídica, Derecho. Minorías y grupos vulnerables otra mirada a la discapacidad”. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año IV, N° 26, Julio-Diciembre de 2010 pp. 69-78.

ción, a la información y comunicaciones” en su artículo 9no., referido a la eliminación de todas las barreras arquitectónicas, medios de transportes y comunicaciones.

El otro aspecto de este principio es la **autonomía volitiva**, que afecta la toma de decisiones personales, la que tiene dos perspectivas, una **preventiva** que se refiere a la autonomía de la voluntad; es la persona quien decide el sistema o modelo que hay que establecer en el caso de perder su capacidad y elige la persona que se desempeñará como apoyo o ejercerá su representación, lo que se encuentra previsto en el artículo 43 del proyecto de código unificado, en consonancia con el artículo 7, inciso e de la LSM. Este principio tiene su antecedente en el derecho francés en el sistema de auto tutela con poderes preventivos⁶. La segunda perspectiva conforme al autor citado es la **autonomía consustancial** a la persona, la referida a su capacidad natural relacionada con cuestiones personales y derechos de la personalidad, como son la disposición de su propio cuerpo, directivas anticipadas en caso de enfermedad, reasignación de sexo, y muerte digna entre otros. Analizando la legislación vigente encontramos, la Ley del Paciente, que regula en su artículo 2 inciso e, “*Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa*”, el proyecto en el artículo 26 adelanta la edad y considera capaz al adolescente a partir de los 16 años para decidir sobre su propio cuerpo. Este artículo tropieza con el artículo 11 de la LDP, que habla de persona mayor de edad para las directivas anticipadas, y artículo 5 cuando requiere, “*voluntad suficiente*” y el artículo 3 con relación al consentimiento informado, exige a la persona “*capacidad de comprensión*”.

La Ley de Identidad de Género, en su artículo 4 mantiene la edad mínima de 18 años, para solicitar la registración de cambio de sexo y nombre. La Ley de Muerte Digna en su artículo 11, atribuye a la persona capaz mayor de edad la facultad de disponer directivas anticipadas sobre su salud, y el artículo 5 establece “*voluntad suficiente efectuada por el paciente*”. Sostenemos que habría que **armonizar las edades** para no tener una mirada discriminadora sobre las personas con discapacidad, **ensamblando las leyes especiales con el código unificado** y así poder hacer efectivos los derechos de capacidad universal que se proclaman con relación a la autonomía en la toma de decisiones⁷.

⁶ COURBE, PATRICK, *Les personnes, la famille, les incapacités*, pág. 243 y sgtes. Droit Civil- Mementos Dalloz- 7ma édition 2009.

⁷ LSM: “artículo 3... En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de... c) elección o identidad sexual”. Se impide dar un diagnóstico en el área de la salud mental fundando el mismo en la elección o identidad sexual del paciente.

IV. Las personas con capacidad restringida

IV.1. Normas del Proyecto Unificado concordantes con la legislación especial y los tratados vigentes

El Proyecto de Código Unificado en la Sección 3ª, con el título: “Restricciones a la Capacidad”, a partir del párrafo 1º Principios comunes, regula el tema sujeto a estudio.

El **artículo 31** del proyecto nos hace una enumeración taxativa de reglas generales a las que está sujeta la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica, sin mencionar la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica por incapacidad.

El texto del artículo consagra el **principio de no discriminación**, y reconoce la máxima de **capacidad jurídica universal y presunción de capacidad** que gozan todas las personas.

Establece el artículo en el inciso **a)**: *“la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume aún cuando se encuentre internada en establecimiento asistencial”*; correlativo es el artículo 3 de la LSM, que incorpora en su texto **la presunción legal de capacidad**, *“Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas”*, cumpliendo el mandato de capacidad jurídica universal aunque la misma se encuentre internada en un establecimiento asistencial.

Prescribe el inciso **b)**: *“las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona”*, en consonancia con los artículos 7, 10 y 15 de la LSM que establecen los derechos de las personas con padecimiento mental, considerado éste como un **estado modificable**, y legitima el **consentimiento informado** para toda clase de intervenciones.

El mismo artículo, expresa en su inciso **c)**: *“la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto el tratamiento como en el proceso judicial”*, el mismo contempla a la persona en su concepción integral, al establecer que la intervención estatal tanto en el diagnóstico y evaluación son interdisciplinarias, correlativo con el artículo 5 de la LSM. Este requisito demarca el principio de la sana crítica judicial, por la prueba de peritos. Al ser esta “interdisciplinaria” se está respetando el derecho del paciente a ser asistido en toda su dimensión como persona.

En los departamentos de Salud Mental de los establecimientos públicos y privados, hay docentes, asistentes sociales, fisioterapeutas, psicólogos y psiquiatras que comparten el mismo objeto de conocimiento que es la salud mental y no por eso se pasa sobre las incumbencias profesiona-

les de cada uno. El saber de cada uno enriquece el diagnóstico y mejora la decisión judicial⁸.

Sostiene el inciso **d)**: *“la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión”*. Resultando su texto similar al de los artículos 7 inciso j), 10 de la LSM, y correlativo artículo 5 de la LDP, que exigen el **consentimiento informado** para todo tipo de intervenciones. Es el derecho a la información que se debe proporcionar a través de cualquier medio, a las personas con discapacidad, la que debe comprender el abordaje, la práctica a la que será sometida, tratando de reducir la distancia entre el médico y el paciente. De esta forma se hacen efectivos los principios de no discriminación, accesibilidad universal, vida independiente e igualdad de oportunidades consagrados en las convenciones internacionales apuntadas *supra*.

Continuando con el análisis, prescribe el inciso **e)**: *“la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el estado si carece de medios”*, este principio se adelanta a lo prescripto en los artículos 35 y 36 del proyecto, que tienen su correlativo en el artículo 22 de la LSM, asegurando la **participación del interesado** en el proceso y contar con un abogado para que lo patrocine.

Finalmente expresa el inciso **f)**: *“deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades”*; tiene este inciso su correlato con lo prescripto por los artículos 27, 28, 29 y 30 de la LSM. Esta iniciativa responde al nuevo paradigma de salud mental que es la **“desmanicomialización”** que significa decir no a los hospitales psiquiátricos monovalentes. La norma pretende que las alternativas terapéuticas deban desarrollarse en hospitales generales, para que el tratamiento a seguir no sea un acto discriminatorio y el mismo sea abordado interdisciplinariamente⁹.

El **artículo 32** del proyecto que regula el **proceso de la declaración de capacidad restringida**, se opone a los principios de no discriminación de la CDPD de la ONU, ya que por un lado regula la capacidad restringida

⁸ ALEM DE MUTTONI, ISABEL LUCÍA, Comentario a fallo titulado: “¿Es posible la declaración de capacidad parcial?” Publicado en Sección Jurisprudencia, *Revista de la Facultad* Volumen II N° 1. Nueva Serie II, Editorial La Ley, 1ra. Quincena de Junio de 2011. Bs. As. ISSN 1850-9731.

⁹ PROTOCOLO OMS, División Salud mental, Ginebra 1990, Principios básicos: promoción salud mental; prevención de trastornos mentales; acceso a la atención básica de la salud mental; evolución de la salud mental de acuerdo a los principios aceptados internacionalmente; provisión de atención menos restrictiva a la salud mental; autodeterminación; disponibilidad del procedimiento de evicción; mecanismo automático de revisión periódica; responsable calificado de la toma de decisiones; respeto a las normas legales. www.who.int/mental_health/policy/legislation_module_spanish.pdf.

y por el otro no abandona la fórmula de la incapacidad, presentando un **régimen mixto de autonomía y de protección**.

Comienza diciendo el artículo; *“El juez puede restringir la capacidad de una persona mayor de TRECE (13) años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”*.

Las condiciones que marca el proyecto para la declaración son: 1) que la persona sea **mayor de trece años**; 2) que padezca una **adicción o alteración mental prolongada o permanente**, la que debe ser diagnosticada por un equipo interdisciplinario y 3) que la discapacidad **impida a la persona desenvolverse normalmente en su vida cotidiana**. Será el **Juez el que determinará cuáles son los actos que le permite otorgar y sus limitaciones**.

Decimos discapacidad teniendo en cuenta la definición que traen los artículos 48 y 2448, inhabilitación y mejora del heredero con discapacidad respectivamente, *“se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental”*¹⁰, sin duda se está refiriendo a las personas que supuestamente tienen su capacidad restringida, por más que a esa definición la introduce el proyecto para regular cuestiones puramente patrimoniales.

Este primer párrafo del artículo 32, tiene su correlato con lo prescripto en el artículo 4 de la LSM, que señala a las **adicciones**, como las que sufren las personas que hacen uso de drogas, legales e ilegales, y que esa problemática integra el área de salud mental por el impacto social que dichas conductas producen y la necesidad de ser reguladas por el derecho.

¹⁰ Partiendo de un punto de vista puramente semántico, discapacidad supone: “separación de capacidad”, mientras que la minusvalía supone una deficiencia orgánica y psíquica.

Siguiendo a los profesionales de la salud, se sostiene que la invalidez se relaciona, cualquiera sea la causa generadora, con una disminución de uno ó más de los sistemas que componen el cuerpo humano, (ej.: locomotriz, digestivo, respiratorio, cardiovascular, nervioso, cerebral, etc.) lo que normalmente se estima en más de las dos terceras partes de la capacidad profesional o laboral en general.

En cambio el discapacitado es aquel que habiendo sufrido una merma en uno o más de los sistemas que componen el organismo, ya sea secuela de un accidente o de una enfermedad, o que tenga origen congénito, dicha disminución no alcanza a los niveles mencionados, evaluando sus aptitudes profesionales, su capacidad intelectual para emprender alguna tarea acorde con la capacidad restante, teniendo en cuenta edad, fuerza espiritual, y ambiente en el que se desenvuelve.

Asimismo la Organización Mundial de la Salud define a la discapacidad como “la pérdida de la capacidad funcional secundaria, con déficit en un órgano o función, y que trae como consecuencia una minusvalía en el funcionamiento intelectual y en la capacidad de afrontar las demandas cotidianas del entorno social” (GONZALEZ MAGAÑA, IGNACIO, 2010, 268 y ss.), citado por Alem de Muttoni en publicación referida en nota 5.

Finaliza el primer párrafo señalando, “*una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes*”. Coincide el precepto con el artículo 20 de la LSM, que permite la **internación involuntaria de manera excepcional**, al decir: “*cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros*”, reemplazando las normas el criterio peyorativo de “*peligrosidad*” con el que antes eran estigmatizados las personas con trastornos mentales.

El segundo párrafo del artículo 32 expresa: “*Cuando por una causa de enfermedad mental una persona mayor de TRECE (13) años de edad se encuentra en situación de falta absoluta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes el juez puede declarar la incapacidad. En ambos casos, según corresponda, el juez debe designar un curador o los apoyos que resulten necesarios y fijar sus funciones*”, se mantiene el régimen de la incapacidad del Código de Vélez Sarsfield, encontramos acá el **sistema de sustitución** en la toma de decisiones. Será el Juez quien decida en esos casos extremos y excepcionales “*la extensión y alcance de la incapacidad y designar representantes o apoyos*”, conforme lo prescribe el artículo 38 del proyecto referido a la extensión de la sentencia.

En la última parte del artículo se pronuncia el texto a favor de la **autonomía consustancial**, como el impulso propio para la toma de decisiones, “*Los designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida*” concordante con el artículo 7 inciso b de la LSM, respetando su vida privada y libertad de comunicación.

Están legitimados conforme el **artículo 33** del proyecto, para impulsar el proceso de declaración de incapacidad o restricción de la capacidad: a) el **propio interesado**, es correlativo este inciso con el artículo 36 del proyecto que autoriza la intervención del interesado en el proceso; el artículo 18 de la LSM, señala “*la persona internada podrá decidir por sí misma*”.

También están legitimados: b) **el cónyuge no separado de hecho** y el **conviviente** mientras la convivencia no haya cesado; c) **los parientes dentro del cuarto grado**; si fueran por afinidad, dentro del segundo grado; d) **el Ministerio Público**.

El **artículo 34** del proyecto prevé: “**Medidas cautelares**. Durante el proceso, el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona”, las mismas tienen una función de garantía evitando la indefensión personal y el desapoderamiento de los bienes del presunto discapacitado. La decisión por parte del juez, debe ser de carácter restrictivo, atendiendo las particularidades del caso.

Prescribe el artículo: “*En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuales la representación de un curador. También puede designar redes de apoyos y personas que actúen con funciones específicas según el caso*”, el precepto acepta el mandato del artículo 12 inciso 5 de la CDPD, que expresa, “*ser propietarios o heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos*”, y artículo 22 in fine de la LSM. En cuanto a las redes de apoyo las mismas están legisladas con minuciosidad en el artículo 43 del proyecto que más adelante se analizará.

El **derecho a ser oído** es receptado en el artículo 35, que prescribe: “*Entrevista personal. El Juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias*”. Tiene la norma su correlativo en el artículo 7 de la LSM, que hace una enumeración detallada de los derechos de las personas con “*padecimiento mental*”. El derecho a ser oído es receptado en el fallo “*Tufano*” de la CSJN¹¹, como un derecho humano. La Dra. Silvana Ballarin citada por María G. Iglesias¹², expresa: “*que la intermediación de la audiencia permite reinstituír a E como sujeto del derecho. Acerca de la eficacia del cara a cara con el otro en situaciones de asimetría social*”¹³.

El **artículo 36** es correlativo al analizado en el párrafo anterior, permitiendo al interesado tomar parte en el proceso de restricción de la capacidad o su declaración de incapacidad. Señala la norma: “*la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa*”, como consecuencia de la **presunción de capacidad para intervenir por derecho propio en el proceso** del que es parte interesada.

¹¹ “*Tufano*”, CSJN: “en efecto, en los procesos donde se plantea una internación psiquiátrica involuntaria o coactiva, es esencial el respeto a la regla del debido proceso en resguardo de los derechos fundamentales de las personas sometidas a aquélla”. El art. 8, párrafo 1º de la Convención Americana de los Derechos Humanos prescribe: “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada con ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*”.

¹² IGLESIAS, MARÍA G., “*Capacidad Jurídica: restricciones a la capacidad en el Anteproyecto de Código Civil. Entre la incapacidad y los apoyos*”, *Jurisprudencia Argentina*, Número Especial, El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil, 2012-II, Ed. Abeledo Perrot.

¹³ Del Voto de la Dra. Silvana R. Ballarin, Jueza de Flia., Trib. de Flia. N° 1, Mar del Plata, “*D. E. J. s/insania y curatela expte. 22272*”.

Sigue el artículo 36: “Interpuesta la solicitud de declaración de incapacidad o de restricción de la capacidad ante el juez correspondiente a su domicilio o del lugar de su internación, si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio”. El precepto respeta el **principio de inmediatez** fijando la competencia del juez de su domicilio o del lugar de su internación, y coadyuva al contacto directo y personal del órgano judicial con el afectado por la medida¹⁴. Tiene la norma correlato con lo dispuesto por el artículo 22 de la LSM, referido a la **facultad** del presunto incapaz **de designar un abogado** y si no lo hiciera el Estado debe proporcionárselo, el profesional designado ejercerá el control de las actuaciones y la defensa técnica en el proceso. La norma plasma el principio del artículo 13 de la CDPD, sobre el **acceso a la justicia** de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás¹⁵.

EL **artículo 37**, señala el **formato de la sentencia** declarativa de la restricción de la capacidad o la incapacitación: “la sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso: a) Diagnóstico y pronóstico; b) época en que la situación se manifestó; c) recursos personales, familiares y sociales existentes; d) régimen para protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible”. Este artículo tiene los extremos contenidos en el artículo 837¹⁶ del Código de Procedimientos Civil y Comercial de Córdoba que contempla una calificación exclusivamente médica, fija las mismas pautas de diagnóstico, pronóstico, y fecha de aparición de los síntomas del trastorno mental, extremos útiles al momento de dictar sentencia sobre todo por la validez de los actos ejecutados con anterioridad a la misma, (artículos 44 y 45 del proyecto). Destacamos valioso lo prescripto en el inciso d, que obliga al juez garantizar la “mayor autonomía posible” lo que significa autogestión y vida independiente como ejercicio de la autonomía volitiva y consustancial al mismo tiempo.

El mismo artículo 37 prescribe, “*Para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario*”, recepta lo dispuesto por

¹⁴ “Tufano” citado en nota 10.

¹⁵ CDPD, artículo 13. Acceso a la Justicia. 1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con los demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

¹⁶ CPCC CBA. Artículo 837. Los médicos, al informar sobre la enfermedad, deberán expedirse con la mayor precisión posible, sobre los siguientes puntos: 1) Diagnóstico. 2) Fecha aproximada en que la enfermedad se manifestó. 3) Pronóstico. 4) Régimen aconsejable para la protección y asistencia del presunto insano. 5) Necesidad de su internación.

la LSM que incorpora el artículo 152 ter CC, “*las declaraciones judiciales o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias*”.

Son valiosas en ese sentido las versiones taquigráficas de las sesiones de la Cámara de Senadores, al momento de la sanción de la referida norma, en donde se encuentra a través de las diferentes voces el alcance del término interdisciplina, a la que se la denomina “*reflexión conjunta desde distintas perspectivas profesionales, formativas universitarias acerca de un objeto común que es el proceso salud enfermedad en el campo de la salud mental*”¹⁷, reiteramos tomando a la persona en toda su dimensión.

El **artículo 38** nos da el **alcance de la sentencia**, “*la sentencia debe determinar la extensión y alcance de la incapacidad y designar representantes o apoyos*”.

Conforme lo establece la norma el juez deberá tener en cuenta lo prescripto por el CDPC, el Código Civil y la Ley de Salud Mental; debe armonizar los preceptos de estos tres órdenes normativos que en definitiva presentan un régimen mixto de autonomía por un lado, y de protección por otro, al decir “*Si el Juez considera que la persona está en situación de conservar su capacidad con limitaciones o restricciones, declara los límites o restricciones a la capacidad y señala los actos o funciones que no puede realizar por sí mismo. A fin de que la persona tome su decisión designará los apoyos necesarios. Se aplican las reglas de este Código relativas a la tutela, en cuanto sean compatibles, incluidas las reglas de la pluralidad*”.

La decisión quedará librada a la **prudencia judicial** que deberá respetar el principio de autonomía en las salvaguardas y proporcionalidad para no sustituir a la persona teniendo en cuenta que la representación no asiste al sujeto sino que lo sustituye, la que es necesaria en enfermedades graves como por ejemplo en el mal de Alzheimer. El Juez es el garante de las libertades públicas y los derechos inherentes a la persona, el único que puede garantizarnos que nuestra voluntad va a ser respetada frente a la incapacidad¹⁸.

¹⁷ Versión taquigráfica, Cámara de Senadores de la Nación, Reunión de la Comisión de Salud y Deporte, Salón “Eva Perón”, H. Senado de la Nación. 24 de noviembre de 2009. Presidencia de la señora senadora Giri. 24/11/2009. Reunión de la Comisión de Salud y Deporte. Juan Carlos Stagnaro, director del Departamento de Salud Mental de la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires.

¹⁸ FENOUILLET, DOMINIQUE, “Le mandat de protection future ou la doublé illusion”, *Répertoire du notariat Deffrénois* 30 de enero de 2009, número 2, pág. 143. Citado por MONSERRAT PEREÑA, VICENTE, “La Convención de Naciones Unidas y la Nueva visión de la capacidad jurídica, Derecho. Minorías y grupos vulnerables otra mirada a la discapacidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año IV, N° 26, Julio-Diciembre de 2010, ps. 69-78.

El artículo 39. "Registración de la sentencia. La sentencia debe ser inscripta en el Registro de estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia al margen del acta de nacimiento". El precepto receipta el artículo 12 de la CDPD en cuanto ordena a los Estados a realizar "ajustes razonables y adoptar medidas". Con la **inscripción marginal en la partida de nacimiento**, en el Registro Nacional y Capacidad de las Personas se da publicidad y hace a la sentencia oponible a terceros.

El párrafo siguiente del artículo se refiere a los actos anteriores a la sentencia: "*Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 45, los actos mencionados en este Capítulo producen efectos contra terceros recién a partir de la fecha de inscripción en el registro*".

El último párrafo del artículo es correlativo al artículo 40 que se refiere a la revisión de la sentencia. La misma no hace efecto de cosa juzgada y es revisable, en ese sentido el proyecto regula: "*desaparecidas las restricciones, se procede a la inmediata cancelación registral*"; anticipa el **instituto de la recuperación** regulado en el artículo 47 del mismo.

El **artículo 40** como anticipamos expresa: "*Revisión. La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el artículo 32, la sentencia debe ser revisada en un plazo no superior a tres (3) años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando audiencia personal con el interesado*". Tiene su correlato con lo prescripto por el artículo 42 de la LSM que incorpora el artículo 152 ter al Código de Vélez. El mismo sostiene la **temporalidad de la sentencia en tres años**, lo que en la práctica traerá innumerables inconvenientes. El límite temporal no ha sido puesto en relación a los límites de cinco a diez años que prescriben las leyes provinciales que rigen la expedición de certificados de discapacidad necesarios para contar con los beneficios de la seguridad social, en especial las prestaciones de obras sociales.

Una de las consecuencias de la sentencia está regulada en el proyecto en su **artículo 41, Internación**. "*La internación sin consentimiento de una persona tenga o no restringida su capacidad, procede solo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección. En particular:*

a) Debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad". Este inciso tiene sus correlatos en el artículo 14 de la LSM, en cuanto dispone: "la internación es considerada como un **recurso terapéutico de carácter restrictivo**, solo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos". El artículo 15 de dicha ley, señala: "la in-

ternación **debe ser lo más breve posible**, en función de criterios terapéuticos interdisciplinarios.” Ambos artículos de la LSM son concordantes con el artículo 16 de la misma que enumera los requisitos que deben cumplirse dentro de las 48 hs de ordenada la internación, los que tienen su fuente material en los fallos de la Corte Suprema ya mencionados, y se refieren a los principios de **razonabilidad, proporcionalidad, igualdad, y previsibilidad respetando la autonomía de los pacientes**.

Sigue diciendo el artículo analizado en su inciso **b)** “*sólo procede ante la existencia de riesgo cierto de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros*”. Este inciso se refiere a la internación involuntaria del artículo 20 de la LSM donde ha sido reemplazado el término peligrosidad, por “situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros”.

Continúa el artículo 41, inciso **c)** “*es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente*”; tiene su correlato en el artículo 14 de la LSM explicado en el párrafo anterior¹⁹.

Siguiendo con el análisis expresa el inciso **d)** “*debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica*”; En consonancia con el artículo 22 de la LSM, referido a la necesidad de nombrar una defensa técnica en el proceso, teniendo en cuenta además los códigos procesales de cada jurisdicción, en cuanto al Asesor Ad hoc.

El último inciso prescribe: **e)** “*la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión*”. Este inciso es correlativo al artículo 38 del proyecto cuando habla del alcance de la sentencia y está íntimamente relacionado con los artículos 20 y 21 de la LSM, en especial este último in fine, cuando otorga al juez la facultad de ordenar la internación cuando el equipo de salud se negase a realizarla.

La OMS pregona que la internación debe ser el último recurso que deba adoptarse en casos extremos de padecimiento mental procurando socializar a la persona y evitar su aislamiento²⁰.

¹⁹ “La internación, como recurso terapéutico de carácter restrictivo, debe ser lo más breve posible y no puede en ningún caso prolongarse para resolver problemáticas sociales —o de vivienda—, ya que el Estado debe proveer los recursos adecuados a través de organismos competentes”. “S.M.A s/ Art. 250 CPCC Incidente Familia”, Revista Familia & Minoridad, N° 91 fecha 03/06/2011. CNCiv., Sala G, Cod. Univoco 15779.

²⁰ Borrador Reglamentación de la Ley de Salud Mental, Ministerio de Salud, Capítulo VII. INTERNACIONES. Artículo 14. Se entiende que las normas de internación o tratamiento que tiendan al aislamiento de las personas con padecimientos mentales, limitando visitas, llamados correspondencia o cualquier otro contacto exterior, son contrarias al deber de promover el mantenimiento de vínculos. Las restricciones deben ser excepcionales, y debidamente fundadas por equipo interdisciplinario.

El artículo 42. “Traslado dispuesto por autoridad pública. Evaluación e internación. *La autoridad pública puede disponer el traslado de una persona cuyo estado no admita dilaciones y se encuentre en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros, a un centro de salud para su evaluación. En este caso, si fuese admitida la internación, debe cumplirse con los plazos y modalidades establecidos en la legislación especial. Las fuerzas de seguridad y servicios públicos de salud deben prestar auxilio inmediato”.*

Relacionamos lo dispuesto en el proyecto con los plazos de la LSM, que dispone en el artículo 16, el término de 48 hs, para “toda disposición de internación”; suponemos en un centro de salud dispuesta por la **autoridad pública**, —fuerzas de seguridad y servicios públicos de salud—, la que tiene que ser justificada y fundamentada.

En el caso del artículo 21 de la misma ley, cuando se produce una **“internación involuntaria”** debe ser en 10 horas notificada al juez competente, que cuenta con 48 horas más para recabar la información prevista en el artículo 20, —evaluar causales, requerir informes, peritajes, disponer externación inmediata— y tres días para resolver si autoriza o deniega la internación, siempre teniendo en cuenta una evaluación interdisciplinaria. Sigue la misma ley regulando las internaciones en el artículo 25 que establece que transcurridos los siete días en caso de internaciones involuntarias el juez debe dar cuenta al órgano de revisión y el artículo 26 impone al magistrado proceder conforme dicha ley y a las convenciones internacionales sobre niños, niñas y adolescentes²¹.

Cuando existan restricciones de carácter terapéutico que recaigan sobre algún familiar o referente afectivo, deberá asegurarse el acompañamiento a través de personas teniendo en cuenta la voluntad del interesado, nunca alcanzarán al abogado defensor, y podrán ser revisadas judicialmente. Las restricciones referidas no van en desmedro de la obligación de la institución de brindar información, incorporar a la familia y referentes a las instancias terapéuticas e informar sobre las prestaciones que brinda facilitando el acceso al conocimiento de las instalaciones e insumos que se le ofrecen a la persona. No será admitida la utilización de salas de aislamiento.

Se deberá promover que aquellas personas que carezcan de referentes familiares o afectivos en condiciones de acompañar el proceso de tratamiento, puedan contar con referentes comunitarios externos. Para ello, la autoridad de aplicación identificará, apoyará y promoverá la organización de asociaciones familiares que ofrezcan acompañamiento.

²¹ PAOLONI, LUIS, Presidente de la Asociación de Magistrados de Córdoba explicó: **El sistema.** Desde 2008, cuando el Tribunal Superior de Justicia lo dispuso por acordada, existe una instancia “prejurisdiccional” ante un pedido de internación psiquiátrica al fuero civil. Así, un médico denominado “emergencista”, del Ministerio de Salud (que depende del Ejecutivo provincial) interviene, evalúa al paciente en crisis y eventualmente dispone su internación.

En caso de que a los seis días de esa internación no hayan cesado los motivos que la originaron, recién allí interviene un juez para resolver si se continúa o no la medida, siempre con un diagnóstico médico previo.

IV. 2. Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad

El sistema de **apoyos** está previsto en el Proyecto en el Parágrafo 2º, el **artículo 43**, nos dice el concepto, “*Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite, la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos*”.

Lo legislado en el proyecto es el reconocimiento que deben hacer los estados de los principios de la CDPD, en especial el punto 4²² del artículo 12 de la misma; es un mandato novedoso que introduce en nuestra legislación los nuevos **paradigmas de autonomía** de las personas con discapacidad, que obligan a que se atiendan sus **decisiones personales** sin el menoscabo de la autonomía de su voluntad.

El principio de autonomía tiene su recepción en el artículo 7 inciso 3 de la LSM: “derecho a ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe”. Las **medidas deben procurar siempre la inclusión social del presunto** discapacitado para **promover su autonomía**

En el fuero penal, cuando se ordenan internaciones a personas que hayan cometido un ilícito —en casos de inimputabilidad del imputado o por pedido de la fiscalía de Violencia Familiar—, los jueces sólo ordenan internaciones luego de la intervención de dos peritos psiquiátricos del Poder Judicial.

Especialistas del Poder Judicial plantean que el problema del colapso de los centros psiquiátricos básicamente responde a una mayor demanda, por varias causas: el aumento de las causas de violencia familiar, el aumento de pacientes con adicciones, el crecimiento poblacional general en contraste con la misma cantidad de institutos, y la cantidad de ancianos internados —sin familia— que deberían ir a geriátricos pero que a falta de estos lugares terminan en un hospital psiquiátrico.

En especial, nombran la ausencia de una política de externación del Ejecutivo —aunque así lo indique la Ley de Salud Mental—, como hogares de día o intermedios (habría sólo dos en la ciudad de Córdoba), indispensables para trasladar a pacientes que no están tan graves como para estar encerrados en un psiquiátrico y que no tienen familias que los contengan. Diario *La Voz del Interior*, Córdoba, 25/04/2012.

²² 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

como señala la norma, además de la designación de las personas que el mismo elija, para que se desempeñen conjuntamente en la toma de decisiones.

El artículo 43 completa el principio de autonomía al decir: *“El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”*. El párrafo transcrito tiene su correlativo en el artículo 36 del proyecto que da al interesado la facultad de intervenir en el proceso, y junto a él **“persona de su confianza”**. Se elimina el curador *ad litem* al tener una asistencia técnica a través de su abogado. Los apoyos no sustituyen ni representan a la persona, la inscripción de quienes integran la red de apoyos garantiza la seguridad de los actos con terceros²³.

Este **principio de autoprotección** se refiere a la posibilidad del interesado de **nombrar anticipadamente las personas** que, según sus preferencias, sean quienes para el caso de llegar a tener una discapacidad, puedan colaborar en la toma de decisiones; podrá ser un abogado, un contador, un asesor financiero, un asistente terapéutico, todo acorde con la actividad que haya que asistir o proteger. También podrá establecerse cuáles serán los bienes resguardados y los procedimientos a seguir oportunamente en beneficio del discapacitado, cuidando la esfera personal y patrimonial, evitando los abusos y perjuicios económicos, los que estarán sujetos a la autorización, revisión o revocación judicial²⁴.

Este principio de autonomía ha sido desarrollado en el punto III del presente al que nos remitimos.

IV.3. Actos realizados por persona incapaz o con capacidad restringida

Están previstos en el Parágrafo 3º del proyecto, **artículo 44**, que señala: *“Actos posteriores a la inscripción de la sentencia. Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizado con posterioridad a su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”*.

²³ KRAUT, ALFREDO y DIANA, NICOLÁS, “Un breve panorama de la Legislación la Jurisprudencia y el Proyecto de Código Civil y Comercial, Una imprescindible relectura del status jurídico de las personas con discapacidad mental”, pág. 197, RDPC 2012-2, Rubinzal Culzoni.

²⁴ CALERO, CARLOS MARÍN, “Los apoyos a la Capacidad Jurídica de obrar de las Personas con discapacidad”, *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos*, Ediar 2012.

Mediante dicha disposición se conserva el régimen del Código de Vélez, referido a los actos entre vivos **posteriores a la inscripción de la sentencia**, los que pueden impugnarse y ser declarados nulos.

El **artículo 45** concordante con el anterior, se refiere a los actos anteriores a la inscripción, y prescribe: "*Actos anteriores a la inscripción. Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos, si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos: a) la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; b) quien contrató con él era de mala fe; c) el acto es a título gratuito*".

En este supuesto habrá que analizar cuáles son los actos anteriores análogos a los que la sentencia posterior impide al limitado en su capacidad celebrar por sí mismo; el texto impone la prueba del perjuicio y que el contratante sea de mala fe y que el acto sea a título gratuito²⁵.

Los actos sobre los que mantienen la capacidad son válidos en las personas con capacidad restringida. Habrá que hacer un minucioso análisis en el caso de las personas en las que la discapacidad es evidente, ostensible, lo que hace presumir la falta de discernimiento y la sentencia aún no haya sido inscripta. Este artículo tiene su correlato en el artículo siguiente que se refiere a la persona fallecida que da por finalizada la discusión sobre los actos anteriores a la sentencia.

Siguiendo con el análisis el **artículo 46**, expresa: "*Persona fallecida. Luego de su fallecimiento, los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden impugnarse excepto que la enfermedad mental resulte del acto mismo, que la muerte haya ocurrido después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida, que el acto sea a título gratuito, o que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe*".

El artículo transcrito **evita que los herederos inicien acciones de nulidad** de los actos anteriores a la inscripción de la sentencia. Para impugnarlos habrá que probar la ausencia de lucidez y que la muerte sea posterior a la iniciación del proceso del artículo 36 del proyecto. La consecuencia de la muerte, a nuestro entender, imposibilita la sentencia. El artículo en análisis hace la excepción a favor de los herederos cuando la falta de capacidad es notoria, al igual que en el artículo analizado en el párrafo precedente, que en el derecho francés se denomina lesión.

Con relación a los actos que pueden estar sujetos a la impugnación, el proyecto de código establece la ausencia de salud mental como impedimento dirimente para contraer matrimonio, el artículo 403 del mis-

²⁵ TOBÍAS, JOSÉ W., *La persona Humana en el Proyecto*, pág. 271 y sgtes. Revista *Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, julio 2012.

mo, inciso g expresa: *“la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial.”* El proyecto en el artículo 405, trae una novedad que habilita al impedido a contraer matrimonio, previa dispensa judicial. Esta “hipótesis de dispensa”²⁶ exige que: *“la decisión judicial requiere dictamen previo de los equipos de salud sobre la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y de la aptitud para la vida de relación por parte de la persona afectada. El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes también puede hacerlo con sus representantes legales y cuidadores, si lo considera pertinente.”*

Dentro de este supuesto podemos inferir que las personas con capacidad restringida pueden estar autorizadas para contraer matrimonio siempre que comprendan las consecuencias del acto; la norma materializa el ejercicio del principio de autonomía e inclusión social respetando las decisiones afectivas de las personas. La entrevista personal con el Juez más el informe interdisciplinario, ayudará a conocer la aptitud para el desempeño del rol familiar que se pretende ejercer teniendo en cuenta que de la unión matrimonial pueden nacer hijos.

Es interesante lo prescripto en el proyecto por el artículo 2297, que expresa: *“la aceptación de la herencia por una persona incapaz o con capacidad restringida, efectuado por el representante de una persona incapaz nunca puede obligar a éste al pago de las deudas de la sucesión más allá del valor de los bienes recibidos, en igual sentido por una persona con capacidad restringida, aunque haya actuado con asistencia o por su representante legal o convencional”.* La norma recepta la responsabilidad *intra vires* del derecho germánico, se responde en el caso de heredero incapaz o con capacidad restringida, por el valor de lo realmente adjudicado, o recibido.

Otro artículo del proyecto que dispone la nulidad del testamento y de disposiciones testamentarias es el artículo 2467, que expresa: *“c) por haber sido otorgado por persona privada de la razón al momento de testar. La falta de razón debe ser demostrada por quien impugna el acto; d) por haber sido otorgada por persona judicialmente declarada incapaz. Sin embargo ésta puede otorgar testamento en intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos como para asegurar que la enfermedad ha cesado por entonces; e) por ser el testado una persona que padece limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral y, además, no saber leer ni escribir, excepto que lo haga por escritura pública, con la participación de un intérprete en el acto.”*

²⁶ LLOVERAS, NORA, Seminario: *El Derecho y la salud mental nuevas tendencias*, Facultad de Derecho, UBA, julio 2012.

La nulidad testamentaria es una situación genérica de invalidez del acto jurídico. Procede cuando faltan los requisitos básicos de validez del testamento, con lo cual se declara nula la manifestación de voluntad del causante respecto del destino que han de tener sus bienes en el momento de su fallecimiento. Se sigue el régimen del Código de Vélez al permitir testar en intervalos lúcidos, cuestión que ha dividido a la doctrina nacional, rescato que lo importante es que el autor se encuentre lúcido en el momento del otorgamiento (Molinas, Orgaz, Fornieles, Calatayud). El último inciso del artículo en análisis, nos permite inferir que aquellas personas que por algún impedimento físico no pudieran expresar su voluntad, “comunicarse”, lo puedan hacer por medios electrónicos, y al sugerir intérprete del acto suponemos que serán los apoyos o representantes quienes exterioricen la voluntad del testador.

El proyecto en el artículo 2371, con relación de la partición sucesoria, obliga a que la misma sea judicial si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes.

Con relación a los contratos tenemos el artículo 1000, referido a los efectos de la nulidad del contrato. Expresando: *“Declarada la nulidad del contrato celebrado por la persona incapaz o con capacidad restringida, la parte capaz no tiene derecho para exigir la restitución o el reembolso de lo que ha pagado o gastado, excepto si el contrato enriqueció a la parte incapaz o con capacidad restringida y en cuanto se haya enriquecido”*. El artículo no modifica el Código de Vélez en cuanto sostiene la indemnización por equidad en la medida del enriquecimiento del incapaz o con capacidad restringida.

Correlativo a esta norma es el artículo 1323 del proyecto, referido a la capacidad del mandato: *“el mandato puede ser conferido a una persona incapaz, pero ésta puede oponer la nulidad del contrato si es demandado por inexecución de las obligaciones o por rendición de cuentas, excepto la acción de restitución de la que se ha convertido en provecho suyo”*. Dicho artículo conserva el régimen del Código de Vélez, aunque habrá que analizar en particular el objeto del mandato.

Importante es el artículo 1699 del proyecto con relación al fideicomiso testamentario, que remite a los requisitos propios del fideicomiso, al que también se le aplicara la normativa del artículo 2448 ya comentado, referido al aumento de la porción disponible a favor del heredero incapaz o con capacidad restringida.

IV.4. Cese de la incapacidad y de la restricción a la capacidad

El parágrafo 4º del proyecto, en el artículo 47 prescribe: *“Procedimiento para el cese. El cese de la incapacidad o de la restricción a la capaci-*

dad debe decretarse por el juez que la declaró, previo examen de un equipo interdisciplinario integrado conforme a las pautas del artículo 37, que dicte sobre el restablecimiento de la persona. Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador”.

La norma transcripta nos establece el mecanismo del **cese de la incapacidad** y de las restricciones a la capacidad, que deberá ser **decretado por el mismo juez** que la declaró, **previo examen del equipo interdisciplinario** y si no es total la recuperación, deberá establecer en la sentencia cuáles son los actos a los que está habilitado el interesado a ejecutarlos, sea por sí mismo o con ayuda de un curador, apoyo o asistente.

Este precepto tiene como punto de partida la presunción de capacidad de todas las personas y la posibilidad de la misma de **recuperación**, presupuesto que venimos sosteniendo a través de todas nuestras investigaciones como la citada al pie de página 7. En psicología se denomina “resiliencia”, autoras como la Dra. Amelia Dell’Anno nos dice que “son numerosos los ejemplos de individuos que pueden considerarse “resilientes” entre quienes se encuentran personas en situación de discapacidad, que no solo enfrentan sus propias limitaciones debidas a una determinada deficiencia, sino que buscan activamente una vida en dignidad, aun cuando están dados las facilidades y los apoyos que su condición demanda. Estos ejemplos no sólo se refieren a personas con discapacidad que se destacan en algún aspecto de la vida social (v.g. científicos, deportistas, artistas, profesionales) sino también a hombres y mujeres que simplemente se desenvuelven en la vida cotidiana (familiar, trabajo, tiempo libre), con responsabilidad de sentido de propósito. La promoción de la resiliencia constituye un “modelo de desafío” tendiente a generar competencias propias en un sujeto activo”²⁷. La autora citada resalta la necesidad de que la comunidad debe comprometerse con todos los medios institucionales, “fomentando posturas inclusivas” para reconocer la dignidad de las personas con discapacidad como la única manera de lograr su recuperación e integración a la comunidad.

En la desmanicomialización se trata de abrir, de construir nuevos espacios. Es cierto que hay personas que necesitan un apoyo de mayor intensidad y duración, pero siempre hay que tender a promover las capacidades del individuo. Las capacidades de resiliencia deben ser activadas para evitar un cuadro de mayor deterioro pensando en la persona en toda su dimensión individual, social y familiar.

²⁷ DELL’ANNO, AMELIA, “Bases sociales en la construcción de la capacidad de las personas. Discapacidad, Riesgo y Resiliencia”, *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos*, pág. 123, Ediar 2012.

La temporalidad de la sentencia prescripta en el artículo 40 del proyecto coincide con lo previsto en los artículos 7, 10, 15 y 42 de la LSM, que establecen los derechos de las personas con padecimiento mental considerado éste como un **estado modificable**.

IV.5. Inhabilitados

El proyecto de código unificado en el párrafo 5º se refiere a los **inhabilitados**, Artículo 48: *“Pródigos. Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad, a la pérdida de su patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación con su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes”*.

El proyecto de código reserva la figura de la **inhabilitación para el supuesto de prodigalidad en protección del patrimonio familiar**. Trae inserta una definición de discapacidad que se reitera idéntica en el artículo 2448 del proyecto, cuando se refiere a la mejora del heredero con discapacidad, merece un reproche la redundancia.

El precepto sigue el mismo criterio, médico-legal del Código de Vélez. La protección no se otorga por la mera afección psíquica sino por los **inconvenientes** que el enfermo encuentra en su **gestión patrimonial** a causa de la misma, por lo que al factor puramente clínico —enfermedad mental no configurativa de demencia—, se agregue la certeza o el peligro de que al ejercer el acto, el sujeto de plena capacidad haya causado o pudiere causar un daño a su persona o bienes²⁸.

Se plantea la duda de qué pasará con los actos conservatorios del patrimonio ejecutados por el mismo; podrán ser un elemento revelador para pedir su rehabilitación, teniendo en cuenta que al ser transitoria la sentencia la ejecución de esos actos pueden ser aptos para pedir la rehabilitación.

Los efectos de la sentencia en el caso de inhabilitación, que prevé el artículo 49 del proyecto, como los del artículo 50, son idénticos a los previstos en los artículos 38 y 47 respectivamente referidos a las personas discapacitadas o con capacidad restringida²⁹.

²⁸ BELLUSCIO-ZANNONI, *Código Civil Comentado*, t. I, pág. 585, Ed. Astrea, Bs. As. 1978.

²⁹ Artículo 49 - Efectos. La declaración de inhabilitación importa la designación de un curador, o de apoyos, que deben asistir al inhabilitado en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y en los demás actos que el juez fije en la sentencia.

V. Conclusiones

Del análisis realizado podemos inferir que en el proyecto de código unificado queda **asegurada la presunción de capacidad** y como consecuencia de la misma, la validez de los negocios jurídicos, **la autonomía** en la toma de decisiones, el **debido proceso con defensa en juicio**, como postulado fundamental para la decisión judicial que limite la libertad de las personas.

El código está sujeto a los presupuestos ya consagrados en los fallos que a partir de 2005 ha dictado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fuente hermenéutica obligatoria conforme lo establecido en el Título Preliminar.

Se han incorporado los nuevos paradigmas de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, y de las demás Convenciones ratificadas por nuestro país.

La presente labor se corresponde con la exposición llevada a cabo por la autora en el Curso de Análisis Profundizado sobre el Proyecto del Código Civil, dictado en la sede del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, el día 9 de Agosto de 2012.

Bibliografía

ALEM DE MUTTONI, ISABEL LUCÍA, Comentario a fallo titulado: “¿Es posible la declaración de capacidad parcial?” Publicado en Sección Jurisprudencia. *Revista de la Facultad*, Volumen II N° 1. Nueva Serie II, Editorial La Ley, 1ra. quincena de junio de 2011. Bs. As. ISSN 1850-9731.

BUTELER, JOSÉ A., *Manual de Derecho Civil - Parte General*, Advocatus, Córdoba, 2000.

CALERO, CARLOS MARÍN, “Los apoyos a la Capacidad Jurídica de obrar de las personas con discapacidad”, en *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos*, Ediar 2012.

CIFUENTES, SANTOS, *Código Civil Comentado*, Editorial La ley, Bs. As. 2005.

CIFUENTES, SANTOS, *Elementos de derecho civil*, Editorial Astrea, Bs. As., 1999.

Código Francés, legisfrance.gouv.fr, le service public de la diffusion du droit, y CODE CIVIL, 11e Dalloz. Edition 2012.

COURBE, PATRICK, *Les personnes, la famille, les incapacités*, p. 243 y sgtes. Droit Civil - Mememos Dalloz - 7ma édition 2009.

FAMA, MARÍA VICTORIA, “Salud Mental y Derechos Humanos hacia un sistema de gradualidad de capacidades”, *Derecho de Familia*, N° 31, Lexis Nexis, 2005.

Artículo 50 – Cese de la inhabilitación. El cese de la inhabilitación se decreta por el juez que la declaró, previo examen interdisciplinario que dictamine sobre el restablecimiento de la persona.

Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con apoyo.

FAMA, MARÍA VICTORIA – HERRERA, LUZ – PAGANO, MARÍA, *Salud Mental en el Derecho de Familia*, Ed. Hammurabi. Bs. As. 2008.

FENOUILLET, DOMINIQUE, “Le mandat de protection future ou la doublé illusion”, *Repertoire du notarial Defrenois* 30 de enero de 2009.

IGLESIAS, MARÍA G., “Capacidad Jurídica: restricciones a la capacidad en el Anteproyecto de Código Civil. Entre la incapacidad y los apoyos”, *Jurisprudencia Argentina*, Número Especial, El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil, 2012-II, Ed. Abeledo Perrot.

GALLASH SOLANO, ELISA, *Abordaje Psicosocial de personas con enfermedad mental severa de la cronicidad a la recuperación*, Editorial Intersalud, Valencia 2010.

GHIRARDI, JUAN CARLOS, *Inhabilitación Judicial*, Ed. Astrea, 1991.

GONZALEZ MAGAÑA, IGNACIO, “Algunas consideraciones acerca de las respuestas que debe brindar el estado frente a las personas con discapacidad”, *Rev. Derecho de Flia. y de las Personas*. La Ley N° 8, Set. 2010.

GIAVARINO, MAGDALENA BEATRIZ, “La autonomía de Gestión patrimonial. Variable en relación ‘curador’ ‘curado’”, *LL*, N° 11, Dic. 2010.

IGLESIAS, MARÍA G., “Capacidad Jurídica: restricciones a la capacidad en el Anteproyecto de Código Civil. Entre la incapacidad y los apoyos”, *Jurisprudencia Argentina*, Número Especial, El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil, 2012-II, Ed. Abeledo Perrot.

KRAUT, ALFREDO JORGE, *Salud Mental. Tutela Jurídica*, Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2006.

KRAUT, ALFREDO JORGE, “Derechos específicos de las personas con trastornos mentales”, *RDP Rubinzal Culzoni*, 2010-3, páginas 185 y sgtes.

KRAUT, ALFREDO y NICOLÁS, DIANA, “Un breve panorama de la legislación, la jurisprudencia y el Proyecto de Código Civil y Comercial. Una imprescindible relectura del status jurídico de las personas con discapacidad mental”, pág. 197, *RDP* 2012-2, Rubinzal Culzoni.

KIELMANOVICH, JORGE L., “El nuevo juicio de interdicción y de inhabilitación (ley 26.657)”, *Bs. As.*, La Ley del 17/02/2011, está publicado online.

LORENZETTI, RICARDO L., “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, publicado en: La Ley del 23/04/2012.

LOVERAS NORA y SALOMÓN MARCELO, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2009.

OSORIO, MANUEL, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Ed. Heliastás, Bs. As., 1994.

MAYO, JORGE – TOBIAS, JOSÉ W., “La Nueva ley 26.657 de salud mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil”, *Revista de Familia y de las Personas*, La Ley, Número 2, Año 3, Bs. As., 2011.

MARTINES ALCORTA, JULIO A., “Ejercicio de la capacidad jurídica en el Proyecto de Código”, *DFyP*. La Ley, enero-febrero 2013.

MENDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Derecho de Familia*, Lexis Nexis, N° 31, 2005.

MERLO, LEANDRO MARTÍN, “La mejora estricta para los herederos con discapacidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, *DFyP*, La Ley, julio 2012.

OROZ, RODOLFO, "La vida de las palabras", *Conferencia de divulgación científica*, Editorial Universidad de Chile, 1930.

MONSERRAT PEREÑA, VICENTE, "La Convención de Naciones Unidas y la Nueva visión de la capacidad jurídica, Derecho. Minorías y grupos vulnerables otra mirada a la discapacidad. IUS", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año IV, N° 26, Julio-Diciembre de 2010, pp. 69-78.

PAGANO, MARÍA LUZ, "Las personas con discapacidad y sus familias bajo el prisma de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad IUS", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año IV, N° 26, Julio-Diciembre de 2010, pp. 79-96.

PEREZ RIOS, JOSÉ LUIS, "El procedimiento en los juicios de inhabilitación del art. 152 bis del Código Civil", *Rev. Derecho de Flia y de las Personas*, La Ley, N° 6, Julio 2010.

Proyecto de Código Civil de la República Argentina, Abeledo Perrot, 1999.

RIVERA, JULIO CÉSAR, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte General, Tomo I, Abeledo-Perrot, 1994.

ROVEDA, EDUARDO G., "Derechos humanos de las personas con padecimiento psíquico. Necesidad de revisar el sistema de capacidad del Código Civil Argentino", *Derecho de Flia. y de las Personas*, La Ley, N° 1, set. 2009.

STAKE, ROBERT E., *Investigación con estudio de casos*, Ed. Morata, Madrid, 1998.

TOBIAS, JOSÉ W., *La inhabilitación en el derecho civil*, Astrea, Bs. As., 1992.

TOBIAS, JOSÉ W., "La persona Humana en el Proyecto", p. 261 y sgtes. *Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, julio 2012.

TOULMIN, STEPHEN, *Los usos de la argumentación*, Ed. Península, Barcelona, 2007.



EL “ESPÍRITU DE LA LEY” EN EL DERECHO CIVIL ARGENTINO[†]

María Inés Ferreyra*
Santiago Bergallo (h)**

Resumen: La interpretación según el “espíritu de la ley” constituye uno de los métodos hermenéuticos previstos en el art. 16 del Código Civil (C.C.) que prescribe que “*si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras ni por el espíritu de la ley...*”. La regla interpretativa es designada con diferente nomenclatura —*ratio legis, fines de la ley, sentido de la ley*— lo cual evidencia los significados diversos que engloba el procedimiento. El mismo C.C. cita al “espíritu de la legislación” para considerar la aplicación de leyes extranjeras de conformidad a las instituciones vigentes en el sistema jurídico argentino (art. 14 inc. 2 C.C.), para luego exigir evaluar “los fines que aquélla tuvo en miras al reconocer” los derechos cuyo ejercicio irregular está vedado (art. 1071, segundo párrafo C.C.). La doctrina nacional evidencia divergencias en cuanto a la aplicación de este método y, fundamentalmente, en su relación con el método de interpretación literal. Los fallos de la Corte Suprema reeditan esa divergencia así como la dispersión conceptual en tanto al “espíritu de la ley” se lo emplea con distintos alcances. La distinta utilización de este método de interpretación revela su carga axiológica e histórica en los derechos vigentes y, particularmente, en el argentino. En dicho marco, nos proponemos establecer el sentido y alcance que se le otorga a la interpretación según el “espíritu de la ley” en el Código Civil Argentino, analizando doctrina especializada, fallos de la Corte Suprema de Justicia y referencias al Proyecto de Código Civil y Comercial y, a su vez, verificar su vinculación con el método literal en el proceso de interpretación de la norma.

Palabras claves: Método hermenéutico - Interpretación según el espíritu de la ley - Escuelas interpretativas.

Introducción histórica

La primera referencia histórica sobre el tema de estudio se remonta a Montesquieu y su obra “*De l'esprit des lois*” de 1748. Allí el autor francés,

[†] Recibido el 30/04/2013, Aprobado el 16/10/2013.

¹ El presente trabajo desarrolla algunas de las cuestiones objeto de investigación y estudio en el proyecto aprobado por la SECYT UNC: “**La interpretación según el ‘espíritu de la ley’: Análisis de los presupuestos, procedimientos y alcances metodológicos en el Derecho Privado, Internacional Privado y Procesal Civil argentino**”; dirigido por el Dr. Aldo M. Azar y del que los autores son integrantes del equipo.

* Abogada. Docente de Derecho Privado II de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. imonferreyra@hotmail.com.

** Abogado. Docente de Derecho Privado II de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. s.bergallo@yahoo.com.

luego de distinguir las tres formas de gobierno (el republicano, el monárquico y el despótico) que pueden regir en un Estado, asegura que las leyes deben adecuarse a la *naturaleza* de cada Estado, es decir, a eso que los constituye, y a su *principio*, esto es; a lo que los sostiene y los hace obrar². Así en la república, las leyes deben mantener la austeridad y la igualdad. Se propugna, por su parte, la relatividad de las leyes en cuanto que se encontrarán condicionadas a las características propias de cada pueblo, a su medio y a su época y dependerán de las condiciones políticas, sociales y culturales vigentes en el momento de su elaboración. Al referirse a las leyes políticas y civiles, señala Montesquieu que: *“Deben ser estas últimas tan ajustadas a las condiciones del pueblo para el cual se hacen, que sería rarísima la casualidad si las hechas para una nación sirvieran para otra. Es preciso que las leyes se amolden a la naturaleza del gobierno establecido o que se quiera establecer, bien sea que ellas lo formen, como lo hacen las leyes políticas, bien sea que lo mantengan, como lo hacen las leyes civiles. Deben estar en relación directa con la naturaleza física del país...; al género de vida de sus habitantes...; amoldadas igualmente al grado de libertad posible de cada pueblo, a su religión, a sus inclinaciones, a su riqueza, al número de habitantes, a su comercio, a la índole de sus costumbres... Todas estas miras han de ser consideradas... Examinaré todas esas relaciones que forman en conjunto lo que yo llamo ESPÍRITU DE LAS LEYES”*³. A partir de allí, el autor indica que *“el legislador debe ajustarse al espíritu de la nación, cuando no es contrario a los principios del régimen...”*⁴.

Ahora bien, la incorporación del “espíritu de la ley” como pauta interpretativa se remonta a la Escuela Histórica del Derecho alemana co-fundada por Savigny en el siglo XIX. El “espíritu de la ley” resulta, para esta corriente, la más auténtica expresión del “espíritu del pueblo” del cual dimana el derecho vigente para cada comunidad. Existe —dice Savigny en su Von Beruf— una *“conexión orgánica del derecho con el modo de ser y el carácter del pueblo”* que *“se confirma con el transcurso del tiempo...”*⁵.

Según Savigny, *“el motivo, o fundamento o fin, en latín ratio, tiene dos sentidos diferentes según se aplica al pasado o al porvenir, así, pues, designa: 1º la regla superior de derecho de la cual la ley es deducción y/o consecuencia; 2º el efecto que la ley está llamada a producir, es decir, el fin,*

² M. D'ALEMBERT, *Análisis del Espíritu de las Leyes y elogio a Montesquieu* en “Del Espíritu de las Leyes” de Montesquieu, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1984, pág. 8.

³ MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las leyes*, Editorial Heliasta S.R.L, Buenos Aires, 1984, pág. 54.

⁴ MONTESQUIEU, ob. cit., pág. 321.

⁵ VALLET DE GOYTISOLO, JUAN BERCHMANS, *Metodología de la determinación del Derecho*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, Madrid, 1996, Tomo II, pág. 643.

la intención de la ley"⁶. Los intérpretes deben colocarse en el punto de vista del legislador y reproducir artificialmente sus operaciones para recomponer la ley en su inteligencia siempre de conformidad al espíritu del pueblo. Por último, se erige a la Historia como la única vía para recomponer el pensamiento objetivo que debió tener el legislador y así llegar a conocer el espíritu de la ley.

Su antecesora, la Escuela Francesa de la Exégesis, nacida bajo la influencia del positivismo, no recepta al "espíritu de la ley" como pauta hermenéutica principal. Basada en la plenitud de la ley positiva escrita, según el cual ésta debe ser la única referencia para el intérprete pues todo el derecho está contenido en ella, esta postura entiende que el factor determinante para la interpretación de la ley no puede ser otro que la intención del legislador. No se busca la *mens legis* ni la *ratio legis*, sino simplemente la *voluntas legislatoris*. La prioridad está en la interpretación literal; "*Cuando la ley es clara, buscar un espíritu diferente, al que revela el texto, es buscar un espíritu siempre problemático más o menos dudoso, como lo es el que toma apoyo en las discusiones, en la tradición; y cuando se cree haberlo hallado, se pone esta voluntad incierta por encima de una voluntad cierta y escrita en un texto incontrovertible*". El intérprete, en consecuencia, deberá estar siempre al texto de la ley y sólo cuando éste no sea claro o sea dudoso, deberá acudir al espíritu de la ley.

Aún en el siglo XIX, Windcheid vuelve a acudir al espíritu de la ley como método interpretativo. Entiende el autor que la primera función de la interpretación es determinar el sentido que ha querido dar el legislador a las palabras de la ley. La segunda función de la interpretación consiste en determinar si el legislador, al establecer la ley ha tenido o no, "*una forma de manifestación de ello que no responde completamente a su verdadero alcance*"⁸. La primera función que busca determinar el sentido de las palabras de la ley, requiere indagar sobre el estado del derecho en el tiempo en que fue dictada la norma para determinar lo que tuvo presente el legislador y el objeto que persiguió con el dictado de la norma. Ahora, para la segunda función, a fin de extender o restringir el sentido de la ley, debe atenderse, según Windcheid, al "*verdadero concepto del todo jurídico*" o sea del sistema, a su "*espíritu*", que es inmanente al sistema: es decir, a ese todo positivo, sin recurrir a nada apriorístico o trascendente, sirve para tratar de hallar, "*aquella decisión que resulte justa conforme el sentido de éste*" [todo positivo]⁹.

⁶ VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit., pág. 648.

⁷ VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit., pág. 634.

⁸ VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit., pág. 658.

⁹ VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit., pág. 661.

Ya en el siglo XX, Karl Larenz dice que “interpretar es un hacer mediador, por el cual el intérprete comprende el sentido de un texto que se le ha convertido en problemático”¹⁰. Para este autor es problemático, para quien aplica el texto de la norma, atendiendo a la aplicabilidad de la norma a un hecho de tal clase. Defiende una postura sintética y nos dice que en la ley, entendida como objetivación de una voluntad de su autor dirigida a la creación de una regulación jurídica, “*confluyen tanto sus ideas “subjetivas” y metas volitivas como ciertos fines e imperativos jurídicos “objetivos”, de los que el propio legislador no precisa ser consciente o no en toda su amplitud. Quien quiere comprender plenamente una ley, tiene que prestar atención a unos y a otros... Quien interpreta la ley ahora, busca en ella una respuesta también para las cuestiones de este su tiempo... No obstante, queda ligada a su origen. La interpretación no debe ir más allá de la intención reguladora cognoscible y de las decisiones valorativas subyacentes a la regulación legal*”¹¹. El “sentido normativo de la ley” incluye la tensión entre la intención originaria del legislador y el contenido que se ha de considerar decisivo hoy, por lo cual la meta de la interpretación sólo puede ser la averiguación de lo jurídicamente decisivo hoy.

De esta manera, como se observa, el mismo método hermenéutico es utilizado por las distintas escuelas interpretativas con significados, fundamentos y presupuestos disímiles, identificándose sea con los intereses, valores o bienes ínsitos en la norma, sea con los fines perseguidos o con los fundamentos que motivaron la sanción de la ley, entre otros muchos sentidos atribuidos. De ese modo, el método termina aplicándose en esquemas interpretativos contrapuestos y distintos al originario. La cuestión afecta a todo el derecho, desde la teoría general hasta cada disciplina específica que lo emplea.

Análisis de la doctrina nacional

Ciertas legislaciones contienen pautas hermenéuticas que debe seguir el intérprete en el proceso de interpretación de las leyes. Rivera señala que este criterio es cuestionado en la doctrina, pues la interpretación no es materia normativa sino criterio científico a utilizar por la persona llamada a interpretar la ley y la sumisión a criterios científicos ha de ser libre¹².

El Código Civil italiano (art. 12); el Código Civil español (art. 3º, conforme a la reforma de 1973 y el decreto del 31 de mayo de 1974) y el Código Civil chileno, receptan normas con pautas interpretativas.

¹⁰ LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, editorial Ariel, Barcelona, pág. 308.

¹¹ LARENZ, KARL, *ob.cit.*, pág. 314.

¹² RIVERA, JULIO CÉSAR, *Instituciones de Derecho Civil - Parte General*, Lexis Nexis, 2007, Abeledo Perrot online: 9202/004413.

Nuestro Código Civil, en su artículo 15, dispone el deber de los jueces de juzgar los casos que sean sometidos a su decisión, no pudiendo dejar de hacerlo bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes. Esta norma se complementa con la previsión del artículo 16 en cuanto dispone: *"Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso"*.

De esta forma, el Código Civil argentino recepta la pauta hermenéutica estudiada. La regla interpretativa es designada con diferente nomenclatura —*ratio legis, fines de la ley, sentido de la ley*— lo cual evidencia los significados diversos que engloba el procedimiento. A su vez, el mismo C.C. cita al *"espíritu de la legislación"* cuando regula la aplicación de leyes extranjeras, de conformidad a las instituciones vigentes en el sistema jurídico argentino (art. 14 inc. 2º C.C.) para luego exigir evaluar *"los fines que aquélla tuvo en miras al reconocer"* los derechos cuyo ejercicio irregular está vedado (art. 1071, segundo párrafo C.C.). En cualquier caso, cabe aclarar que, cuando la norma refiere a espíritu de la "ley", la doctrina y la jurisprudencia nacional entienden comprendidas en dicho concepto a toda norma de carácter general y abstracto con abstracción del órgano que las sancionó, es decir no sólo el Congreso Nacional, y las legislaturas provinciales, sino también los consejos deliberantes municipales, el Poder Ejecutivo cuando dicta decretos y reglamentos, etc.

Cabe decir, entonces, que el Derecho se manifiesta a través de diversas formas de lenguaje y, en tanto proceso de comunicación, requiere de la interpretación como medio para desentrañar el mensaje que contienen las normas. La escuela tradicional sostuvo que la interpretación no procedía en la hipótesis de normas "claras" y sólo debía realizarse en caso de oscuridad del texto legal ya sea porque su redacción no es precisa o porque no traduce la voluntad del legislador. En estos términos se expresa Orgaz: *"Como regla general ha de admitirse que el significado que se desprende inmediatamente de la letra de la ley traduce correctamente la voluntad del legislador; lo contrario sería presumir que éste, de ordinario, redacta defectuosamente sus mandatos y prohibiciones, presunción que sería, por sí misma, arbitraria"*¹³.

Sin embargo, ha de admitirse que la claridad de la norma es ya el producto de un proceso de interpretación. Dicha interpretación no se limita a desentrañar el sentido de leyes oscuras, sino que se erige en una tarea ne-

¹³ ORGAZ, A., "Las palabras de la ley", LL, 157-1023.

cesaria, previa al acto de aplicación del derecho¹⁴. La interpretación es, así, una operación que está destinada al descubrimiento del verdadero sentido y alcance de la norma o de los significados posibles de ésta. Es, por tanto, un acto de razón, un proceso lógico por el cual el intérprete hace inteligible la norma¹⁵. A su vez, la tarea de interpretación no debe confundirse con la de aplicación del Derecho, que supone la formulación individualizada de la norma para un caso concreto. Se trata, en este caso, de un acto de auto-ridad, un acto de imperio del juez a los fines de decidir un litigio basado en la interpretación de la norma, previamente efectuada¹⁶.

La hermenéutica jurídica ofrece diversos métodos para la interpretación de las normas; cada uno de ellos privilegia alguno de los elementos mencionados. Así, los métodos gramatical y sintáctico ponen el acento en el elemento lingüístico, los métodos históricos apuntan al descubrimiento del sentido originario de la norma tratando de desentrañar la voluntad del legislador o la voluntad objetiva de la ley, el método sistemático hace hincapié en la consideración de la norma como parte integrante del ordenamiento.

El artículo 16 del C.C., no regula los métodos de interpretación que debe emplear el intérprete en forma taxativa sino que su elección queda a criterio del propio intérprete. Bueres nos dice que cuando el citado artículo se refiere a las palabras y al espíritu de la ley, "*lo que el legislador hace es definir el supuesto de hecho de la norma, es decir, configurar la hipótesis de vacío legal en la que corresponderá aplicar métodos de integración. Esto no implica que el intérprete deba atenerse a utilizar primero el método gramatical y luego buscar el espíritu de la ley*"¹⁷. La actividad de interpretación del Derecho es un proceso complejo en el que el intérprete hará jugar armónicamente los instrumentos hermenéuticos que estime adecuados para descubrir el sentido de la norma. En este sentido, para el autor citado, siempre será necesario considerar la realidad de la norma jurídica en cuanto a sus factores constitutivos: un soporte lingüístico, un contexto histórico de creación, un contexto sistemático, una finalidad generalmente vinculada con una valoración social, política o jurídica. Al momento de aplicar el derecho, a estos elementos se le habrá de agregar en el proceso de aplicación,

¹⁴ BELLUSCIO, AUGUSTO C. - ZANONNI, EDUARDO A., *Código Civil y Leyes complementarias - Comentado, anotado y concordado*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985, pág. 80.

¹⁵ MESSINEO, I, n° 2, pág. 95 citado por BELLUSCIO, AUGUSTO C.; ob. cit, pág. 77.

¹⁶ LOPEZ OLACIREGUI en SALVAT, I., n° 258-A, pág. 270 citado por BELLUSCIO, AUGUSTO C., ob. cit., pág. 78.

¹⁷ BUERES, ALBERTO J., HIGHTON, ELENA I., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, tomo I, artículos 1/494, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, pág. 29.

el contexto histórico de aplicación constituido por las circunstancias del caso concreto que debe resolverse.

Alcance asignado al "espíritu de la ley"

Encontramos diferentes puntos de vista a la hora de determinar el sentido y alcance a asignar a llamado "espíritu de la ley", como pauta de interpretación legal.

Se ha sostenido que cuando el legislador no ha sido suficientemente claro en la redacción del precepto legal, son los operadores del derecho los que deben tratar de dilucidar qué es lo que ha querido expresar, ahondando en el ánimo que movilizó a nuestros representantes parlamentarios hacia la reconstrucción de la misma. Es decir, se vincula al "espíritu de la ley" con la intención de legislador.

Por su parte, al desentrañar el sentido y alcance de normas en supuesta contradicción, se ha acudido al espíritu de la ley para desentrañar lo axiológicamente más valioso y encontrar el bien jurídico protegido. También se ha identificado al espíritu de la ley con los principios fundamentales en los que el legislador se inspiró para regular la institución que corresponda y en la finalidad que se propone la sanción de la ley. Desde esa perspectiva, el espíritu de la ley se cifra "*en los valores que intencionalmente se protege, a los cuales debe ceñirse la interpretación cuando la letra de la ley va más allá de éstos*"¹⁸.

Tal como veremos, las distintas perspectivas sobre el significado del "espíritu de la ley" se observa tanto en la doctrina como en la jurisprudencia civilística nacional.

En este punto, destacamos lo enseñado por Karl Larenz cuando sostiene que la interpretación según el espíritu de la ley equivale a la "voluntad del legislador". Abarca, de tal modo, dos aspectos; por un lado la intención reguladora, los fines y su jerarquía, así como las decisiones fundamentales del legislador, y de otro lado, las concretas ideas normativas de las personas participantes en el asesoramiento y redacción del texto legal.

Dice el autor citado: "*Solo los fines, establecimiento de valores y decisiones fundamentales acordados en la intención reguladora o que de ella se siguen, sobre los que de hecho han tomado posición los participantes en el acto de legislación, pueden ser denominados "voluntad del legislador", que se realiza mediante la ley. La interpretación ha de orientarse, en primer lugar, a ellos, pues sólo así puede garantizarse el papel preeminente de los órganos legislativos dentro del proceso de creación y concretización del*

¹⁸ COSSARI, LEANDRO R. N., "Lagunas legales y analogía", publicado en La Ley, 08/06/2012.

*Derecho. En cambio, las ideas normativas concretas, es decir, ideas claras sobre el significado y alcance precisos de una disposición particular o de un término particular, pueden revelar el significado y alcance precisos de una disposición particular o de un término particular y son de gran valor para la interpretación pero no representan ninguna pauta vinculante para el intérprete*¹⁹.

Larenz indica que los “trabajos previos” al dictado de la norma, pueden ser fuente para averiguar la intención y los fines del legislador, siempre que éstos no sean ya evidentes por la misma ley, por un preámbulo, por las disposiciones introductorias, por los epígrafes, la conexión de significado en la ley (contexto, método sistemático) y las decisiones de valor de ello resultantes. En definitiva, su valor viene dado porque dan información de la historia de la génesis de la ley.

Otras fuentes de conocimiento de las “ideas normativas” son los proyectos, protocolos de consulta, exposición de motivos, actas de sesiones. A esto hay que confrontarlo con el lenguaje, doctrina y jurisprudencia de entonces, si es que los autores se han referido a éstos, de la situación normativa encontrada por el legislador y por los datos reales que tuvo en cuenta. En todos los casos se trata de “medios auxiliares de la interpretación”.

Vinculación entre las “palabras” y el “espíritu de la ley”

Ahora bien, se advierte en la doctrina y jurisprudencia nacional, la existencia de criterios disímiles a la hora de aplicar el llamado “espíritu de la ley” como método hermenéutico en el proceso de interpretación de la norma, en especial, en lo que respecta a su vinculación con las llamadas “palabras de la ley”. Dado que el artículo 16 del C.C. pone en pie de igualdad ambos métodos de interpretación —“palabras” y “espíritu de la ley”—, los criterios doctrinarios y jurisprudenciales elaborados en materia de interpretación de las normas, adquieren especial relevancia.

De esta manera, se observa, por un lado, una posición doctrinaria que propone acudir al “espíritu de la ley” sólo cuando el texto normativo resulte insuficiente, de tal forma que se subordina el método hermenéutico estudiado a la insuficiencia de una interpretación gramatical. Mientras que otros autores colocan al método estudiado en paridad de condiciones con la interpretación literal de forma tal que ambos podrán ser utilizados por el intérprete para desentrañar el sentido y alcance de la norma.

¹⁹ LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, editorial Ariel, Barcelona, pág. 326.

a) Aplicación subsidiaria del método

Tal como manifestáramos, una primera posición propugna una aplicación subsidiaria del método analizado al entender que el intérprete sólo debe recurrir al "espíritu de la ley" cuando las "palabras de la ley" no permitan alcanzar el verdadero significado de la norma.

Entre ello, Llambías entiende que, cuando el elemento gramatical resulta insuficiente o cuando es menester verificar el resultado obtenido con la interpretación literal, debe acudir a la investigación lógica de la norma. Este procedimiento interpretativo intenta reconstruir el pensamiento y la voluntad del legislador mediante la indagación de los motivos que la determinaron, o sea, los fines a que tiende, atendiendo a la ocasión en que se dictó, con lo cual se alcanza el espíritu de la norma que se interpreta. *"El motivo de la norma, es la razón que la justifica, la que se identifica con la necesidad humana cuya satisfacción la norma busca y por consiguiente se erige en fin de su institución"*²⁰. Por lo tanto, motivo y fin aparecen inseparablemente unidos sobre todo en el momento de la sanción de la ley. Es decir, el elemento lógico que investiga el espíritu de la norma que se interpreta, se define por el fin social al cual queda adscripto el sentido de la norma.

Cifuentes²¹, al analizar la previsión del artículo 16 del C.C., subordina la utilización de esta pauta interpretativa a la insuficiencia del método de interpretación literal. Sostiene el autor que la pauta interpretativa analizada se asimila a la investigación lógica de la norma o, más bien, a la reconstrucción posible del pensamiento y la voluntad del legislador, indagando acerca de los motivos que la determinaron, es decir, los fines y la ocasión en que se dictó. Es a través de esta indagación que se alcanza el espíritu de la norma que se interpreta.

Belluscio y Zannoni²² entienden que deberá recurrirse al "espíritu de la ley" cuando las palabras de la norma no permitan encontrar su verdadero significado. Los autores sostienen que este método de interpretación requiere acudir a factores extrínsecos a la norma, desde los que pueda inferirse su significado (i.e.; antecedentes parlamentarios, notas del codificador, etc.).

b) Aplicación directa del método

Como dijéramos, si bien los tratadistas antes expuestos supeditan la utilización de esta pauta interpretativa a la insuficiencia del método

²⁰ LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, *Código Civil Anotado, Doctrina-Jurisprudencia*, Albeledo Perrot, Buenos Aires, 1978.

²¹ CIFUENTES, SANTOS, "Código Civil Comentado y Anotado", Tomo I, página 21, La Ley, Buenos Aires, 2008.

²² BELLUSCIO, AUGUSTO C. - ZANNONI, EDUARDO A., ob. cit., pág. 83.

gramatical, esta idea dista de ser pacífica. Se observa un desacuerdo en la doctrina nacional respecto a la vinculación de esta pauta interpretativa con otros métodos hermenéuticos. Algunos autores entienden que es el análisis del espíritu de la ley el que debe primar sobre las palabras contenidas en el texto legal. De esta manera, se ha sostenido que “...*necesariamente se debe incurrir a la ratio legis, desde que no es el espíritu de la ley el que debe subordinarse a las palabras sino éstas a aquél...*”²³.

En el caso de Rivera, al analizar el artículo 16, entiende que ambas pautas de interpretación, esto es, las palabras y el espíritu de la ley, deben ser materia de la preocupación del intérprete. Equipara ambos criterios al entender que sólo luego de indagar tanto el texto como la intención del legislador, se deberá recurrir a la interpretación por vía de la analogía y a los principios generales del Derecho.

En opinión de Salvat²⁴, habrá que dar preeminencia al texto de la ley cuando el mismo es claro y expreso aún cuando la solución legal luzca injusta. No obstante ello, cuando el texto legal es oscuro o dudoso, debe establecerse su sentido y alcance a través de la interpretación gramatical y de la interpretación lógica. El autor coloca a ambos métodos en igualdad de condiciones. Entiende que la interpretación lógica tiene por objeto señalar el espíritu de la ley y el pensamiento real del legislador al dictarla. La determinación del espíritu de la ley debe llevarse a cabo “*no de una manera abstracta, sino desde el punto de vista práctico, es decir, buscando la explicación del espíritu de la ley en los motivos que la han hecho dictar y el fin que se ha perseguido, esto es, lo que comúnmente se dice la ratio legis*”²⁵.

Por último, encontramos diferentes puntos de vista a la hora de entender el alcance a asignar al “espíritu de la ley” como pauta de interpretación legal. Se ha sostenido que cuando el legislador no ha sido suficientemente claro en la redacción del precepto legal, son los operadores del derecho los que deben tratar de dilucidar qué es lo que ha querido expresar, ahondando en el ánimo que movilizó a nuestros representantes parlamentarios hacia la reconstrucción de la misma. Asimismo, están quienes nos dicen que debe respetarse el espíritu de la ley, su fin perseguido “*en los valores que intencionalmente se protege, a los cuales debe ceñirse la interpretación cuando la letra de la ley va más allá de éstos*”²⁶. Al desentrañar el sentido y alcance de normas en supuesta contradicción, se ha acudido

²³ FARGOSI, HORACIO, “El Directorio ¿aprueba el balance?”, publicado en La Ley, 2003-E, 1242.

²⁴ SALVAT, RAYMUNDO M., *Tratado de Derecho Civil Argentino – Parte General*, página 274, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1964.

²⁵ SALVAT, RAYMUNDO M., ob. cit., pág. 275.

²⁶ COSSARI, LEANDRO R. N., “Lagunas legales y analogía”, publicado en La Ley, 08/06/2012.

al espíritu de la ley para desentrañar lo axiológicamente más valioso y encontrar el bien jurídico protegido. También se ha identificado al espíritu de la ley con los principios fundamentales en los que el legislador se inspiró para regular la institución que corresponda y en la finalidad que se propone la sanción de la ley.

Referencia al Proyecto de Código Civil y Comercial

El Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada mediante Decreto 191/2011, incluye un artículo específicamente referido a las reglas de interpretación de las normas jurídicas. Se lo incluye en el Título Preliminar cuya redacción se justifica como parte del Código puesto que allí se consagran reglas generales para todo el sistema que servirán de guías para los operadores jurídicos.

El art. 2º del mencionado Anteproyecto, cuyo texto no ha sido modificado por el Poder Ejecutivo Nacional, establece que; *"La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento"*.

La importancia de la norma como regla de interpretación es destacada en los Fundamentos del Anteproyecto elaborado por la Comisión de Reformas, al entender que su trascendencia no se limita al derecho privado sino que tiene un efecto expansivo sobre todo el ordenamiento jurídico.

Tal como se consigna en los Fundamentos del Anteproyecto elaborado por la Comisión de Reformas; *"...la interpretación comienza por las palabras de la ley. También se incluyen sus finalidades, con lo cual se deja de lado la referencia a la intención del legislador. De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación. Se mencionan las leyes análogas, que tradicionalmente han sido tratadas como fuente y aquí se las incluye como criterios de interpretación, para dar libertad al juez en los diferentes casos"*.

A su vez, se referencia en el artículo 2º al ordenamiento jurídico, lo cual, en palabras de la Comisión de Reforma; *"...permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema. Ello es conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las*

demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto”.

Como se observa, el artículo establece un orden jerárquico entre los distintos métodos de interpretación que contempla en forma expresa. Si bien no se menciona expresamente al espíritu de la ley como pauta interpretativa de la norma, entendemos que queda subsumido cuando se referencia a las “*finalidades*” y a los “*principios y valores jurídicos*”, excluyéndose la referencia a la intención del legislador.

Jurisprudencia de la Corte Suprema

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de decir que “*es misión del intérprete indagar el verdadero sentido y alcance de la ley mediante un examen atento y profundo de sus términos que consulte la realidad del precepto y la voluntad del legislador*”²⁷. Pero el mismo Tribunal también ha resuelto que la interpretación “*debe hacerse considerando la totalidad de las normas vigentes y del modo que mejor concuerde con los principios y garantías de la Constitución Nacional*”²⁸.

En relación a las pautas previstas por el art. 16 del C.C., el máximo Tribunal de la Nación ha reconocido su carácter de principio general aplicable a todo el ordenamiento jurídico, al destacar que; “*...la regla de interpretación prevista en el artículo 16 (del Código Civil) excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno*” (Fallos, 312:957).

Nos dice el máximo Tribunal de la Nación que “*...expresando la ley la voluntad del legislador, su letra debe cumplirse textualmente, ello es, en cuanto esa letra expresa su voluntad; pero ese mismo principio de interpretación exige se determine el espíritu de la ley, cuando fuera de su letra, está clara y evidente la intención del legislador y máxime si esa intención consta en la exposición de los motivos...*”²⁹. La ley no sólo es aquello que está dicho expresamente en los artículos del Código, sino también lo que está implícitamente dicho en ellos, sea por los fundamentos que tuvo presente la legislatura, o por razones de lógica.

Sin embargo, no ha sido uniforme el concepto o alcance dado por la Corte Suprema al “*espíritu de la ley*” ya que encontramos fallos en donde se lo ha entendido como sinónimo del “*objeto central de la ley*” Minis-

²⁷ CSJN, 12/5/72, ED, 44-175.

²⁸ CSJN, 29/6/59, LL, 103-101; 28/12/62, LL, 110-508; 8/3/71, LL, 147-677; 5/10/76, LL, 1976-D-515.

²⁹ CSJN, La Ley Online, 22/06/1909, cita online: AR/JUR/10/1909.

terio de Cultura y Educación - Estado Nacional 06/05/2008 ("Ministerio de Cultura y Educación-Estado Nacional s/ art. 34 ley 24.521", 6/5/2008), como "*adecuado equilibrio*" y consideración de los resultados de la norma ("Resinas Naturales SAICYC c/ YPF", 7/6/2005), como "*los fines perseguidos explícitamente*" en el texto legal (Fallos: 329:872 y 330:2932), o como racionalidad (Fallos 312:802, 314:1042, 320:521) o como "sentido jurídico profundo" (Fallos 329:875).

Así también, la jurisprudencia de la Corte evidencia la divergencia metodológica antes analizada en la aplicación del método hermenéutico estudiado. En efecto, se lo señala como un procedimiento subsidiario a la interpretación literal, en otras ocasiones como un método superador de la literalidad e incluso autónomo cuya aplicación no se subordina a las palabras de la ley.

Se ha señalado al "espíritu de la ley" como un procedimiento de interpretación subsidiario a la interpretación literal, en especial, cuando las palabras de la ley resultan claras. Así se ha resuelto que; "*...constituye una adecuada hermenéutica la que conduce a dar a las palabras de la ley el significado que tienen en el lenguaje común (Fallos: 283:111 y sus citas)*"³⁰. En igual sentido, la Corte ha sostenido que: "*Como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir del texto legal si, como en el caso, no media debate y declaración de inconstitucionalidad, pues la exégesis de la norma, aún con el fin de adecuación a principios y garantías constitucionales, debe practicarse sin violación de su letra o su espíritu (Fallos: 300:958, 307:928)*"³¹.

Contrariamente a lo antes señalado, el máximo Tribunal de la Nación también asignó al "espíritu de la ley" un lugar trascendente como método en la interpretación de la norma, incluso otorgándole preeminencia por sobre las palabras contenidas en el texto legal. En Fallos 327:1662 se resolvió; "*Que la conclusión expuesta se adecua a las conocidas reglas de interpretación de esta Corte según las cuales es propio de la tarea judicial indagar sobre el espíritu de las leyes más que guiarse por el rigor de las palabras con que ellas están concebidas (Fallos: 308:1664), procurando que la norma armonice con el ordenamiento jurídico restante y los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 312:2075 y 324:2153) y evitando que su aplicación a un caso concreto derive en agraviantes desigualdades entre situaciones personales sustancialmente idénticas (Fallos: 311:1937 y 323:2117)*".

³⁰ CSJN, Fallos 302:429, Considerando 4º, "S.A. Gomez Montero C.I."

³¹ CSJN, Fallos 320:2145, Considerando 4º, "Arce, Jorge Daniel s/ recurso de casación".

La Corte ha ratificado la postura antes reseñada por medio de la cual subordina la literalidad del texto normativo al espíritu de la ley, en los siguientes términos; *“Que como principio corresponde recordar que esta Corte ha sostenido que por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente; sin que en esa tarea exista óbice alguno para que el juez pueda apartarse de las palabras de la ley, cuando su interpretación sistemática así lo requiera (Fallos: 283:239 —La Ley, 148-383—, 301:489 y muchos otros), pues numerosos y cotidianos son los supuestos en que ello se hace necesario para aplicar la norma con auténtico sentido de justicia y recto juicio prudencial en los casos concretos, toda vez que éstos son particulares y contingentes y por su indeterminación y multiplicidad no son siempre susceptibles de ser abarcados en su totalidad cuantitativa ni en su tipicidad cualitativa por la previsión del legislador”*³². Concluye la Corte diciendo: *“La misión judicial —ha dicho este tribunal— cuando la expresión literal presenta imperfecciones técnicas, dudas o ambigüedades jurídicas, o admite razonables distinciones, consiste en recurrir a la ratio legis, porque no es el espíritu de la ley el que debe subordinarse a las palabras sino éstas a aquél, máxime cuando aquella ‘ratio’ se vincula con principios constitucionales que siempre han de prevalecer en la interpretación de las leyes (Fallos 304:737 disidencia de los jueces Gabrielli y Rossi)”*.

En idéntico sentido, abonando la postura que no subordina la aplicación del método hermenéutico a la letra de la ley, la Corte Suprema ha resuelto; *“Que la interpretación de las disposiciones citadas, cuestión sobre la que se centra el litigio, exige reiterar que no cabe atenerse en todos los casos a la literalidad de sus vocablos, sino rescatar su sentido jurídico profundo, pues por encima de lo que parecen decir debe indagarse lo que ellas dicen jurídicamente. Para ello es regla de interpretación dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, y en los casos no expresamente contemplados debe preferirse la inteligencia que favorece y no la que dificulta aquella armonía y los fines perseguidos por las normas”*³³.

Como se expusiera, el máximo Tribunal de la Nación también ha sustentado una aplicación autónoma de este método de interpretación tal como lo expone en Fallos 330:2932 al decir; *“...es misión del intérprete de la ley indagar su verdadero alcance y sentido mediante un examen atento y profundo de sus términos, que consulte la realidad del precepto y la vo-*

³² CSJN, Fallos 322:1707, Considerando 6º, “Morrone, Roque A. y otros s/ infr. Ley 23.771”.

³³ CSJN, Fallos 329:875, “Benitez Cruz, Luis Carlos y otros c/ Estado Nacional (Ministerio de Justicia) s/ juicio de conocimiento”.

*luntad del legislador, atendiendo siempre a los fines que informan al texto legislativo y prefiriendo la interpretación que los favorezca y no aquélla que los dificulte (Fallos: 312:2177, considerando 2º y sus citas)*³⁴.

Surge de lo expuesto que la jurisprudencia de la Corte Suprema no ha sido uniforme a la hora de conceptualizar lo que se entiende por "espíritu de la ley" sino que le ha asignado diferentes alcances. Por otra parte, tampoco resulta pacífica la aplicación del método estudiado en relación con la interpretación literal ya que se observan fallos que le asignan preeminencia y otros que lo subordinan a las palabras de la ley.

Conclusión

Del texto del artículo 16 C.C. se desprende claramente la preeminencia de dos pautas interpretativas; las palabras y el espíritu de la ley. Sólo después de que fracase la resolución de la cuestión civil por aplicación de estas pautas hermenéuticas, podrá el intérprete acudir a los restantes criterios (leyes análogas, principios generales del Derecho, las circunstancias del caso concreto).

No obstante, de la reseña efectuada, se verifica que tanto la doctrina como la jurisprudencia civilística nacional asignan significados disímiles al "espíritu de la ley". Así, se lo ha identificado con los fines sociales perseguidos por la norma, sus motivos o razones que la justifican mientras que otros lo asimilan a la intención del legislador. Algunos, por su parte, lo relacionan con el significado de la norma y, finalmente, están quienes identifican el "espíritu de la ley" con los valores o bienes jurídicos protegidos por la norma.

El análisis realizado patentiza, a su vez, la distinta utilización del "espíritu de la ley" como método de interpretación de la ley, lo que revela su carga axiológica e histórica en los sistemas jurídicos vigentes. Hablamos de carga axiológica por cuanto el método estudiado ha sido objeto de diversas valoraciones ético-jurídicas, político-jurídicas y socio-jurídicas. De esta manera, se ha atribuido al "espíritu de la ley" el constituir un condicionante que limita el poder creador de normas por parte del legislador (Montesquieu), o revestir la voluntad de éste último para asegurar el respeto a la idiosincrasia popular (Savigny), o se lo identifica con los fines y valores que motivan la legislación al momento de su sanción y que deben mantenerse en oportunidad de su aplicación (jurisprudencia de los intereses). Del mismo modo, entendemos que la carga histórica con que se ha utilizado este método de interpretación se verifica cuando las distin-

³⁴ CSJN, Fallos 330:2932, Considerando 7º, "Hidroeléctrica Alicura S.A. v Nación Argentina y otros".

tas valoraciones, acepciones y funciones que se le han asignado, en tanto su postulación se inicia con la enunciación que formulara Montesquieu a mediados del siglo XVIII y se proyecta hasta bien entrado el siglo XX, atravesando diferentes contextos sociales y culturales, hasta reformularse en el siglo actual tal como lo acredita el reciente Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012 cuando en su art. 2º estipula que: *“La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”*. El espíritu de la ley si bien no es mencionado expresamente, aparece subsumido en la referencia a las *“finalidades”* de la ley y a *“los principios y los valores jurídicos”*.

A ello se agrega que, en el marco doctrinario y jurisprudencial analizado, tampoco existe conformidad a la hora de analizar la interacción entre el método analizado y la interpretación literal de la norma. Se observa una postura que subordina el “espíritu de la ley” al texto de la norma, de tal manera que sólo se recurrirá a aquel cuando la interpretación literal resulte insuficiente para comprender el sentido de la norma. Otros, en cambio, equiparan ambos métodos y entienden que el intérprete debe echar mano tanto a las palabras como a la intención del legislador.

Por nuestra parte, adherimos a las posiciones doctrinarias que entienden que, siendo que la actividad de interpretación del Derecho es un proceso complejo, el intérprete no debería limitarse a la aplicación de un único método hermenéutico que encasille su actividad al tenor literal del texto, es decir, a las palabras de la ley.

Deducimos de la doctrina y jurisprudencia analizadas y que compartimos, que el intérprete deberá acudir a ambos criterios interpretativos —palabras y espíritu de la ley—, en igualdad de condiciones, para descubrir el verdadero sentido y alcance de la norma interpretada y, en especial, para desentrañar los valores y bienes jurídicos que son objeto de protección. El mismo texto del art. 16 C.C. designa conjuntamente a ambos procedimientos, ni de modo alternativo de modo que uno excluya al otro, ni de modo subsidiario, es decir priorizando al método literal y si éste fracasa queda habilitado el restante. Esto, en especial, cuando, al decir de la Corte, la interpretación literal presente imperfecciones técnicas, dudas o ambigüedades jurídicas, o admita razonables distinciones. Es decir, cuando una interpretación meramente gramatical lleve a resultados absurdos, disvaliosos o irracionales.

De esta manera, si bien la interpretación literal aportará mayor seguridad y predictibilidad a la hora de desentrañar los alcances de una norma jurídica, el intérprete no acotará su tarea al rigor del texto de la norma

sino que deberá acudir al análisis del "espíritu de la ley" para descubrir el bien jurídico protegido por el legislador. Máxime cuando la aplicación, sin más, de las palabras de la ley conduzca a soluciones en pugna con el ordenamiento jurídico, considerado en su conjunto, o con los principios y garantías constitucionales o cuando dicha interpretación meramente literal conlleve, en términos de la Corte Suprema; "...una agravante desigualdad entre situaciones personales substancialmente idénticas"³⁵.



³⁵ CSJN, Fallos 323:2117, Considerando 11º, "Jorge Alberto Chichizola v. Caja Nacional de Previsión para el personal del Estado y Servicios Públicos".

TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN (TI)[†]

Ricardo S. Bianciotti*

Resumen: Se reseña la evolución del concepto Tecnologías de la Información (TI). Se analiza la Ciberguerra fría entre Estados Unidos y China, criticando esta presentación que oculta el verdadero interés de protección de los secretos industriales. Se describe el Gromming o robo de identidad en la red y la ausencia de normas jurídicas que castiguen a los pedófilos anónimos. Se mencionan los avances sobre EDI, TEF y E-COMMERCE. Se examinan los nuevos derechos humanos que surgieron de la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet efectuada por la ONU, OEA, y otros organismos Internacionales. Se observa la pretendida regulación de las comunicaciones en la red por parte de la UTI en DUBAI 2012. Existe un desequilibrio estructural del control de internet que asegura la supremacía de las empresas de capitales estadounidenses adosadas al gobierno de Estados Unidos que dominan el ciberespacio y atacan contra la privacidad de las personas. Éste conflicto de privacidad vs. seguridad, se ha resuelto por nuestra Corte ejerciendo el Control Constitucional mediante una Acción de Clase que protege la privacidad por sobre la seguridad y el orden pretendidos por la Ley espía N° 25.873.

Palabras claves: Tecnologías de la Información. Ciberguerra. Secretos Industriales. Inseguridad. Redes Sociales. Geopolítica. Libertad de expresión. Internet. Neutralidad de la red. UTI. Dubai 2012. Libre circulación. Privacidad. Seguridad. Control Constitucional. Corte. Acción de Clase. Orden público. Ley espía N° 25.873.

1. Tecnologías de la información (TI)

1.1. Introducción

Hace algunos años la idea de Tecnologías de la Información y Comunicación Social se relacionaba preferentemente con los fenómenos del crecimiento económico y del impacto social¹. Actualmente el concepto ha evolucionado a Tecnologías de la Información (TI), a tal punto que el Gobierno Nacional ya posee una Oficina Nacional de Tecnologías de Informa-

[†] Recibido el 01/05/2013, Aprobado el 05/07/2013.

* Especialista en Derecho Procesal con mención en Derecho Procesal Civil y Abogado de la U.N.C., agradece la colaboración de la Ab. Cecilia María Ferrero en la búsqueda de doctrina y jurisprudencia.

¹ KATZ, RAÚL, *El papel de las TICS en el desarrollo, Propuesta de América Latina a los retos económicos actuales*, Colección Fundación Telefónica, Cuaderno 19, Ed. Ariel, Madrid, 2009, págs. VII a XII.

ción (ONTI) con programas específicos para el tratamiento de la infraestructura crítica de la información y la ciberseguridad².

Hemos conceptualizado a las Tecnologías de la Información (TI) como el conjunto de tecnologías inmateriales variables en el tiempo (electrónica, informática, internet y telecomunicaciones) utilizadas para el tratamiento, almacenamiento, producción y transmisión de información en todas las áreas del conocimiento humano³.

Tecnologías con alto impacto en la sociedad, que por su capacidad de innovación e inversión generan crecimiento y empleo, convirtiéndose en factor clave para el desarrollo de la economía; que repercuten en la administración de los gobiernos, en la virtualización de los puestos de trabajo como proveedores de servicios remotos, en la educación a distancia con los entornos virtuales o la enseñanza no presencial y en la salud con las historias clínicas electrónicas que permiten la interconexión con sistemas de bancos de sangre, laboratorios, hemodiálisis, etc. Con las reservas necesarias para no invadir la privacidad de las personas, a fin de brindar la confianza en su uso que garantice la seguridad jurídica.

1.2. Ciberguerra fría. Temor por el hurto de los secretos industriales

En Febrero de 2013, el Gobierno Estadounidense presentó una estrategia para luchar contra el ciberespionaje industrial y los ataques informáticos, que vulneran los derechos de propiedad y secretos de empresas. El fiscal general de Estados Unidos, Eric Holder, explicó una estrategia para “combatir el robo de secretos comerciales” por parte de actores extranjeros, tras la oleada de ataques atribuidos a China contra medios y empresas tecnológicas. “Un hacker en China puede robar secretos en Virginia por valor de millones de dólares sin dejar su escritorio”, dijo Holder⁴.

La preocupación más destacada es que se ponen en riesgo valiosos secretos comerciales, que impactan en la competitividad de empresas, empleos y a toda la economía de Estados Unidos.

² Por Res. 580/2011 de la Jefatura de Gabinete de Ministros (J.G.M.) se Resolvió: Créase, en el ámbito de la OFICINA NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN DE LA SUBSECRETARÍA DE TECNOLOGÍAS DE GESTIÓN de la SECRETARÍA DE GABINETE de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, el “PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURAS CRÍTICAS DE INFORMACION Y CIBERSEGURIDAD”. Publicado en el B.O.N. el 28.07.11.

³ BIANCIOTTI, RICARDO S. y otros, “Tecnologías de la Información y Comunicación Social (TICS)”. *Anuario XII Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Ed. Homenaje a los 25 años del CIJS (1985-2010). Bs. As. Marzo 2011, pag. 236.

⁴ CAÑO, ANTONIO, *La ciberguerra fría ya arrancó entre EE.UU. y China*. El País. Madrid, 21/02/2013.

La Casa Blanca describió los reiterados ataques cibernéticos, que una investigación reciente vincula directamente con una unidad secreta del ejército chino, como “un serio desafío para la seguridad y la economía de Estados Unidos”, señal de que comenzó una nueva guerra fría, en el desconocido e incontrolable espacio de Internet, entre las dos grandes potencias que se disputan la supremacía en el siglo 21⁵.

Para Washington este es un asunto de importancia estratégica decisiva porque no sólo se enfrenta al riesgo tradicional de que sus secretos de seguridad caigan en mano de una potencia extranjera, sino al peligro nuevo de que, con la intrusión en la red de Internet, China pueda sabotear la actividad económica del país o inhabilitar servicios públicos básicos.

Sin contar con el robo de tecnología que, además de costarle miles de millones de dólares, aumenta de forma extraordinaria la capacidad de China y su competencia de cara al futuro. El hecho de que sea China el origen de la casi totalidad de los ataques detectados hace que este desafío sea mucho más peligroso y difícil de tratar. Estados Unidos, mientras tanto, trata de desarrollar una política de cooperación con China, a la que necesita por su fortaleza económica y por su influencia en regiones clave, y prefiere abordar la penetración a través de Internet con prudencia para no desencadenar una crisis. Sin embargo, esa prudencia se hace cada vez más difícil ante la acumulación de pruebas sobre la responsabilidad directa del régimen de Beijing.

La última y la más evidente es el informe de la compañía de seguridad Mandiant, situada en las afueras de Washington, que asegura que en los últimos seis años más de 140 empresas y organizaciones, casi todas estadounidenses, fueron invadidas desde Internet por la Unidad 61.398 del Ejército de Liberación Popular Chino.

Un análisis reciente suscrito por las 16 agencias de espionaje de EE.UU. citado por The New York Times, el primer diario que reveló el informe de Mandiant, mencionaba ya a la Unidad 61398 como la responsable de los ataques de los últimos años. Ese diario ha sido una de las víctimas de esas incursiones, que incluyen compañías tan diversas como Lockheed Martin, el mayor proveedor de las fuerzas armadas norteamericanas, hospitales o universidades⁶. El grupo de piratas informáticos identificado como APT-1 actúa desde un edificio en las afueras de Shanghái conocido por ser la sede de operaciones de la unidad 61.398 del Ejército de Liberación Popular (ELP) Chino. El objetivo de APT-1 es robar información militar, económica y tecnológica en campos tan variados como plantas químicas

⁵ CAÑO, ANTONIO, ob. cit.

⁶ Se abre la ciber guerra fría. Diario de Yucatán. México, 21/02/2013.

micas o telecomunicaciones que son considerados fundamentales en los planes económicos chinos, según la fuente.

La presión sobre Obama para actuar crece cada día. En su discurso sobre el estado de la Unión, en Febrero de 2013 el mandatario dijo: “Sabemos que países extranjeros están atacando nuestros secretos industriales”. “Nuestros enemigos están ahora también desarrollando la capacidad para sabotear nuestra red eléctrica, nuestras instituciones financieras, nuestro tráfico aéreo. No podemos permitirnos que dentro de unos años nos preguntemos por qué no hicimos nada”, agregó.

Sólo una negociación política con Beijing puede resolver eficazmente este problema. Es posible que Washington recurra a medidas de presión para conseguir mayor colaboración china. Pero, sobre todo, es necesaria una evolución del régimen chino hacia el uso de prácticas compatibles con la legalidad internacional. Una de las excusas de Beijing es que también Estados Unidos recurre a la ciber guerra, como ocurrió en el ataque al programa nuclear de Irán con el virus Stuxnet.

Dentro de la lógica de la rivalidad entre superpotencias, Estados Unidos parece aceptar que tendrá que proteger sus secretos nucleares. Para lo que este país no está preparado es para extender esas medidas de seguridad al secreto de la Coca-Cola, uno de los objetivos chinos.

La nueva estrategia reforzará la cooperación internacional y de agencias federales para prevenir los intentos de robo de secretos comerciales⁷ y considera también reforzar las restricciones sobre productos y servicios fruto de ese tipo de hurto. Esta estrategia propone dificultar la entrada de bienes o servicios extranjeros que se han desarrollado mediante el robo de secretos comerciales y destaca la importancia de la protección de propiedad intelectual a través de acuerdos comerciales bilaterales. La presentación de este plan, en la que también estuvieron presentes la coordinadora de Propiedad Intelectual de la Casa Blanca, Victoria Espinel, y la Subsecretaria de Comercio, Rebecca Blank, ocurre una semana después de que el presidente de EE.UU., Barack Obama, firmara una orden ejecutiva para reforzar la lucha contra los ciberataques⁸.

En resumen, la posición de los Estados Unidos es la de defender a ultranza los acuerdos logrados en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), pues no se informó que estuviera militar alguno en la presentación del plan; y el énfasis fue puesto por los funcionarios pre-

⁷ La Procuraduría designó 40 fiscales, cuatro expertos en computación y más de 230 fiscales especialmente capacitados y ubicados en 25 unidades para combatir el ilícito. Además participan unos 240 agentes del FBI, personal de Inmigración y Aduanas y de otras 20 dependencias federales de EEUU y agencias internacionales. Se abre la ciber guerra fría. Ob. cit.

⁸ Se abre la ciber guerra fría. Ob. cit.

sentes (Propiedad Intelectual y Comercio), que intentan evitar el sabotaje y hurto de los secretos industriales, lo que delimita el verdadero sentido y alcance de esta Ciberguerra fría.

1.3. Inseguridad y redes sociales

En Argentina, los adolescentes no sólo corren peligro en la vía pública, sino también en las redes sociales. En éstas hay adultos que se dedican, por ejemplo, a robarles su identidad, y la Justicia carece de herramientas para prevenir este tipo de delitos. Habitualmente señalado por el término inglés *grooming*, el robo de identidad apunta a un adulto que en una red social —Facebook, Twitter, etcétera— simula ser un adolescente para captar y persuadir a otros menores con el presumible objetivo de abusar de algunos de ellos.

En consecuencia, el adulto crea en la red social elegida un perfil que replica la vida del damnificado al duplicar sus fotos, sus amigos y contactos, sus gustos y tendencias, para hacer caer en la trampa a otros adolescentes, quienes creerán estar intercambiando información con un par cuando, en realidad, entregan sus datos a un adulto que los engaña.

De acuerdo con los análisis realizados por la ONG Argentina Cibersegura, un 90 por ciento de los *groomings* denunciados en los últimos meses se ejerció sobre menores de 15 años, un delito como el *grooming* apunta no tanto a un adolescente que visita páginas indebidas, como a un adulto que se especializa en engañar a adolescentes. Y para perseguir a este tipo de abusadores, la legislación argentina es impotente porque, lamentablemente, está entre las más atrasadas del mundo.

De hecho, puede decirse que no hay herramientas legales que permitan trabajar de forma preventiva; por el contrario, el aparato de seguridad y la Justicia actúan una vez que se radica una denuncia, lo que quiere decir que ya se ha perpetrado el delito, al menos en su fase inicial: el robo de identidad.

Como, además, las redes sociales tienen sus sedes legales (que son las únicas autorizadas para dar de baja un perfil) en Estados Unidos, Canadá o Letonia, por citar los casos más comunes, la familia del joven damnificado debe iniciar un engorroso y prolongado trámite internacional, durante el cual el perfil falso seguirá activo, con todo lo que ello implica⁹.

Argentina en junio de 2008 sancionó la Ley de Delitos Informáticos Nro. 26.388, la cual no prevé este delito de Grooming. “A veces, se hacen pasar por nenas de 15 años para que los chicos les manden información

⁹ *La Voz del Interior*. Córdoba. Argentina. Editorial del 16/04/2013.

vital: dónde viven y a qué colegio van”, explica Inda Klein, investigadora especializada en niñez y nuevas tecnologías. “Los seducen, entran en confianza con ellos, y después les piden filmarlos con la web cam o que se saquen fotos”. Y agrega: “Si se niegan, empiezan las intimidaciones: desde hackear la computadora hasta amenazas contra miembros de su familia”. Este acoso fue definido como grooming, y lo aplican con menores de entre 9 y 13 años¹⁰.

La reforma incorporó el castigo a quienes por cualquier medio publicare, produjere, financiare, entre otras actividades, la pornografía infantil, sin embargo, esa norma no pena al consumidor. Así, cualquiera que tenga en su poder pornografía infantil sin el fin de distribuirla o comercializarla, hoy está exento de pena.

Diversos proyectos de ley esperan tratamiento legislativo en el Congreso Nacional, con el objetivo de regular cuestiones relativas al rol de los intermediarios en Internet y la seguridad de los niños y adolescentes.

En noviembre de 2012, fue ingresado uno por el diputado Juan Obligio (PRO), que apunta a regular la responsabilidad de los intermediarios, como buscadores y proveedores de Internet.

Se ha cuestionado que el proyecto habilite el bloqueo de contenidos de terceros ante la sola denuncia de violación de “derechos personalísimos” (que puede hacerse con un simple correo electrónico), sin necesidad de una orden judicial.

Un proyecto oficialista, presentado en julio de 2012 por la senadora jujeña Liliana Fellner (Frente para la Victoria), propone la creación de una entidad para el monitoreo de Internet y la elaboración de un banco de contenidos impropios para niños y adolescentes. El proyecto aspira a crear y mantener una autoridad censora de los contenidos en Internet.

Después de cinco años de vigencia, es necesario que los legisladores nacionales, establezcan una reforma legal, para que nuestros jóvenes puedan hacer un uso seguro de las redes sociales y no sigan siendo víctimas de los pedófilos anónimos.

1.4. Intercambio Electrónico de Datos (EDI)

Hemos conceptualizado al intercambio electrónico de datos EDI, como una modalidad del comercio electrónico, como una de las vías de comunicación basadas en el empleo de técnicas electrónicas, al ser todo intercambio entre terminales informáticas, por medios electrónicos, de datos estructurados conforme un lenguaje con una normalización de in-

¹⁰ RUIZ, IVÁN, *La pedofilia en internet crece al amparo del anonimato*. La Nación del 07/08/2009.

formación y automatización del procedimiento utilizado para intercambiarla¹¹.

Este intercambio permite facilitar la interacción, dinamizar la actividad económica y despapelizar las transacciones, reduciendo los tiempos y costos asociados a ellas. A fin de aprovechar en su integridad estas posibilidades, tales transmisiones deben ir acompañadas de certeza y seguridad jurídica para fomentar la confianza en el comercio electrónico.

En el marco de la XXI Sesión del Foro del Centro de las Naciones Unidas para la Facilitación del Comercio y el Comercio Electrónico (UN/CEFACT, por sus siglas en inglés), que se celebró del 15 al 19 de abril de 2013 en Ginebra, Suiza, la Secretaría Permanente del SELA fue invitada a presentar los aportes metodológicos resultantes del Proyecto Piloto de Interoperabilidad y Armonización de las Ventanillas Únicas de Comercio Exterior (VUCE).

El objetivo principal del documento, presentado en la jornada de discusión sobre la “Recomendación 36: Metodología para la Interoperabilidad de la Ventanilla Única para la alineación de las Ventanillas Únicas Nacionales”, fue el de coadyuvar al desarrollo integral de las Ventanillas Únicas Nacionales (VUN) en los países —parte del Arco del Pacífico Latinoamericano y de América Latina y el Caribe en su conjunto— con una visión regional cuyo sentido estratégico descansa en la interoperabilidad y armonización organizacional, normativa, procedimental y técnica.

1.5. Firma Digital

Hemos conceptualizado a la Firma Digital como el método electrónico que permite identificar al remitente de un mensaje de datos y protege la integridad del mensaje a través del sistema de criptografía, asegurando la inalterabilidad del documento transmitido electrónicamente¹².

La firma digital es un útil habitual para empresarios y autónomos, esta especie de DNI informático, permite realizar declaraciones de impuestos y sus pagos, ofrece la posibilidad de realizar cualquier trámite a través de Internet, tendiendo a la despapelización de las administraciones.

En Argentina desde el 2012 para la tramitación del Pasaporte y del Nuevo Documento Nacional de Identidad, la foto, huella y firma del solicitante se realizan de forma digital en el lugar de trámite, en Córdoba Capital los CPC (Centros de Participación Comunitaria) dependientes de la Municipalidad de la Ciudad de Córdoba.

¹¹ BIANCIOTTI, RICARDO S. y otros, “Tecnologías de la Información y Comunicación Social (TICS)”. Ob. cit., pág. 237.

¹² BIANCIOTTI, RICARDO S. y otros, “Tecnologías de la Información y Comunicación Social (TICS)”, ob. cit., pág. 242.

1.6. Momento del perfeccionamiento de la transferencia electrónica de fondos (TEF)

Hemos definido que el Momento del Perfeccionamiento de las Transferencias Electrónicas de Fondos se plasma a través de un acto de origen contractual por el cual una entidad financiera u otra sociedad autorizada, pone a disposición fondos de modo instantáneo o diferido, cumpliendo la orden de solicitud activada o efectuada por el cliente¹³.

Se demuestra que puede haber más de un momento de perfeccionamiento, enlazados hasta finalizar la operación de transferencia electrónica, esto es, poner a disposición los fondos para el Beneficiario (Vg. T.E.F off line); en simples operaciones se puede ver el Momento del Perfeccionamiento junto con la finalización de la misma (Vg. T.E.F on line); ambas realizadas por el cliente a través de Internet o por otro medio electrónico.

Por Resolución 20/11 de la UIF (Unidad de Información Financiera) en Argentina se establecen medidas y procedimientos que los sujetos obligados deberán observar para prevenir, detectar y reportar los hechos, actos, operaciones u omisiones que puedan provenir de la comisión de los delitos de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo.

1.7. Comercio Electrónico (E-COMMERCE)

Hemos conceptualizado al Comercio Electrónico como el conjunto de operaciones mercantiles realizadas por medios de comunicación, a través de soportes técnicos como Internet y otras vías de información, transmitidas en forma electrónica¹⁴.

Se utiliza en la compra de tickets aéreos, compra y venta de mercaderías (equipos fotográficos, filmadoras, celulares, etc.) y demás artículos que ofrece el supermercado global, mediante la facturación electrónica y pago por tarjetas de crédito o débito.

Desde Enero de 2011 los portales de comercio electrónico debían retener el 21% de las transacciones entre sus Usuarios y desde diciembre de 2012 la AFIP a través de la reglamentación de la Res. RG 2233/07 en su art. 2 inc. b), dispone gravar todas las operaciones de Comercio Electrónico con alícuotas para los bienes usados que van desde el 1% para los responsables inscriptos —con diversas categorías— hasta el 21% para el resto de los sujetos.

¹³ BIANCIOTTI, RICARDO S. y otros, "Tecnologías de la Información y Comunicación Social (TICS)", ob. cit., pág. 246.

¹⁴ BIANCIOTTI, RICARDO S. y otros, "Tecnologías de la Información y Comunicación Social (TICS)", Ob. cit., pág. 250.

Conforme la Res. Gral. 3450 de marzo de 2013 la AFIP impuso una tasa del 20% sobre la compra de paquetes turísticos y pasajes de avión, micro y barco con destino al extranjero, y sobre el consumo con tarjetas de crédito y débito en el exterior. Según la resolución, quienes desembolsen dicha tasa podrán recuperar lo abonado cuando paguen Impuestos a las Ganancias y a los Bienes Personales.

2. Geopolítica de las redes

2.1. Regulación de contenidos y libertad de expresión en Internet. La generación de los “nuevos derechos humanos”

La ONU ha declarado el acceso a Internet como un derecho humano. En este sentido ha expresado que “La única y cambiante naturaleza de Internet no sólo permite a los individuos ejercer su derecho de opinión y expresión, sino que también forma parte de sus derechos humanos y promueve el progreso de la sociedad en su conjunto”, conforme lo expuesto por Frank La Rue, Relator Especial de la ONU.

Según La Rue, los gobiernos “deben esforzarse” para hacer Internet “ampliamente disponible, accesible y costeable para todos”. Asegurar el acceso universal a Internet para cualquier individuo “debe ser una prioridad de todos los Estados” y se exhorta a los gobiernos a facilitar su acceso.

Esta afirmación supone el reconocimiento institucional de que el uso de Internet se ha convertido en una herramienta imprescindible para la libertad de expresión. Más que una posibilidad de comunicación hoy representa una necesidad de la población debido al periodo de globalización que se vive. En la actualidad Internet es una herramienta que —según el uso generalizado— favorece el crecimiento y el progreso de la sociedad en su conjunto.

Por otro lado, la organización mundial se ha mostrado contrariada por las medidas opresoras de algunos gobiernos que violan el acceso a Internet.

Durante el 2011 ONU, OEA, OSCE (Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa) y CADHP (Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos) emitieron una declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet. El documento enfatiza la importancia fundamental de la libertad de expresión —incluidos los principios de independencia y diversidad— tanto en sí misma como en cuanto herramienta esencial para la defensa de todos los demás derechos, como elemento fundamental de la democracia y para el avance de los objetivos de desarrollo.

Destaca el carácter transformador de Internet, como medio que permite que miles de millones de personas en todo el mundo expresen

sus opiniones, a la vez que incrementa significativamente su capacidad de acceder a información y fomenta el pluralismo y la divulgación de información. Enfatiza el potencial de Internet para promover la realización de otros derechos y la participación pública, así como para facilitar el acceso a bienes y servicios.

En este entendimiento afirma “*Celebrando* el notable crecimiento del acceso a Internet en casi todos los países y regiones del mundo, y observando a la vez que miles de millones de personas aún no tienen acceso a Internet o cuentan con formas de acceso de menor calidad; *Advirtiendo* que algunos gobiernos han actuado o adoptado medidas con el objeto específico de restringir indebidamente la libertad de expresión en Internet, en contravención al derecho internacional; *Reconociendo* que el ejercicio de la libertad de expresión puede estar sujeto a aquellas restricciones limitadas que estén establecidas en la ley y que resulten necesarias, por ejemplo, para la prevención del delito y la protección de los derechos fundamentales de terceros, incluyendo menores, pero recordando que tales restricciones deben ser equilibradas y cumplir con las normas internacionales sobre el derecho a la libertad de expresión; *Preocupados* porque, aun cuando se realicen de buena fe, muchas de las iniciativas de los gobiernos en respuesta a la necesidad antes mencionada no toman en cuenta las características especiales de Internet y, como resultado, restringen de manera indebida la libertad de expresión”.

Conscientes del amplio espectro de actores que participan como intermediarios de Internet —y brindan servicios como acceso e interconexión a Internet, transmisión, procesamiento y encaminamiento del tráfico en Internet, alojamiento de material publicado por terceros y acceso a éste, referencia a contenidos o búsqueda de materiales en Internet, transacciones financieras y facilitación de redes sociales— y de los intentos de algunos Estados de responsabilizar a estos actores por contenidos nocivos o ilícitos, **los signatarios¹⁵ adoptan, el 1 de junio de 2011, la siguiente Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet:**

1. Principios generales

a. La libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los

¹⁵ Frank La Rue, Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión; Dunja Mijatović, Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación; Catalina Botero Marino, Relatora Especial de la OEA para la Libertad de Expresión; Faith Pansy Tlakula, Relatora Especial de la CADHP sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información.

estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad (la prueba “tripartita”).

b. Al evaluar la proporcionalidad de una restricción a la libertad de expresión en Internet, se debe ponderar el impacto que dicha restricción podría tener en la capacidad de Internet para garantizar y promover la libertad de expresión respecto de los beneficios que la restricción reportaría para la protección de otros intereses.

c. Los enfoques de reglamentación desarrollados para otros medios de comunicación —como telefonía o radio y televisión— no pueden transferirse sin más a Internet, sino que deben ser diseñados específicamente para este medio, atendiendo a sus particularidades.

d. Para responder a contenidos ilícitos, debe asignarse una mayor relevancia al desarrollo de enfoques alternativos y específicos que se adapten a las características singulares de Internet, y que a la vez reconozcan que no deben establecerse restricciones especiales al contenido de los materiales que se difunden a través de Internet.

e. La autorregulación puede ser una herramienta efectiva para abordar las expresiones injuriosas y, por lo tanto, debe ser promovida.

f. Deben fomentarse medidas educativas y de concienciación destinadas a promover la capacidad de todas las personas de efectuar un uso autónomo, independiente y responsable de Internet (“alfabetización digital”).

2. Responsabilidad de intermediarios

a. Ninguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo (“principio de mera transmisión”).

b. Debe considerarse la posibilidad de proteger completamente a otros intermediarios, incluidos los mencionados en el preámbulo, respecto de cualquier responsabilidad por los contenidos generados por terceros en las mismas condiciones establecidas en el párrafo 2(a). Como mínimo, no se debería exigir a los intermediarios que controlen el contenido generado por usuarios y no deberían estar sujetos a normas extrajudiciales sobre cancelación de contenidos que no ofrezcan suficiente protección para la libertad de expresión (como sucede con muchas de las normas sobre “notificación y retirada” que se aplican actualmente).

3. *Filtrado y bloqueo*

a. El bloqueo obligatorio de sitios web enteros, direcciones IP, puertos, protocolos de red o ciertos tipos de usos (como las redes sociales) constituye una medida extrema —análoga a la prohibición de un periódico o una emisora de radio o televisión— que solo podría estar justificada conforme a estándares internacionales, por ejemplo, cuando sea necesaria para proteger a menores del abuso sexual.

b. Los sistemas de filtrado de contenidos impuestos por gobiernos o proveedores de servicios comerciales que no sean controlados por el usuario final constituyen una forma de censura previa y no representan una restricción justificada a la libertad de expresión.

c. Se debe exigir que los productos destinados a facilitar el filtrado por los usuarios finales estén acompañados por información clara dirigida a dichos usuarios acerca del modo en que funcionan y las posibles desventajas si el filtrado resulta excesivo.

4. *Responsabilidad penal y civil*

a. La competencia respecto de causas vinculadas con contenidos de Internet debería corresponder exclusivamente a los Estados con los que tales causas presenten los contactos más estrechos, normalmente debido a que el autor reside en ese Estado, el contenido se publicó desde allí y/o éste se dirige específicamente al Estado en cuestión. Los particulares sólo deberían poder iniciar acciones judiciales en una jurisdicción en la que puedan demostrar haber sufrido un perjuicio sustancial (esta norma busca prevenir lo que se conoce como “turismo de la difamación”).

b. Las normas de responsabilidad, incluidas las exclusiones de responsabilidad, en los procedimientos civiles, deberían tener en cuenta el interés general del público en proteger tanto la expresión como el foro en el cual se pronuncia (es decir, la necesidad de preservar la función de “lugar público de reunión” que cumple Internet).

c. En el caso de contenidos que hayan sido publicados básicamente con el mismo formato y en el mismo lugar, los plazos para la interposición de acciones judiciales deberían computarse desde la primera vez que fueron publicados y solo debería permitirse que se presente una única acción por daños respecto de tales contenidos y, cuando corresponda, se debería permitir una única reparación por los daños sufridos en todas las jurisdicciones (regla de la “publicación única”).

5. *Neutralidad de la red*

a. El tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no debe ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación.

b. Se debe exigir a los intermediarios de Internet que sean transparentes respecto de las prácticas que emplean para la gestión del tráfico o la información, y cualquier información relevante sobre tales prácticas debe ser puesta a disposición del público en un formato que resulte accesible para todos los interesados.

6. Acceso a Internet

a. Los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión. El acceso a Internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres.

b. La interrupción del acceso a Internet, o a parte de éste, aplicada a poblaciones enteras o a determinados segmentos del público (cancelación de Internet) no puede estar justificada en ningún caso, ni siquiera por razones de orden público o seguridad nacional. Lo mismo se aplica a las medidas de reducción de la velocidad de navegación de Internet o de partes de éste.

c. La negación del derecho de acceso a Internet, a modo de sanción, constituye una medida extrema que solo podría estar justificada cuando no existan otras medidas menos restrictivas y siempre que haya sido ordenada por la justicia, teniendo en cuenta su impacto para el ejercicio de los derechos humanos.

d. Otras medidas que limitan el acceso a Internet, como la imposición de obligaciones de registro u otros requisitos a proveedores de servicios, no son legítimas a menos que superen la prueba establecida por el derecho internacional para las restricciones a la libertad de expresión.

e. Los Estados tienen la obligación positiva de facilitar el acceso universal a Internet. Como mínimo, los Estados deberían:

i. Establecer mecanismos regulatorios —que contemplen regímenes de precios, requisitos de servicio universal y acuerdos de licencia— para fomentar un acceso más amplio a Internet, incluso de los sectores pobres y las zonas rurales más alejadas.

ii. Brindar apoyo directo para facilitar el acceso, incluida la creación de centros comunitarios de tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y otros puntos de acceso público.

iii. Generar conciencia sobre el uso adecuado de Internet y los beneficios que puede reportar, especialmente entre sectores pobres, niños y ancianos, y en las poblaciones rurales aisladas.

iv. Adoptar medidas especiales que aseguren el acceso equitativo a Internet para personas con discapacidad y los sectores menos favorecidos.

f. A fin de implementar las medidas anteriores, los Estados deberían adoptar planes de acción detallados de varios años de duración para ampliar el acceso a Internet, que incluyan objetivos claros y específicos, así como estándares de transparencia, presentación de informes públicos y sistemas de monitoreo.

De todos estos principios de la declaración conjunta sobre la Libertad de Expresión e Internet, el más controversial en la reunión de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UTI) en Dubái 2012 fue el de “Neutralidad de la red” porque toda regulación del tráfico incide en el tratamiento de la red.

Internet no tiene un cuerpo normativo central, pero varios grupos proporcionan cierto grado de supervisión, como la ICANN, una organización sin fines de lucro con sede en EEUU que coordina los nombres de dominio y las direcciones numéricas de protocolo de Internet. Este control desde Estados Unidos no es del agrado de países no alineados, que prefieren un control directo desde las Naciones Unidas.

Los Estados Unidos también han desarrollado y usado *software* destructivo en operaciones militares aprovechando el enrutamiento anónimo de Internet. Algunas de las propuestas que han sido impugnadas por las delegaciones de Estados Unidos y Canadá tienen como objetivo aumentar la seguridad y reducir la eficacia de este tipo de ataques, aunque Occidente y grupos de derechos humanos opinan que es un pretexto para una mayor represión.

No se puede regular el tráfico de las telecomunicaciones sin incidir en la neutralidad de la Red y por ende en la libertad en torno a Internet. No con toda regulación del tráfico se quiebra la neutralidad de la Red, pero toda regulación incide en la misma.

2.2. La Agenda en Dubai 2012

Los debates entre Estados respecto de la libertad de la web se han instalado en la agenda pública, desatándose el conflicto entre los partidarios de una Internet abierta, respetuosa de la libertad, y los adeptos de la censura encarnados por Estados autoritarios como Rusia, Irán y China.

Desde gobiernos occidentales como Francia con su ley Hadopi hasta países con dictaduras como modelo de poder, aplican hoy en día medidas restrictivas al acceso a Internet. El gobierno chino ha bloqueado el acceso a páginas como Facebook, Twitter, Youtube y LinkedIn e incluso ha creado su propio buscador que filtra y censura la búsqueda de palabras como: revolución jasmín, democracia, entre muchas otras.

Son muchos los gobiernos que han bloqueado el acceso a Internet. Egipto lo hizo durante las revueltas sociales que terminaron con la dictadura de Hosni Mubarak. Irán bloqueó algunas páginas de activistas que llamaban a una manifestación y muchos otros países han seguido este ejemplo¹⁶.

En diciembre de 2012 los 193 Estados miembros de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT, organismo afiliado a Naciones Unidas) se reunieron en Dubai, Emiratos Árabes Unidos, a celebrar la XII Conferencia Mundial de Telecomunicaciones Internacionales con el fin de forjar acuerdos para facilitar las comunicaciones por cable y por satélite. El tema central de la cumbre giró en torno a Internet: ¿debía la UIT asumir responsabilidades en la supervisión de la red informática mundial, como las que tiene en las otras formas de comunicación internacional?

Aún cuando el primer párrafo del preámbulo de la reglamentación lanzada en Dubai reconoce en toda su plenitud a cada Estado “el derecho soberano a reglamentar sus telecomunicaciones”, Estados Unidos fue el primero en pronunciarse por la negativa respecto de este esbozo de vigilancia global, seguido por Canadá, el Reino Unido y Australia y sus socios europeos más conspicuos, quienes rechazaron de plano la reglamentación. Con el pretexto de estar defendiendo la libertad de expresión volvió a procurar mantener la histórica hegemonía de sus elefantiásicas multinacionales de la telecomunicación y de las grandes empresas que hoy administran el flujo de datos a través de la red.

Sin embargo 89 participantes decidieron aprobar el documento (los dos países que poseen la conectividad más densa del mundo Corea del Sur y Singapur y Estados Europeos como Italia, Holanda, España, Suecia y República Checa) dejando abierta la posibilidad de que otros miembros puedan suscribirlo más adelante. Otros 55 participantes optaron por no hacerlo.

El artículo más polémico del acuerdo dice: “Los Estados Miembros deben tomar las medidas necesarias para evitar la propagación de comunicaciones masivas no solicitadas y minimizar sus efectos en los servicios internacionales de telecomunicación. Se alienta a los Estados Miembros a cooperar en ese sentido”. Con esta apuesta, a partir de ahora los gobiernos pueden controlar los contenidos que circulan por Internet.

El documento fue refrendado por Argentina, que adhirió “con reservas”. En este sentido dijo que se reserva “el derecho a adoptar toda medida que considere necesaria, según leyes locales y según el derecho internacional, para salvaguardar así los intereses nacionales en caso de

¹⁶ Europa Press, *Derecho de Internet y las TIC, Derechos Fundamentales, Internet*, Publicado por v-live.

que otros estados miembros no cumplan con las Actas Finales de la Conferencia Mundial sobre Telecomunicaciones Internacionales (Dubai 2012) o en caso de que las reservas expresadas por otros estados miembros afecten los servicios de telecomunicación internacional de la República Argentina o sus derechos soberanos”.

Otros diez países de América Latina también suscribieron el acuerdo en las mismas condiciones, a saber: México, Brasil, Venezuela, Uruguay, Paraguay, Panamá, Guatemala, El Salvador, Cuba y República Dominicana.

En Dubai, los debates abarcaron además, áreas transversales tales como cuestiones vinculadas a relaciones comerciales entre los diversos servicios de Internet, como Google, y las grandes redes de telecomunicaciones, como Verizon, Deutsche Telekom y Orange, que transportan estos voluminosos flujos de datos. El tema, crucial por sus aspectos comerciales, también lo es por la amenaza que se plantea sobre neutralidad de Internet, es decir, el principio de igualdad de trato de todos los intercambios en la red, independientemente de las fuentes, los destinatarios y el contenido¹⁷.

Logró acuerdo mayoritario el desestimar la pretensión de las operadoras de telecomunicación de “equilibrar los modelos de negocio” en el entorno digital, obligando a los proveedores de contenidos (tipo Facebook o Google) a colaborar en el mantenimiento y creación de infraestructuras de telecomunicaciones.

2.3. Tratamiento de la “Libre Circulación”

La multiplicidad de discursos sobre libertad de expresión no es un tema menor en las agendas de los Estados.

En aparente disyuntiva a las barreras de las políticas censoras —lo que se conoce como la “gran muralla electrónica”— instaladas en Irán y China (durante el XVIII Congreso del Partido Comunista Chino celebrado en noviembre de 2012, el gobierno de ese país impidió la propagación de informaciones occidentales), Estados Unidos avanza en torno a una Internet abierta. Desde la década de 1970, la “libre circulación de la información” (free flow of information) constituye uno de los temas centrales de la política exterior de este país¹⁸. En un contexto de Guerra Fría y fin de la descolonización, esta directriz fue presentada como un faro que iluminaba el camino de la emancipación democrática. Palabras seductoras en el

¹⁷ SHILLER, DAN, “El ciberespacio en disputa”, *Le Monde Diplomatique*, Ed. N° 164, Febrero 2013.

¹⁸ SCHILLER, HERBERT I., “Libre circulation de l’information et domination mondiale”, *Le Monde Diplomatique*, Paris, septiembre de 1975.

lenguaje de los derechos humanos como “libertad de Internet”, “libertad de conexión” se hallaban presentes en el discurso de la Ex Secretaria de Estado Hillary Clinton y en las apreciaciones de los ejecutivos de Google antes de las negociaciones, versiones modernizadas de la oda a la libre circulación.

Sin embargo, en octubre de 2011 un legislador republicano del Estado de Texas, Estados Unidos, presentó un proyecto de ley al que se conoció con la sigla SOPA (Ley SOPA, denominada así por su sigla en inglés “Stop Online Piracy Act” o “Parar los Actos de Piratería en Línea”); su objetivo central era bloquear la reproducción de películas, canciones, imágenes, software y otros materiales en línea para proteger la propiedad intelectual de sus creadores, y lo más comprometido era monitorear a quienes utilizaban esos contenidos en cualquier lugar del mundo. Ello generó la reacción adversa no sólo de los grandes portales (Google, Facebook, YouTube, Wikipedia, Twitter, LinkedIn, Amazon, entre otros) sino del mismísimo Presidente Barack Obama quien lo rechazó provocando que su propulsor retirara el proyecto.

Empero, poco después, el Departamento de Comercio de Estados Unidos logró, por vía judicial, desactivar el gigantesco sitio de alojamiento de contenidos Megaupload, con consecuencias perjudiciales para destinatarios de países remotos que almacenaron en esta plataforma sus propios contenidos audiovisuales.

Desde décadas pasadas podemos observar algunos otros intentos de pergeñar sistemas de control de Internet; así, el Informe Mac Bride (1980) elaborado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) que propuso el concepto de responsabilidad social como parámetro en el tratamiento y la difusión de noticias. Su misión era limitar la apabullante e invasiva producción de contenidos de las grandes cadenas y agencias de noticias, lo que cercado por la misma lógica que criticaba y también por su ineficacia política, fracasó rotundamente.

Los miles y miles de usuarios conectados en el ciberespacio, en una especie de anarquía del decir¹⁹ consideran hoy que no tienen otra regla que seguir que no sea su propio y particular criterio personal a la hora de publicar sus contenidos.

No podemos soslayar que en materia de responsabilidad civil, el acontecer de nuevos riesgos cada vez más frecuentes y transfronterizos, impone la necesidad de una revisión de este sistema a partir del concepto de “el daño y la necesidad de repararlo”.

¹⁹ MARGULIS, ALEJANDRO, “Soberanía, Censura o responsabilidad social”, *Le Monde Diplomatique*, Ed. N° 164, Febrero 2013.

Con anterioridad, bajo la concepción clásica *iusprivatista* internacional, los actos ilícitos conformaron un conjunto homogéneo y coherente, dando lugar a un único estatuto —el estatuto delictual— regido por una misma ley, la *lex loci delicti commissi*²⁰.

Actualmente, “...no se puede ignorar la moderna tendencia del Derecho material comparado a establecer una distribución razonable de los riesgos inherentes a actividades lícitas, aunque peligrosas. Ya no se persigue exclusivamente la sanción ejemplar de conductas reprochables. Las tendencias materiales compensatorias han incidido en la elaboración de las normas de conflicto, cuya especialidad y adecuación a los fines del Derecho material las ha matizado y diversificado”²¹.

Al respecto Uriondo de Martinoli²² manifiesta que esta diversificación de las funciones de la responsabilidad civil, ha provocado el nacimiento de estatutos especiales para las actividades dañosas de la vida social y económica, con la consecuente revisión del sistema, lo cual no implica destruir los cimientos para edificarlo de nuevo, sino que significa “... ampliar las fronteras de la responsabilidad civil: más allá de la culpa, sin excluirla; más allá de la responsabilidad individual, sin desecharla”²³.

Dubai 2012 consiguió implementar sin problemas resoluciones en materia de mayor transparencia y competencia en las tarifas internacionales de roaming para móviles, mayor conectividad para personas discapacitadas, mejora en las infraestructuras de países en desarrollo sin acceso al mar o compuestos de pequeños territorios insulares, tratamiento de residuos de aparatos electrónicos y mayor eficiencia energética o en favor de un buen uso de los recursos de numeración.

La jurisdicción²⁴ es la materia de mayor complejidad, como consecuencia de la descentralización tradicional de la Red. La cuestión de la jurisdicción es probablemente la materia en la que el Derecho e Internet se han encontrado en aprietos desde sus orígenes para resolver los conflictos en un campo inseguro, sin que hasta ahora se hayan propuesto soluciones satisfactorias para los serios problemas que en este marco se le plantean.

²⁰ CALVO CARAVACA, A. L. y otros, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 1998, p. 578.

²¹ BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 871.

²² URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA, “Lesión de los derechos de la personalidad a través de Internet”, *Revista de la Facultad*, Vol. 3, Nº 2, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, Año 2012, p. 157.

²³ BUSTAMANTE ALSINA, J., *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 11.

²⁴ GARCÍA MEXÍA, PABLO, “La internet de las cosas y sus repercusiones jurídicas, del 18/02/2013”. *La Ley en la Red*. <http://www.abc.es/blogs/ley-red/public/post/la-internet-de-las-cosas-y-sus-repercusiones-juridicas--15395.asp>.

Tema que para la XII Conferencia Mundial de Telecomunicaciones Internacionales celebrada en diciembre de 2012 en Dubái no resultó realista ni práctico; ni el derecho nacional ni regional (Europea o del Mercosur) es adecuado a esos fines; no es realista poner de acuerdo a Estados como China, Nueva Zelanda, España, Estados Unidos, Venezuela, Brasil y Argentina en un tratado que regule la libertad de expresión en línea, porque los sitios comerciales más importantes, están en la computación en la nube (*cloud computing*), con sede en Estados Unidos, lo que aumenta más la dependencia de la red de los países periféricos.

Compartimos con Schiller²⁵ que el desequilibrio estructural del control de internet asegura la supremacía estadounidense en el ciberespacio, tanto en el plano comercial como militar, dejando a otros países poco margen para regular, bloquear o flexibilizar el sistema de acuerdo con sus propios intereses. A través de diversas medidas técnicas y legislativas, cada Estado es capaz de ejercer cierto grado de soberanía sobre la rama “nacional” de la red, pero bajo la atenta supervisión del gendarme mundial. Desde este punto de vista, como ha señalado el académico Milton Mueller²⁶, Internet es una herramienta al servicio de “la política estadounidense de globalismo unilateral”.

Su función de gestor le permitió a Estados Unidos difundir el dogma de la propiedad privada desde el corazón del desarrollo de Internet: IBM, Microsoft, Apple, Facebook, Google, Amazon, Twitter, Yahoo, LinkedIn, fueron construidas con capitales estadounidenses y adosadas al gobierno de Estados Unidos; lo cual reduce la esperanza que compartan ésta supremacía con otros gobiernos y que además existe la posibilidad cierta de que atenten contra la privacidad de las personas, siempre amparados en cuestiones de seguridad nacional.

3. El conflicto de derechos: privacidad versus seguridad, y el control constitucional²⁷

Los investigadores creemos tener utopías en torno a nuestros proyectos, y cuando podemos cristalizar en realidades nuestros anhelos, nos sentimos satisfechos. Una investigación nuestra cimentó el proyecto de Habeas

²⁵ SCHILLER, DAN, “El Ciberespacio en disputa”, *Le Monde Diplomatique*. Edición 164. Febrero 2013, pág. 23.

²⁶ MUELLER, MILTON I., *Networks and States. The Global Politics of Internet Governance*, MIT Press, Cambridge (Massachusetts), 2010. Cit por SCHILLER, ob. cit.

²⁷ BIANCIOTTI, RICARDO, “Privacidad e Intimidad, garantidas por la Acción de Clase”, en *Revista de la Facultad*. Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Vol.1 N°1. Nueva Serie II, pags. 64, 68/9 y 76.

*Data del constituyente Francisco Delich*²⁸, sobre el Art. 43 C.N, presentado con el fin de garantizar los derechos individuales, al regular el derecho de las personas a controlar la inclusión y tratamiento de sus datos preservando su intimidad²⁹.

Se ha detectado que la sociedad moderna asiste al surgimiento de tres nuevas formas de poder: el informático, el de los medios de comunicación y el de la ciencia.

El poder de la informática, en particular, requiere de contrapoderes para evitar que ella pueda atentar contra la vida privada, la dignidad, y las libertades públicas e individuales³⁰. En los sistemas constitucionales hay una regla de oro subyacente, no necesariamente escrita pero que se infiere de la propia estructura del equilibrio que suponen los sistemas de democracia constitucional, según la cual *a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un vigorizamiento de los controles, un mejoramiento de las garantías y un acentuamiento de las responsabilidades*. Uno de los avances del pensamiento jurídico institucional del tercer milenio, es precisamente entender y hacer entender que *un derecho sin garantías es un eufemismo*.

El amparo interpuesto por el abogado Ernesto C. Halabi cuestionando la constitucionalidad de la ley 25.873³¹ y su decreto reglamenta-

²⁸ DELICH, FRANCISCO, en oportunidad de su discurso ante la Honorable Convención Nacional Constituyente expresó: "A continuación quiero referirme puntualmente al proyecto que ha dado lugar a esta cláusula. Comenzaré por rescatar el trabajo de un grupo de investigadores de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba que estudiaron y fundamentaron este proyecto. Ellos son el Doctor Ricardo Bianciotti y un grupo de investigadores junior: Patricia Marcela Etienne, Andrea Isabel Fornagueira, María Raquel Martínez de González, Carlos Luis Monzó, Gustavo Murugarren, Carla Saad de Bianciotti, Héctor Mario Silvestro, Juan Carlos Torres y Andrés Vassallo. No necesito decir que me honra, tanto como Rector de la Universidad como Convencional Constituyente, este aporte de la Universidad a la nueva Constitución". Convención Nacional Constituyente, versión taquigráfica de la sesión ordinaria del 12.08.1994, Diario de Sesiones, Tomo IV, págs. 4.107/8.

²⁹ BIANCIOTTI, RICARDO y SAAD DE BIANCIOTTI, CARLA, "Hábeas Data", en *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales* de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. 1994, págs. 111 a 129.

³⁰ FAUVET, JAQUES, "Hay que defender las libertades individuales" en *Boletín de la Secretaría de Ciencia y Técnica*, 1987/13, Buenos Aires, pág. 27. El Dr. Fauvet participó en la Segunda Guerra Mundial, en su calidad de oficial de la caballería blindada; en 1945 ingresa como redactor al diario *Le Monde*, del que será director hasta 1982; en junio de 1984 es nombrado miembro de la Comisión Nacional de Informática y Libertades de Francia.

³¹ Ley N° 25.873 (Boletín Oficial del 09/02/04) introdujo una modificación relevante en el texto de la ley N° 19.798 que regula las telecomunicaciones. Su art. 2°, resolvió incorporar como art. 45 ter de la norma reformada, el siguiente: "Los prestadores de servicios de telecomunicaciones deberán registrar y sistematizar los datos filiatorios y domiciliarios de sus usuarios y clientes y los registros de tráfico de comunicaciones cursadas por los mismos para su consulta sin cargo por parte del Poder Judicial o el Ministerio Público de conformidad con la legislación vigente. La información requerida en el presente deberá ser conservada por los

rio³², de la comúnmente denominada “ley espía”, que autorizó la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet, al entender que eran violatorias de las garantías de los arts. 18 y 19 de nuestra Constitución Nacional, fue resuelto a su favor en Primera Instancia Federal en lo Cont. Adm.³³ y confirmado en Segunda Instancia por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal³⁴, la

prestadores de servicios de telecomunicaciones por el plazo de diez años”. A su vez, el art. 1°, incorporado como art. 45 bis de la Ley Nacional de Telecomunicaciones, impuso, a los prestadores de tales servicios, la obligación de instrumentar los recursos y medios humanos y técnicos que permitieran captar y derivar las comunicaciones transmitidas para su observación a pedido de los jueces o fiscales. Asimismo, el Poder Ejecutivo debía reglamentar los aspectos operativos, tecnológicos y de seguridad que les correspondía implementar a los prestadores para dar cumplimiento a la ley.

³² Decreto N° 1563/04 del 08.11.04. Estaba dirigido a contemplar las formas de cumplimiento de la ley por los prestadores de servicios de telecomunicaciones, asignando la obligación de instrumentar los medios que permitan conocer a los usuarios y sus condiciones personales, la hora de inicio de una comunicación y su lapso, y la individualización con iguales alcances de su destinatario. Asimismo, las comunicaciones debían ser codificadas, y en caso de ser interceptadas, se procedería a su decodificación mediante procedimientos fijados por la autoridad (art. 2°, inc. J-8). El órgano estatal encargado de ejecutar las interceptaciones dispuestas por el juez o fiscal, era la Dirección de Observaciones Judiciales dependiente de la Secretaría de Inteligencia de la Nación (SIDE). Con motivo de su sanción, la norma fue objeto de diversas críticas, entre otras la de LISANDO E. NOVILE en “Nuevas formas de intromisión en la vida privada” en *ADLA 2005-C, 3589*; porque se vulneraba el derecho de privacidad e intimidad de las personas en sus comunicaciones telefónicas y por vía de Internet. Ello motivó que la aplicación de la ley fuera suspendida por el decreto N° 357/2005 (B.O. 25.04.05) no derogando el decreto anterior, razón por la cual el Poder Ejecutivo cuando estimara necesario podía tornar operativa a la ley derogando la suspensión.

³³ Resuelto por la Juez Dra. Liliana Heiland, titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10 el 14.06.05, hizo lugar a la demanda y declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1° y 2° de la ley 25.873 y del decreto 1563/04. A ese efecto sostuvo que: a) no existió un debate legislativo suficiente previo al dictado de la ley, la cual carece de motivación y fundamentación apropiada; b) de los antecedentes de derecho comparado surge que diversas legislaciones extranjeras tomaron precauciones para no incurrir en violaciones al derecho a la intimidad —por ejemplo limitaron el tiempo de guarda de los datos— que no fueron consideradas en este proyecto; c) las normas exhiben gran vaguedad pues de sus previsiones no queda claro en qué medida pueden las prestatarias captar el contenido de las comunicaciones sin la debida autorización judicial; d) aquéllas están redactadas de tal manera que crean el riesgo de que los datos captados sean utilizados para fines distintos de los que ella prevé; e) el Poder Ejecutivo se excedió en la reglamentación de la ley al dictar el decreto 1563/04.

³⁴ Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, integrada por los Vocales Dres. María Inés Garzón de Conte Grand, Marta Herrera y Jorge Argentino. “Aclaró que la pretensión no se había tornado abstracta, pues la ley cuestionada seguía vigente por el hecho de que el decreto 1563/04 que la reglamentó sólo había sido suspendido “por tiempo indeterminado” mediante el decreto 357/05 sin que hubiese sido “expulsado del plexo normativo vigente”. En segundo término, precisó que el planteo articulado no era meramente consultivo sino que existía un interés jurídico concreto en cabeza del actor como usuario de distintos servicios de telecomunicaciones y en su carácter de abogado. En cuanto a la viabilidad de la acción de amparo, sostuvo que no existía en el caso otro remedio judicial más idóneo para proteger los derechos invocados, además de que la cuestión no requería una

cual dispuso su inconstitucionalidad, estableciendo, además, los efectos de alcance general (*erga omnes*) de su decisión en beneficio de todos los usuarios de telefonía o Internet que podrían haber visto intervenidas sus comunicaciones en virtud de la norma cuestionada, aun cuando no hubieren participado en el proceso.

3.1. Solución de la Corte: Acción de Clase

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ante el recurso interpuesto por el Estado Nacional desafiando específicamente los efectos *erga omnes* de la sentencia, confirmó lo decidido por la Cámara³⁵; contra las disposiciones de ésta ley que con disimulo escuchaba y grababa todas nuestras comunicaciones telefónicas y nuestros correos electrónicos por internet, y que autorizaba la intervención de nuestras comunicaciones; por entender que las mismas son violatorias de las garantías constitucionales establecidas en los artículos 18 y 19 de nuestra Ley Fundamental, pronunciándose sobre una distinta forma (acción de clase) de protección de las libertades fundamentales³⁶.

La Corte en “Halabi” así lo reconoce: “Frente a la falta de una ley en nuestro derecho que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase —en el caso de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos—, el art. 43 de la Constitución Nacional es operativo y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental

mayor amplitud de debate o prueba por resultar “prácticamente” de puro derecho. Respecto del fondo del asunto, hizo suyos los argumentos desarrollados por la jueza de grado a los que, con citas de jurisprudencia nacional y extranjera, añadió consideraciones generales sobre el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de la correspondencia, concluyendo que éstos debían primar (en situaciones como la que presenta el sub lite) más allá de que el objetivo general de las normas impugnadas hubiera sido el de “combatir el flagelo de la delincuencia”. Subrayó que “en nada cambia la conclusión a la que se arriba que la ley establezca (en su art. 3°) la asunción de responsabilidad por parte del Estado por los eventuales perjuicios que se derivaren para terceros”. Por lo demás, estimó que la legitimación del actor “no excluía la incidencia colectiva de la afectación a la luz del 2° párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional” por lo que la sentencia dictada en tales condiciones debía “...aprovechar a todos los usuarios que no han participado en el juicio”.

³⁵ El voto de la mayoría reproduce casi textualmente, sin citar, los considerandos 8vo. a 12do. de la disidencia del Ministro Lorenzetti in re: Mujeres por la Vida —Asociación sin fines de lucro— filial Córdoba c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación. Amparo del 31/10/06, Fallos 329:4593.

³⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, (C.S.J.N.) in re: Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873, Dto. 1563/04, en La Ley del 02.03.09, mayoría integrada por los Dres.: Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y Eugenio Raúl Zaffaroni; y disidencias parciales con matices, en similar sentido de la mayoría por los Dres. Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y Carmen M. Argibay.

y del acceso a la justicia de su titular, pues donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido, principio éste del que ha nacido la acción de amparo, ya que las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para su vigencia efectiva”³⁷.

3.2. Protección de la Privacidad por sobre la seguridad y el orden público

Y dirime el conflicto en favor de la privacidad por sobre la seguridad declamada en la ley 25.873 y su Dec. Reg. 1563/04, al confirmar su inconstitucionalidad; porque la captura y derivación de las comunicaciones telefónicas fijas, celulares y por Internet a través de la web, pretendida por el Estado Nacional para resguardar la seguridad y el orden público, constituyen una violación del derecho a la Privacidad e Intimidad de las personas y una violación a la inviolabilidad de la correspondencia epistolar en su extensión al correo electrónico. Como la interacción existente en el sistema de telecomunicaciones relaciona de manera no individualizada a todos los usuarios, limitar los efectos de la sentencia al accionante podía conducir al desconocimiento de los derechos que había invocado y que fueron tutelados por la misma. Se podía frustrar el contenido de la sentencia, pues no se había acreditado la existencia de una tecnología que permitiera preservar los derechos del peticionante, si la medida no se extendía a todos los usuarios.

Con un fino razonamiento, en la disidencia parcial de los Ministros Petracchi y Argibay³⁸ y Fayt³⁹ explicitaron: “Que, en este sentido, resulta incomprensible la pretensión de la recurrente dirigida a que los efectos de lo decidido en la presente causa se limiten al amparista, pues —sostiene— “no existe imposibilidad de excluirlo a él de la aplicación de la normativa sin que ello implique que no se deba aplicar la normativa en general”. En efecto, tal afirmación prescinde del carácter indivisible de la materia en discusión. Si bien la “privacidad”, desde cierto punto de vista, puede ser vista como un bien propio de cada individuo en particular, no se trata en el caso de un reclamo de protección limitado a un cierto espacio físico o a algún aparato de comunicación en particular. Por el contrario, lo que entra en juego es el derecho a la privacidad en el ámbito de las telecomunicacio-

³⁷ CSJN, in re: Halabi cit. en el sumario Nro. 3 y en los considerados Nros. 12, 16 y 19, reseñan el carácter operativo del art. 43 de la Constitución Nacional.

³⁸ CSJN, in re: Halabi cit., considerandos 8vo. y 9no. de los Ministros Petracchi y Argibay.

³⁹ CSJN, in re: Halabi cit., considerandos 10mo. y 11mo. del Ministro Fayt.

nes. Ello, por definición, presupone la interacción con otros interlocutores, cuya ausencia de protección —por ser ajenos al juicio— derivaría, necesariamente, en el fracaso de la protección al amparista mismo. Desde este punto de vista, la necesidad de protección invocada no podría ser restringida a la “propia” esfera de privacidad. En consecuencia, al no haber sido invocada por la recurrente razón o argumento alguno acerca de cómo sería posible satisfacer la pretensión del reclamante manteniendo la injerencia a la privacidad de terceros, ajenos al pleito, pero potenciales interlocutores, el recurso extraordinario presenta falencias en su fundamentación de entidad suficiente como para impedir su procedencia”. “Que, por lo mismo, frente a la ausencia de argumentos relativos a cómo podrían ser restringidos los efectos de la sentencia al caso particular sin vulnerar la protección de la privacidad pretendida, no se advierte relación directa e inmediata entre lo resuelto en estos actuados y la interpretación restrictiva de los alcances del art. 43 de la Constitución Nacional propuesta por la recurrente”⁴⁰.

La protección de la Privacidad sobre la seguridad y el orden público pretendidas por el Estado relacionadas con la declaración de inconstitucionalidad de la ley espía N° 25.873, que había dispuesto la intervención general de todas las comunicaciones telefónicas y correos electrónicos por Internet, grabándolos por 10 años, violaba el derecho a la intimidad cuando los datos podían ser usados por la SIDE para una finalidad distinta de la perseguida por el legislador y sin control judicial.

Surge nítida la victoria de la garantía de la privacidad e intimidad de todas las personas, por sobre la seguridad y el orden público planificado con una intromisión inaceptable, que otorgaba un poder ilimitado a la SIDE, intentados por la ley y su decreto reglamentario.

La Corte garantiza el derecho a la intimidad tutelado por los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y por los Tratados internacionales con rango constitucional, imponiéndole límites al poder del Estado y rescatando la libertad como valor constitucional.



⁴⁰ Fallos: 329:2060, 4535; 330:4399, entre muchos otros.

LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DE LA PRELACIÓN DE LOS ÓRDENES HEREDITARIOS EN EL SISTEMA SUCESORIO ARGENTINO†

*Nora Lloveras**
*Fabián Faraoni***
*Marcelo Salomón****
*Valeria Durán*****
*Constanza Eppstein******
*Daniel Arnaudo******
*Julia Rossi******
*Edith Ramacciotti******
*Laura Cantore******
*Romina Scocozza******
*Mónica Assandri******

Resumen: En el marco del derecho sucesorio argentino vigente y proyectado, se examina el principio que alude al deferimiento de la sucesión legítima por órdenes hereditarios y la exclusión que opera entre los diferentes órdenes hereditarios. Seguidamente, desde una mirada constitucional, se explora si el Código Civil Argentino al establecer la prelación de los órdenes hereditarios observa el precepto de la “reglamentación razonable” de los derechos comprometidos referidos a la igualdad y a la protección integral de la familia, para concluir en la inconstitucionalidad de la exclusión de los órdenes legitimarios en caso de concurrencia a la legítima hereditaria. Finalmente, se suministran las bases que se consideran debiera contemplar una futura regulación en ese sentido.

Palabras claves: Constitución Nacional - Órdenes hereditarios - Prelación.

† Recibido el 30/04/2013, Aprobado el 04/07/2013.

* Profesora Titular de la cátedra “B” de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Adscripta a la cátedra de Derecho Constitucional. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora. E Mail: noval@arnet.com.ar.

** Profesor Asistente Interino de la cátedra “B” de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigador. Vocal de la Cámara de Familia de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba. E Mail: faraonif@arnet.com.ar.

*** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Docente de Derecho Constitucional. Docente de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Adscripto a la cátedra “B” de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigador. Juez de Conciliación Laboral de la ciudad de Villa María. E Mail: marcelojsalomon@arnet.com.ar.

**** Adscripta a la cátedra “B” de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora. E Mail: licvaleriaduran@yahoo.com.ar.

***** Abogada UNC. Adscripta de la Cátedra “B” de Derecho Privado VI —Familia y Sucesiones—. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora. E Mail: cepstein@gmail.com.

1. El problema de investigación

El Código Civil al estructurar el sistema legitimario establece una prelación en el llamamiento de los órdenes hereditarios contemplados, con la hipótesis particular de la concurrencia establecida para el orden del cónyuge supérstite¹.

Todos los herederos a quienes el Código Civil asegura una porción de la legítima hereditaria, conforman el núcleo de las relaciones jurídicas familiares más próximo al causante, y en consecuencia integran su grupo familiar primario y su soporte afectivo más cercano e íntimo.

En este contexto, si desde la manda constitucional los descendientes, los ascendientes y el cónyuge supérstite son todos sujetos amparados por el axioma que establece la “protección integral de la familia”, no se logra preliminarmente advertir una justificación axiológica constitucional que habilite al Congreso Nacional —al momento de establecer el sistema sucesorio— la exclusión en el llamamiento legitimario de los ascendientes

***** Abogado. Adscripto de la cátedra “B” de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigador. E Mail: daniarnaudo@hotmail.com.

***** Profesora Ayudante de Primera Dedicación Simple, de la cátedra “B” de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Abogada especialista en Derecho de Familia. Universidad Nacional de Rosario. E Mail: juliarossi2003@yahoo.com.ar.

***** Adscripta de la cátedra “B” de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigador. Prosecretaría del Juzgado de Familia de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba. E Mail: eramacciotti@hotmail.com.

***** Profesora Asistente por concurso en las cátedras de Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho. Prof. en la cátedra opcional Géneros, Derechos y Familias. Adscripta en la Cátedra de Privado VI. Investigadora. Ayudante Fiscal. E-mail: lauracantore@gmail.com.

***** Diplomada en Derechos Humanos con perspectiva de Género. Adscripta a la cátedra de Derecho Constitucional. Adscripta a la cátedra de Derecho Privado VI (Familia y Sucesiones) Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Profesora titular de Derecho Constitucional I y II en Ides Río Tercero. E Mail: romyscocoza@gmail.com.

***** Abogada. Especialista en Derecho de Familia (Título otorgado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Secretaría de Posgrado de la Universidad Nacional de Córdoba) Docente de Privado I (Parte General), Privado VI (Familia y Sucesiones), I.E.C.A. (Introducción a los Estudios de la carrera de Abogacía) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. E mail:moassandri@hotmail.com.

¹ La perspectiva constitucional de la legítima hereditaria del cónyuge supérstite es abordada en el proyecto de investigación 2010-2011, y por ende escapa a los objetivos de la presente investigación. Véase: LLOVERAS, NORA; FARAONI, FABIÁN; SALOMON, MARCELO; DURAN, VALERIA; EPPSTEIN, CONSTANZA; ARNAUDO, DANIEL, ROSSI, JULIA, KOWALENCO, ANDREA; RAMACCIOTTI, EDHIT; MUZIO, FLORENCIA; CANTORE, LAURA y SCOCOZZA, ROMINA, “La perspectiva constitucional de la legítima hereditaria del cónyuge supérstite”, En: *Anuario XIII (2011)*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, págs. 371 a 392.

por los descendientes, pues ello pareciera implicar el desmedro de un orden hereditario privilegiando a otro, y en definitiva violentar el enunciado mandato de la “protección integral de la familia”.

El presente trabajo de investigación se propone puntualmente confrontar, examinar y evaluar si el Código Civil al establecer la prelación de los órdenes sucesorios (descendientes y ascendientes) observa el mandato constitucional de “reglamentación razonable” de los valores constitucionales en juego, sin generar discriminaciones o categorías sospechosas que en la articulación práctica del sistema sucesorio impliquen lisa y llanamente una flagrante violación al derecho de igualdad.

De concluir la improcedencia constitucional de la legislación vigente, buscaremos formular las pautas para una futura regulación en la que se produzca un llamamiento legitimario simultáneo para todos aquellos sujetos que conforman “la familia” del causante, sin consolidar ni admitir supresiones arbitrarias entre ellos.

En este intento, necesariamente nos detendremos en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación² que se encuentra en tratamiento parlamentario, para sondear el abordaje allí propuesto al tema de investigación, y verificar el marco legislativo proyectado en relación a la prelación de los órdenes hereditarios.

2. La legítima hereditaria en el derecho argentino vigente

En nuestra legislación, la transmisión de los derechos hereditarios puede ser por: sucesión legítima —también conocida como intestada o ab intestato—, o testamentaria —también llamada voluntaria—, distinción que tiene como basamento el título que funda el llamamiento sucesorio³.

En otros términos, la sucesión por causa de muerte puede tener dos fuentes: la ley o la voluntad del testador manifestada en testamento válido. En consecuencia es *legítima* cuando es la ley la que ordena el fenómeno sucesorio de transmisión por causa de muerte y *testamentaria*, cuando es la voluntad del causante la que ha diseñado el régimen de transmisión para después de su muerte.

² Proyecto de reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Por iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional. Ingresó el 8.06.2012 a la Cámara de Senadores. Número de expediente 884-PE-2012.

³ Art. 3262 CC: “Las personas a las cuales se transmiten los derechos de otras personas, de tal manera que en adelante puedan ejercerlos en su propio nombre, se llaman sucesores. Ellas tienen ese carácter, o por la ley, o por voluntad del individuo en cuyos derechos suceden”. Art. 280 C.C.: “La sucesión se llama legítima, cuando sólo es deferida por la ley, y testamentaria cuando lo es por voluntad del hombre manifestada en un testamento válido. Puede también deferirse la herencia de una misma persona, por voluntad del hombre en una parte, y en otra por disposición de la ley”.

La sucesión legítima o intestada se encuentra regida por una serie de principios determinados por el Codificador: 1) la sucesión legítima se defiere por órdenes hereditarios; 2) los diferentes órdenes hereditarios son excluyentes; 3) dentro de cada orden hereditario hereda el pariente de grado más próximo; 4) Los bienes hereditarios se distribuyen sin tomar en cuenta su origen, ni su naturaleza y 5) el llamamiento es universal o con vocación al todo.

Dichos principios surgen de la lectura de los artículos 3545 al 3548 (Sección Primera, Libro IV, Título VIII), y el enunciado en último término —principio del “título universal del llamado”— germina del juego armónico de algunas normas del mismo cuerpo legal⁴. Asimismo, es de señalar que la doctrina no es unánime en la nominación de los principios referidos pero sus contenidos son idénticos⁵.

De la aplicación de estos principios se desprende a quienes les corresponde heredar, entre todos los miembros de la familia del causante, sin dejar de mencionar que la elección que hace la ley se basa en los afectos presuntos del causante de acuerdo a la naturaleza de las relaciones de familia (nota al art. 3283 del Código Civil)⁶.

En lo que interesa a esta investigación debemos detenernos puntualmente en las dos primeras pautas o principios enunciados, esto es el deferimiento de la sucesión legítima por órdenes hereditarios, y la exclusión entre los diferentes órdenes hereditarios.

2.1. El deferimiento de la sucesión legítima por órdenes hereditarios y la exclusión entre los diferentes órdenes hereditarios

Esta pauta o principio implica, como regla general, un sistema de llamamiento por órdenes hereditarios y que los herederos de un orden preferente excluyen a los de un orden posterior.

⁴ Art. 3545 CC: “Las sucesiones intestadas corresponden a los descendientes del difunto, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite, y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en este Código. No habiendo sucesores, los bienes corresponden al Estado Nacional o Provincial”. (T.O. según Ley 23.264). Art. 3546 C.C.: “El pariente más cercano en grado, excluye al más remoto, salvo el derecho de representación”. Art. 3547: “En las sucesiones no se atiende al origen de los bienes que componen la herencia”.

⁵ Conf. AZPIRI, JORGE O., *Derecho Sucesorio*, 4ª ed. act., Ed. Hammurabi, Bs. As., 2006; BORDA, GUILLERMO, *Tratado de Derecho Civil – Sucesiones*, 5ª ed. act., Ed. Perrot, Bs. As., 1980; ZANNONI, EDUARDO A., *Tratado de Derecho de las Sucesiones*, 4ª ed., Ed. Astrea, Bs. As., 1997; MAFFIA, JORGE O., *Tratado de sucesiones*, 2ª edición, actualizada por Lidia Beatriz Hernández y Luis Alejandro Ugarte. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010.

⁶ Nota al art. 3283 CC: “...Respecto a las sucesiones ab intestado hay una consideración especial. Reposan sobre la voluntad presunta del difunto, no porque esa voluntad pueda considerarse como un hecho cierto respecto a una persona determinada, sino porque cada ley positiva, cada Código, adopta la presunción general que le parece más apropiada a la naturaleza de las relaciones de familia...” Cfr. AZPIRI, JORGE O., *Derecho Sucesorio*, 4ª ed. act., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pág. 534.

Siguiendo el sistema lineal de orientación romanista, nuestro Código Civil establece que el primer orden de la sucesión intestada corresponde a los descendientes, el segundo a los ascendientes, el tercero al cónyuge, y el cuarto a los colaterales hasta el cuarto grado, sin perjuicio de la figura de la nuera viuda sin hijos⁷.

En este aspecto, y con relación a los descendientes, es importante señalar que en nuestro país con la sanción de ley N° 23.264⁸ se equipararon los efectos de la filiación matrimonial, extramatrimonial y adoptiva plena⁹.

Este orden de prelación se encuentra contemplado en el art. 3545 del Código Civil, que expresa: "Las sucesiones intestadas corresponden a los descendientes del difunto, a sus ascendientes, cónyuge supérstite y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en el Código. No habiendo sucesores, los bienes corresponden al Estado Nacional o Provincial".

La referida norma no pretende clasificar los órdenes sucesorios en el Código Civil, pero al enumerarlos y confrontando luego las formas de concurrencia, puede lograrse un criterio general de prelación¹⁰.

La primacía, preferencia o prelación de los órdenes hereditarios establecida en el Código Civil, es la siguiente:

a) El primer orden hereditario está integrado por los descendientes del causante. Los descendientes, excluyen a los ascendientes y a los colaterales y concurren con el cónyuge y la nuera viuda.

b) El segundo orden hereditario está integrado por los ascendientes, quienes heredan a falta de descendientes y excluyen a los colaterales, concurren con el cónyuge y la nuera viuda y son excluidos por los descendientes.

c) El tercer orden hereditario lo constituye el cónyuge quien, excluye a los colaterales; concurre con los descendientes, aunque en este caso es excluido en los bienes gananciales que por liquidación de la sociedad con-

⁷ Conf. LLOVERAS, NORA; ORLANDI, OLGA; FARAONI, FABIÁN, *El matrimonio civil argentino*, Análisis de la Ley 26618/2010, Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2010, pág. 258 y sgtes.

⁸ B.O. 23/10/85. Art. 240 CC.: "La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme las disposiciones de este Código" (T.O. según Ley 23.264).

⁹ Cf. LLOVERAS, NORA, *Patria Potestad y Filiación*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986; BÍSCARO, BEATRIZ, *Régimen de filiación y Patria Potestad*. Ley 23.264, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990; BOSSERT, GUSTAVO A. y ZANNONI, EDUARDO A., *Régimen legal de filiación y patria potestad*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1985; entre otros.

¹⁰ Conf. AZPIRI, JORGE O., *Derecho Sucesorio*, 4ª ed. act., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pág. 536.

yugal hayan correspondido al pre-fallecido (art. 3576 del Código Civil)¹¹; y concurre también con los ascendientes (art. 3571 del Código Civil)¹² y nuera viuda.

d) El cuarto y último orden hereditario lo integran los colaterales hasta el cuarto grado. No excluyen a nadie; concurren con la nuera viuda (arts. 3545-3585 del Código Civil)¹³; y son excluidos por todos.

Nuestro Código Civil, desde su originaria redacción hasta la actualidad, mantiene como herederos legítimos pero sin porción legítima a los parientes colaterales (verbigracia: hermanos, tíos, sobrinos, etc.). Es decir, no se le acuerda legítima hereditaria a un grado de parentesco que en los hechos puede tener una estrecha interacción con el causante y que a la muerte de éste no será considerado con la misma entidad que los otros grados de parentesco¹⁴.

A falta de todos estos órdenes hereditarios los bienes pasan al Estado Nacional o Provincial, y la herencia se reputa vacante¹⁵.

De modo que, teniendo como fundamento el afecto presunto del causante, la presencia de sujetos pertenecientes a un orden hereditario prevalente deja postergadas y excluidas de su llamamiento a las personas

¹¹ Art. 3576 CC: "En todos los casos que el viudo o viuda es llamado a la sucesión en concurrencia con ascendientes, no tendrá el cónyuge sobreviviente parte alguna en la división de bienes gananciales que corresponderían al cónyuge prefallecido" (T.O. según Ley 23.264).

¹² Art. 3571 CC: "Si han quedado ascendientes y cónyuge supérstite, heredará éste la mitad de los bienes propios del causante y también la mitad de los gananciales que correspondan al fallecido. La otra mitad la recibirán los ascendientes" (T.O. según Ley 23.264).

¹³ Art. 3545 CC: "Las sucesiones intestadas corresponden a los descendientes del difunto, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite, y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en este Código. No habiendo sucesores, los bienes corresponden al Estado Nacional o Provincial" (T.O. según Ley 23.264). Art. 3585 CC: "No habiendo descendientes ni ascendientes ni viudo o viuda, heredarán al difunto sus parientes colaterales más próximos hasta el cuarto grado inclusive, salvo el derecho de representación para concurrir los sobrinos con sus tíos. Los iguales en grado heredarán en partes iguales" (T.O. según Ley 23.264).

¹⁴ Es interesante destacar que la redacción original del artículo 3592 solo hacía remisión al "título anterior" sin mencionar los capítulos, lo cual fue advertido por el senador Caseros, al tratarse en el Congreso el proyecto de la ley de Fe de Erratas, quien precisó que la norma debía mencionar a los cinco primeros capítulos, puesto que los colaterales no tienen legítima. Cfr. ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho de las sucesiones*, 4ª edición ampliada y actualizada, Volumen 2º, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 154, nota 47.

¹⁵ Art. 3588 CC.: "A falta de los que tengan derecho a heredar conforme lo dispuesto anteriormente, los bienes del difunto, sean raíces o muebles, que se encuentren en el territorio de la República, ya sea extranjero o ciudadano argentino, corresponden al Fisco, provincial o nacional, según las leyes que rigen a este respecto". En la nota a este artículo Vélez Sarsfield explicó la naturaleza de este derecho del Fisco con las siguientes palabras: "El Estado, en realidad no es un heredero ni un sucesor en el sentido técnico de la palabra; porque él adquiere los bienes de un muerto, precisamente en virtud de un título que supone que haya herederos... Es en virtud de su derecho de soberanía que el estado adquiere los bienes sin dueño, que se encuentren en su territorio...".

integrantes de un orden ulterior o no preferente (ej. hijos y nietos del causante desplazan a los padres y abuelos del mismo y éstos últimos a los colaterales).

En este sentido, Méndez Costa explica que la legítima es fijada por la ley por órdenes hereditarios, cualquiera sea el número de órdenes que lo integren: hay una legítima de los descendientes venga por derecho propio o por representación, una legítima de los ascendientes, y una legítima del cónyuge¹⁶.

En consecuencia, en el marco de la legítima hereditaria el orden más cercano al causante excluye al más remoto o posterior, con la salvedad del derecho de representación (arts. 3549 y ss.)¹⁷.

La inclusión del cónyuge como orden hereditario es excepcional al no ser pariente y al actualizar su vocación con los descendientes y los ascendientes, que son legitimarios¹⁸.

De ello se colige que el principio de la prelación de los órdenes hereditarios no reviste carácter absoluto, sino que se advierten excepciones a dicha regla que provienen de la propia ley.

Entre tales excepciones, el cónyuge supérstite constituye un orden anómalo: concurre con descendientes o ascendientes, y excluye a los colaterales. De modo que, como señala la doctrina, el cónyuge sobreviviente nunca carece de participación en el acervo, salvo en el supuesto de concurrencia con descendientes sobre la porción ganancial del causante¹⁹.

Otra situación excepcional la configura el llamamiento de la “nuera viuda sin hijos”, incorporado por la reforma propiciada por el Decreto Ley

¹⁶ Cfr. MENDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, “Comentario al artículo 3571” en: *Código Civil Anotado. Doctrina-Jurisprudencia*. Directores: LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN; MENDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.

¹⁷ El derecho de representación se encuentra regulado en los Capítulos I y II (“Del derecho de representación” y “Efectos de la representación”, respectivamente), del Título VIII (“De las sucesiones intestadas”), y en materia de legítima Hereditaria, implica la posibilidad de los descendientes de un heredero legitimario de concurrir a la sucesión de los ascendientes de éste último, aún en el supuesto de existir herederos de grado más cercanos (por ejemplo: presentarse a la sucesión de sus abuelos en representación de su padre premuerto y en concurrencia con los hermanos de éste, es decir sus tíos).

¹⁸ El tema de la inclusión del cónyuge como orden hereditario fue objeto de una investigación en particular, cuyo trabajo, para un mayor abundamiento, citamos: Cfr. LLOVERAS, NORA (directora); FARAONI, FABIÁN (codirector); SALOMON, MARCELO; DURAN, VALERIA; EPPSTEIN, CONSTANZA; ARNAUDO, DANIEL, ROSSI, JULIA, KOWALENCO, ANDREA; RAMACCIOTTI, EDHIT; MUZIO, FLORENCIA; CANTORE, LAURA y SCOCOZZA, ROMINA, “*La perspectiva constitucional de la legítima hereditaria del cónyuge supérstite*”, En: *Anuario XIII (2011)*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, págs. 371 a 392.

¹⁹ Conf. MAFFÍA, JORGE O., *Tratado de sucesiones*, t. I, 2ª edición, actualizada por Lidia Beatriz Hernández y Luis Alejandro Ugarte. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, pág. 656.

17.711 del año 1968²⁰, sin que exista en la doctrina una posición unánime sobre la naturaleza jurídica de su vocación hereditaria y, correlativamente, sobre los efectos que desencadena en el esquema sucesorio.

El llamamiento de esta “nuera viuda sin hijos” evoca de alguna manera la cuarta de la viuda pobre e indotada que acordaban las Partidas y que Vélez Sarsfield recuerda en la nota al art. 3572²¹.

En este sentido se ha dicho que la misma tiene el carácter de sucesora con vocación al todo, esto es que su vocación se limita a un cuarto de lo que hubiera recibido su marido en tanto concurra con cualquiera de los herederos legítimos mencionados en este párrafo, pero indudablemente que de no existir ningún pariente con vocación sucesoria la nuera viuda excluye al fisco, actualizando de esa manera su vocación al todo²².

Desde la doctrina se ha planteado la incoherencia reglamentaria de esta “figura anómala” dentro del derecho sucesorio argentino²³.

Entre las críticas principales que se efectúan surge su flagrante discriminación hacia la figura sucesoria análoga, esto es el “yerno viudo sin hijos”. Resulta infundado sostener el llamamiento a la nuera viuda sin hijos, y excluir de esta convocatoria, al yerno viudo sin hijos, en el análisis de esta apertura excepcional y única de la sucesión a los parientes afines en el derecho argentino²⁴.

Más allá de la discusión sobre la naturaleza jurídica de la figura sucesoria de “la nuera viuda sin hijos”, el artículo 3576 bis del Código Civil es claro y determinante cuando establece que aquella “...tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubieran correspondido al esposo en dichas sucesiones”.

En conclusión, el sistema sucesorio argentino al establecer que el diferimiento de la sucesión legítima es por órdenes hereditarios y la exclusión entre los diferentes órdenes hereditarios, ha impuesto forzosamente

²⁰ B.O. 26/04/68 y Fe de erratas B.O. 05/05/68.

²¹ La Partida VI dispuso lo que se conoció como “cuarta marital”, es decir, que la viuda pobre de marido rico pudiese obtener, aunque existiesen hijos, hasta la cuarta parte de la herencia del marido, con tal que esa cuarta no excediese de cien libras de oro. Cfr. LÓPEZ DEL CARRIL, JULIO J., *Derecho de las Sucesiones*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 214 y ss.

²² Conf. AZPIRI, JORGE O., *Derecho Sucesorio*, Ed. Hammurabi, 4ª ed., Buenos Aires, 2006, pág. 561 y ss.

²³ LLOVERAS, NORA; SALOMÓN, MARCELO, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, pág. 367. Exponen los autores que la nuera viuda sin hijos y el “yerno viudo” sin hijos, no pueden recibir un trato diferenciado en el derecho sucesorio, desde el plano constitucional.

²⁴ Esta situación tuvo su correlato jurisprudencial cuando se declaró la inconstitucionalidad de la norma reglamentaria por exclusión del beneficio sucesorio a favor del varón. Véase: LLOVERAS, NORA; SALOMÓN, MARCELO, *El derecho sucesorio y el yerno viudo sin hijos: Un fallo arraigado en los mandatos constitucionales* (Nota a fallo), *Semanario Jurídico - Fallos y Doctrina*, N° 1721, Córdoba, año XXXII, pág. 289.

qué miembros de la familia del causante serán llamados para suceder en calidad de herederos, y qué miembros quedarán excluidos de dicho llamamiento.

3. Los órdenes hereditarios en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación²⁵ conserva los principios que rigen actualmente la sucesión intestada o legítima.

En orden al primer y segundo principio, es decir el deferimiento de la sucesión legítima por órdenes hereditarios y la exclusión entre los diferentes órdenes hereditarios, mantiene los lineamientos del Código Civil²⁶, las reformas operadas por la ley 23.264 y las que el mismo introduce en materia de filiación²⁷.

Las reglas sobre sucesión de los colaterales son ratificadas, con pequeñas variantes²⁸.

El tercer principio (referido a que dentro de cada orden hereditario se hereda según el grado de parentesco) se conserva, aunque en lo que hace a su excepción, esto es al derecho de representación, podemos señalar que el proyecto establece reglas ya reconocidas en doctrina y jurisprudencia: mediando representación la sucesión se divide por estirpes, como si el representado concurriera, y si la representación desciende más de un grado, la subdivisión vuelve a hacerse por estirpe en cada rama. Dentro de cada rama la división se hace por cabeza²⁹.

²⁵ Por iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional ingresó el 8.06.2012 a la Cámara de Senadores, Número de expediente 884-PE-2012.

²⁶ Libro V, Título IX, Capítulos 1 a 6, art. 2424 CCCN: "Las sucesiones intestadas se defieren a los descendientes del causante, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite, y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en este Código. A falta de herederos, los bienes corresponden al Estado nacional, provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según el lugar en que están situados".

²⁷ Art. 558 CCCN: "La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de DOS (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación".

²⁸ Art. 2438 CCCN: "A falta de descendientes, ascendientes y cónyuge, heredan los parientes colaterales hasta el cuarto grado inclusive". Art. 2439: "Los colaterales de grado más próximo excluyen a los de grado ulterior, excepto el derecho de representación de los descendientes de los hermanos, hasta el cuarto grado en relación al causante. Los hermanos y descendientes de hermanos desplazan a los demás colaterales". Art. 2440 CCCN: "En la concurrencia entre hermanos bilaterales y hermanos unilaterales, cada uno de éstos hereda la mitad de lo que hereda cada uno de aquéllos. En los demás casos, los colaterales que concurren heredan por partes iguales".

²⁹ Art. 2426 CCCN: "Los hijos del causante lo heredan por derecho propio y por partes iguales". Art. 2427: "Los demás descendientes heredan por derecho de representación, sin limi-

El cuarto principio relativo a que en el llamamiento intestado no se atiende al origen de los bienes que componen la herencia³⁰, se conserva al igual que sus excepciones; para el caso de concurrencia a la sucesión de descendientes y cónyuge supérstite³¹, y en la adopción simple. Respecto de ésta última, se innova desde que el descendiente adoptivo es tratado como cualquier descendiente, cualquiera sea el origen de la filiación³². La distinción entre adopción simple y plena se reserva para la sucesión de los ascendientes; no incorporándose en el régimen sucesorio las variantes que el juez puede establecer en su sentencia, sea la adopción simple o plena. Se dispone expresamente que las exclusiones dispuestas para los ascendientes no operen si quedaran bienes vacantes.

El quinto principio, atinente al llamamiento universal o con vocación al todo, también se preserva.

Bajo la denominación Derechos del Estado, el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación reúne los capítulos del Código Civil sobre “Sucesiones Vacantes” y “Sucesiones del Fisco”, suprimiéndose la reputación de vacancia³³.

tación de grados”. Art. 2428: “En caso de concurrir descendientes por representación, la sucesión se divide por estirpes, como si el representado concurriera. Si la representación desciende más de UN (1) grado, la subdivisión vuelve a hacerse por estirpe en cada rama. Dentro de cada rama o subdivisión de rama, la división se hace por cabeza”. Art. 2429 CCCN: “La representación tiene lugar en caso de premoriencia, renuncia o indignidad del ascendiente. No la impide la renuncia a la herencia del ascendiente, pero sí la indignidad en la sucesión de éste. Se aplica también en la sucesión testamentaria, si el testador se limita a confirmar la distribución a la herencia que resulta de la ley”.

³⁰ Art. 2425 CCCN: “En las sucesiones intestadas no se atiende a la naturaleza ni al origen de los bienes que componen la herencia, excepto disposición legal expresa en contrario”.

³¹ Art. 2433 CCCN: “Si heredan los descendientes, el cónyuge tiene en el acervo hereditario la misma parte que un hijo. En todos los casos en que el viudo o viuda es llamado en concurrencia con descendientes, el cónyuge supérstite no tiene parte alguna en la división de bienes gananciales que corresponden al cónyuge prefallecido”.

³² Art. 2430 CCCN: “El adoptado y sus descendientes tienen los mismos derechos hereditarios que el hijo y sus descendientes por naturaleza y mediante técnicas de reproducción humana asistida”. Art. 2432: “Los adoptantes son considerados ascendientes. Sin embargo, en la adopción simple, ni los adoptantes heredan los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de origen, ni ésta hereda los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de adopción. Estas exclusiones no operan si, en su consecuencia, quedan bienes vacantes. En los demás bienes, los adoptantes excluyen a los padres de origen”.

³³ Art. 2441 CCCN: “A pedido de cualquier interesado o del Ministerio Público, se debe declarar vacante la herencia si no hay herederos aceptantes ni el causante ha distribuido la totalidad de los bienes mediante legados. Al declarar la vacancia, el juez debe designar un curador de los bienes. La declaración de vacancia se inscribe en los registros que corresponden, por oficio judicial”.

Art. 2442 CCCN: “El curador debe recibir los bienes bajo inventario. Debe proceder al pago de las deudas y legados, previa autorización judicial. A tal efecto, a falta de dinero suficiente en la herencia, debe hacer tasar los bienes y liquidarlos en la medida necesaria. Debe rendición de

Por último, se elimina el derecho hereditario de la nuera viuda sin hijos con fundamento en que, además de los ataques a su constitucionalidad al distinguir según sea hombre o mujer, altera los principios del derecho sucesorio y ocasiona un sinnúmero de dificultades interpretativas, especialmente después de la incorporación del matrimonio de personas del mismo sexo.

En consecuencia, en el esquema proyectado los principios que informan el sistema sucesorio intestado continúan determinando que parientes del causante serán llamados para suceder y quienes quedarán excluidos.

4. La mirada constitucional del derecho de las sucesiones y de la prelación de los órdenes hereditarios: la razonabilidad de su reglamentación

La reglamentación constitucional de los derechos se plantea como una necesidad social básica y elemental cuya finalidad es armonizar los derechos incluidos en la Carta Magna y hacerlos operativos entre sí en la búsqueda del bien general.

En el derecho argentino, por decisión del convencional constituyente, es el Congreso quien está facultado a reglamentar los derechos constitucionales a través de su manifestación más genuina: las leyes. Subsidiariamente, y al solo efecto de aplicar y hacer operativa la normativa dictada por el Congreso, el Poder Ejecutivo, puede dictar decretos reglamentarios con base en la ley (art. 99 inc. 2 CN), como así también —dentro de la delegación autorizada— pueden reglamentar derechos otros estamentos institucionales inferiores.

Por ello, resaltamos que la razonabilidad de la reglamentación legislativa importa establecer un valladar a la potestad reglamentaria del Estado, es decir limitar la potestad estatal para definir el alcance y contenido de los derechos constitucionales, a fin de conservar un “mínimo inderogable”, un “mínimo no negociable”, de derechos fundamentales.

Si bien no existe una definición precisa de la significación esencial de un derecho, todos los sistemas constitucionales —el nuestro también a través del artículo 28— se establecen pautas o criterios que lo determinan, en tanto afirma que los principios, garantías y derechos reconocidos por la

cuentas al Estado o a los Estados que reciben los bienes”. Art. 2443: “Concluida la liquidación, el juez debe mandar entregar los bienes al Estado que corresponde. Quien reclama posteriormente derechos hereditarios debe promover la petición de herencia. En tal caso, debe tomar los bienes en la situación en que se encuentran, y se considera al Estado como poseedor de buena fe”.

Constitución, no podrán ser “alterados” por las “leyes que reglamenten su ejercicio”³⁴.

Del juego armónico de las normas constitucionales podemos decir que la Carta Magna impone a la potestad reglamentaria los siguientes límites: a) utilizar el medio adecuado al fin propuesto; b) no alterar la esencia del derecho objeto de reglamentación; c) inspirar la reglamentación en el valor justicia; d) recurrir a la limitación menos restrictiva.

En consecuencia, y en el plano práctico, el punto de partida para verificar la procedencia de la reglamentación, se asienta en identificar “el núcleo del derecho”, su sustancia mínima inderogable, y desde allí, buscar la medida que, cumplimentando la finalidad pretendida por el legislador, sea menos restrictiva al derecho cuya reglamentación se intenta.

Por lo dicho, queda claro que las leyes reglamentarias —el sistema sucesorio forma parte de ellas— no pueden “alterar”, “suprimir”, “destruir” los principios derechos y garantías reconocidos en la Constitución.

La normativa que no es razonable deviene inconstitucional, pudiendo detectarse la inconstitucionalidad de una norma, o de una actuación estatal, o de una omisión estatal, ya bien desde su génesis o nacimiento o de un modo sobreviniente a su dictado o al hecho que lo motiva.

La inconstitucionalidad y la razonabilidad son la cara y contracara de la misma moneda: una norma es razonable, por lo tanto constitucional y, por otro lado, una norma es irrazonable y por ende, inconstitucional.

Desde una perspectiva de “validez sistémica” el Código Civil, al revestir el carácter de “norma reglamentaria” de valores y derechos constitucionalmente reconocidos, se encuentra en subordinación axiológica y normativa respecto a la Ley Fundamental.

El Código Civil, como norma constitucional secundaria y en torno al derecho sucesorio, buscó reglar un conjunto de derechos y obligaciones derivados de la muerte del causante, concretamente el denominado “fenómeno de la transmisión”, el que cuenta como piedra axial la institución de la legítima hereditaria y su vinculación con la prelación de los órdenes hereditarios regulada en dicho cuerpo legal.

En el sistema plasmado por el Codificador —quien apartándose de todos los precedentes de su época impulsa un sistema sucesorio y testamentario de concepción propia— la legítima recae sobre una porción del patrimonio del causante que la ley adjudica a determinadas categorías de

³⁴ Este artículo tiene su fuente en el artículo 20 de las “Bases” de Alberdi: “Las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público; pero el Congreso no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adultere en su esencia”. Véase: ALBERDI, JUAN B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, 3ª edic, La Cultura Argentina, Buenos Aires, 1923, pág. 121 y ss.

herederos, con una preferencia determinada, excluyente o concurrente según el tipo de herederos, y restringiendo las facultades de disposición de eficacia definitiva de su titular en el excedente sobre ellas.

Lo que se pone en lupa de análisis es determinar si la mentada “preferencia o exclusión de órdenes hereditarios” supera el test de razonabilidad constitucional *supra* referido, o en su caso el mismo se torna arbitrario y por ende inconstitucional.

A este escrutinio nos abocaremos a continuación.

4.1. La Constitución Nacional y la exclusión de órdenes legítimos en caso de concurrencia a la legítima hereditaria

Tal como ya lo expresáramos, el Código Civil al estructurar el sistema legítimo dispone la exclusión del orden legítimo de los ascendientes en caso de existir descendientes con llamamiento legítimo efectivo (art. 3592 y cc. del Código Civil). Sin dar mayores argumentaciones, ni axiológicas o reglamentarias, el legislador excluye de la partición sucesoria a parte de los integrantes de la familia del causante. Este esquema de exclusión es conteste con la matriz establecida en la sucesión intestada que establece una exclusión similar cuando regula el llamamiento legal a la herencia del causante.

No obstante, en ninguno de ambos llamamientos sucesorios existe exclusión del cónyuge supérstite para el caso de concurrir con alguno de los restantes órdenes legítimos, es decir, descendientes o ascendientes (arts. 3570 y 3571 del Código Civil)³⁵.

Más claramente: el legislador excluye de la concurrencia a algunos miembros de la familia del causante (orden ascendente), más permite la concurrencia simultánea de otros órdenes (descendientes y cónyuge).

En este escenario reglamentario observamos que tanto los ascendientes, como los descendientes y el cónyuge supérstite constituyen la familia más cercana y de vinculación cotidiana con el causante, por ello desde el atalaya constitucional son todos sujetos amparados por la manda de nuestra Carta Magna que establece la “protección integral de la familia”.

Desde esa perspectiva, no se advierte una justificación axiológica constitucional que habilite el descarte del llamamiento legítimo de los

³⁵ Cfr. LLOVERAS, NORA; FARAONI, FABIAN; SALOMON, MARCELO; DURAN, VALERIA; EPPSTEIN, CONSTANZA; ARNAUDO, DANIEL, ROSSI, JULIA, KOWALENCO, ANDREA; RAMACCIOTTI, EDHIT; MUZIO, FLORENCIA; CANTORE, LAURA y SCOCOZZA, ROMINA, “La perspectiva constitucional de la legítima hereditaria del cónyuge supérstite”, En: *Anuario XIII (2011)*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, págs. 371 a 392.

ascendientes por los descendientes, pues ello se produce en desmedro del citado mandato de protección integral de la familia.

A nuestro modo de ver, la exclusión normativa no supera la “razonabilidad instrumental” que impone el proceso constitucional de reglamentación de derechos, ya que no guarda coherencia entre la finalidad perseguida (protección de la familia) y los medios ideados para la consecución de esos fines (exclusión de los ascendientes).

Esta modalidad legislativa utilizada por el Código Civil se agrava aún más cuando se contempla que en otros supuestos legislativos (concurencia del cónyuge con ascendientes o con descendientes) el propio legislador no ha materializado exclusión alguna, sin desconocer la suerte especial de los gananciales del causante, cuando concurren el cónyuge y los descendientes.

Más concretamente: la concurrencia de herederos legitimarios no es una figura “extraña” en el esquema del Código Civil, luciendo francamente excepcional la exclusión apuntada donde los descendientes expulsan del reparto forzoso de la herencia a los ascendientes.

Si lo que el legislador realmente pretendió a través de la instauración de un mecanismo de distribución forzosa del patrimonio (legítima hereditaria) fue la protección y consolidación de los vínculos familiares del causante, debió asegurar un llamamiento legitimario simultáneo para todos aquellos sujetos que conforman “la familia” del difunto, sin introducir supresiones arbitrarias entre ellos.

A esta argumentación, debemos agregar que —paradójicamente y como dato sociológico— los legitimarios excluidos en caso de concurrencia son los ascendientes (entre los que se encuentran generalmente el grupo de los adultos mayores), quienes estadísticamente —en los tiempos actuales, bien distintos a la época de sanción de la norma en aplicación— conforman un colectivo social con mayores grados de vulnerabilidad, el que no se vería protegido adecuadamente con el régimen actual.

Los adultos mayores de edad se han convertido en un sector sensible de la sociedad por la marginación, las molestias, las cargas que se les ocasionan en virtud de su debilidad física y mental, y por las necesidades propias de la edad.

La solidaridad familiar, irradiada desde el derecho constitucional de los derechos humanos, impone la necesidad de realzar el rol o la función de la familia en el cuidado y protección de las personas mayores en todos los aspectos de la vida, tanto económicos, asistenciales, afectivos, morales, sociales, entre otros.

La exclusión del orden de los ascendientes por el orden de los descendientes a la hora de hacer efectiva la legítima hereditaria contraría lla-

namente el mandato axiológico constitucional de la solidaridad familiar, pues arbitrariamente se priva a los herederos mayores del causante de la participación en la distribución forzosa de su patrimonio.

Si el fundamento constitucional de mayor peso con que cuenta la legítima hereditaria es el de “asegurar la protección integral de la familia” y en este caso lo efectiviza a través del aseguramiento de un resguardo económico, la exclusión entre órdenes legitimarios de participar en ese resguardo económico (legítima hereditaria) carece de razonabilidad y fundamentación axiológica e incursiona en una discriminación arbitraria y violatoria del derecho de igualdad, y por lo tanto deviene en inconstitucional.

Por lo antes dicho, se sostiene que el art. 3592 del Código Civil y su remisión a la norma de la sucesión intestada (por la que se dispone la eliminación del llamamiento legitimario del orden de los ascendientes en caso de existir descendientes con llamamiento efectivo), colisiona severamente con el mandato constitucional de la protección integral de la familia y no supera el test de razonabilidad en su reglamentación vigente y consecuentemente es inconstitucional.

4.2. Bases que debiera contemplar una futura regulación

Se considera que a los efectos que la institución legitimaria observe cabalmente el mandato constitucional de “protección integral de la familia” se torna necesario acordar legislativamente un llamamiento concurrente para todos los órdenes de herederos legitimarios, sin que tengan lugar entre ellos exclusiones arbitrarias como las que acontecen en la actual reglamentación.

Realizar un llamamiento en estos términos significa respetar el elemento común que aúna a las diferentes clases de herederos legitimarios, cual es formar parte de la familia del causante constituyendo sus vínculos afectivos y parentales más cercanos.

En ese aspecto, se propugna la no exclusión de ninguno de los legitimarios que tienen reservada una porción legítima de la herencia del causante, pues todos ellos se encuentran vinculados con un compromiso especial en la vida y en la muerte que viene impuesto por la solidaridad familiar.

En consecuencia, si es exigible este grado de compromiso entre los integrantes de la familia, debe existir un correlato en los derechos que de esa pertenencia familiar se derivan como es la participación simultánea en la herencia forzosa del causante.

Aceptada la concurrencia entre descendientes y ascendientes —sin perjuicio de la concurrencia del cónyuge supérstite— queda al arbitrio legislativo la elección del modo del llamamiento.

Existe un margen constitucional a favor del Parlamento —dentro los criterios de oportunidad y conveniencia— para diseñar el llamamiento: puede acordar cuota legítima a todos los herederos con llamamiento imperativo; o solamente reconocer tal derecho a aquellos que representen un grado de parentesco equivalente dentro de su respectiva línea —descendiente o ascendente—, excluyendo a los grados más pretéritos, y sin perjuicio del derecho de representación en el caso de descendientes.

Es decir, que de existir descendientes y ascendientes con vocación legitimaria, la reglamentación puede prever el llamamiento legitimario para todos aquellos herederos de grado más próximos al causante (hijos, padres) con exclusión de los grados más remotos (bisabuelos), sin perjuicio del derecho de representación (nietos); o extender el llamamiento a los restantes herederos sin considerar el grado de parentesco como elemento relevante de exclusión entre diferentes órdenes legitimarios.

La primera iniciativa no sería sino una particular expresión del principio sucesorio según el cual el pariente más próximo en grado excluye al más lejano, adaptada en este caso a un esquema hereditario con llamamiento simultáneo entre herederos legitimarios de diferente orden (art. 3546 del Código Civil).

La segunda opción, en cambio, importaría eliminar en materia de legítima hereditaria la remisión a la regla contenida en el art. 3546 del Código Civil, pero sólo para el caso de órdenes legitimarios diferentes, por lo que para herederos de un mismo orden siempre el más cercano en grado excluye al de grado más remoto.

Pero más allá de los matices instrumentales que la legislación pueda tener, se resalta la imperiosa necesidad de confeccionar un llamamiento simultáneo a todos los herederos que cuentan con una porción de legítima hereditaria por ser la fórmula reglamentaria que guarda más razonabilidad “instrumental” entre bien jurídico constitucionalmente protegido y su regulación legislativa.

5. Conclusiones

A modo de síntesis apuntamos las siguientes conclusiones:

1. El problema de investigación

El presente trabajo de investigación se propone examinar si el Código Civil Argentino al establecer la prelación de los órdenes sucesorios (descendientes y ascendientes) observa el mandato constitucional de “reglamentación razonable”, sin generar discriminaciones o categorías sospe-

chosas que en la articulación práctica del sistema sucesorio impliquen lisa y llanamente una flagrante violación al derecho de igualdad.

2. Las fuentes de la sucesión argentina

La sucesión por causa de muerte puede tener dos fuentes: la ley (sucesión legítima) o la voluntad del testador manifestada en testamento válido (sucesión testamentaria).

2.1. Los principios que rigen la sucesión legítima

La sucesión legítima o intestada se encuentra regida por una serie de principios: a) la sucesión legítima se defiere por órdenes hereditarios; b) los diferentes órdenes hereditarios son excluyentes; c) dentro de cada orden hereditario hereda el pariente de grado más próximo; d) Los bienes hereditarios se distribuyen sin tomar en cuenta su origen, ni su naturaleza y e) el llamamiento es universal o con vocación al todo.

2.2. La exclusión de los órdenes hereditarios

El sistema sucesorio al establecer como principios el deferimiento de la sucesión legítima por órdenes hereditarios y la exclusión entre los diferentes órdenes hereditarios, ha impuesto forzosamente qué miembros de la familia del causante serán llamados para suceder en calidad de herederos, y qué miembros quedarán excluidos de dicho llamamiento.

2.3. Los órdenes hereditarios en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

En el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación se mantiene el esquema vigente en lo relativo a disponer que parientes del causante serán llamados para sucederle y quienes quedarán excluidos.

3. La Constitución Nacional y la exclusión de órdenes legitimarios en caso de concurrencia a la legítima hereditaria

El legislador argentino excluye de la concurrencia hereditaria a algunos miembros de la familia del causante (orden ascendente), pero permite la concurrencia simultánea de otros órdenes (descendientes y cónyuge), siendo todos ellos sujetos amparados por la manda de nuestra Constitución Nacional que establece la “protección integral de la familia”.

3.1. La ausencia de una reglamentación razonable

Desde la perspectiva anunciada precedentemente, no se advierte una justificación axiológica constitucional que habilite el descarte del llamamiento legitimario de los ascendientes por los descendientes, pues ello se produce en desmedro del citado mandato de protección integral de la familia.

3.2. La inconstitucionalidad de la norma reglamentaria

Se sostiene que el art. 3592 del Código Civil y su remisión a la norma de la sucesión intestada (por la que se dispone la eliminación del llamamiento legitimario del orden de los ascendientes en caso de existir descendientes con llamamiento efectivo), colisiona severamente con el mandato constitucional de la protección integral de la familia y no supera el test de razonabilidad en su reglamentación vigente, y consecuentemente es inconstitucional.

4. Las bases que debiera contemplar una futura regulación

A los efectos que la institución legitimaria observe cabalmente el mandato constitucional de la protección integral de la familia se torna necesario acordar legislativamente un llamamiento concurrente para todos los órdenes de herederos legitimarios, sin que tengan lugar entre ellos exclusiones arbitrarias como las que acontecen en la actual reglamentación.

Aceptada la concurrencia entre descendientes y ascendientes —sin perjuicio de la concurrencia del cónyuge supérstite— queda al arbitrio legislativo la elección del modo del llamamiento.



LA TRANSACCIÓN COMO MODO EXTINTIVO DE LAS OBLIGACIONES Y COMO EXCEPCIÓN PROCESAL: ARMONIZACIÓN DE LAS NORMAS SUSTANCIALES Y PROCESALES EN FUNCIÓN DE UNA INTERPRETACIÓN COHERENTE DEL ESPÍRITU DE LA LEGISLACIÓN[†]

María del Pilar Mancini*

Resumen: La transacción es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas (art. 832 C.C.).

La complejidad de esta institución surge de los distintos requisitos que son necesarios para su existencia y por ser un modo extintivo de las obligaciones que puede tener incidencia en el proceso judicial. Por ello se presenta el fenómeno de la multiplicidad de normas sustanciales y formales que la reglamentan. El trabajo verifica que el régimen formal no puede modificar las soluciones establecidas por la ley de fondo y que algunas situaciones y relaciones tienen soluciones distintas al aplicarse leyes procesales distintas.

Palabras claves: transacción, interpretación, ley civil, ley procesal, espíritu de la ley.

I. Introducción

La Transacción en sí misma es un acto complejo. El art. 832 del Código Civil (C.C.) define: “La transacción es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas”.

[†] Recibido el 06/05/2013, Aprobado el 23/09/2013.

* Abogada. Prosecretaría Letrada del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Docente ayudante de Primera con dedicación simple Facultad de Derecho y Cs. Ss., U.N.C. Cátedra: Derecho Privado II - Cátedra “B” Tutor de Derecho Privado II, en la carrera de Abogacía U. E. Siglo 21 en su modalidad Tutorial a Distancia. Especializando en Derecho Judicial y de la Judicatura, UCC con trabajo final presentado.

¹ El presente trabajo se ha realizado a partir y en el contexto del proyecto de investigación “La Interpretación según el *espíritu de la ley*: Análisis de los presupuestos, procedimientos y alcances metodológicos en el Derecho Privado, Internacional Privado y Procesal Civil Argentino”. Proyecto de Investigación tipo A, presentado a la Secretaría de Ciencia y Tecnología (SECYT) de la Universidad Nacional de Córdoba (U.N.C.), Aprobado Código 05-D498. Radicación del Proyecto: Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Años 2012-2013. En ejecución.

Pizarro y Vallespinos la conceptualizan como: “...un instrumento de composición de controversias jurídicas. A través de ella, las partes zanján situaciones conflictivas, mediante recíprocos actos de abdicación de sus pretensiones originarias, en cuestiones que son dudosas o que están sometidas a litigio (lo cual trasunta un claro efecto extintivo), al tiempo que otorgan certidumbre a sus derechos y deberes, con indudable beneficio, tanto desde la perspectiva económica como desde la jurídica”².

La complejidad surge de los distintos requisitos que son necesarios para su existencia. En primer lugar, la renuncia parcial de las partes a sus pretensiones originales, junto al sacrificio recíproco requerido y la presencia de derechos litigiosos o dudosos. A ello se agrega que tiene una finalidad específica que es dar certeza a la situación jurídica que involucra a las partes y, consecuentemente, extingue la relación sustancial. El efecto extintivo se propaga a cuestiones procesales, ya que se aniquila la acción de quien pretendía un reconocimiento de su derecho.

Pero no sólo tiene consecuencias extintivas, sino que también en algunos casos es generadora de nuevas obligaciones y a veces modifica las existentes. Como acto procesal sirve de causa fuente para determinar, por ejemplo, a cargo de quién son las costas y puede dar lugar a un título ejecutorio si es homologada por el magistrado. Es decir, en muchos casos no opera la extinción de la relación procesal, continuando las partes vinculadas. Concluida la transacción tiene como efecto especial de revestir la autoridad de cosa juzgada para las partes.

Este instituto está regulado tanto por el C.C. como por los Códigos de Procedimientos, no existiendo identidad de las normas en cuanto a los requisitos relativos a capacidad, representación, modos de articularse, etc. Existe multiplicidad de sistemas normativos que operan en forma coetánea y que complican la tarea de aplicar el derecho.

La naturaleza contractual de la Transacción impone que la misma reúna los elementos propios de los contratos en general. A su vez, está regulada especialmente en el C.C. lo que hace que la voluntad de las partes deba ajustarse a las disposiciones generales y específicas que rigen a esta figura, respecto de sus elementos, objeto, capacidad, causas invalidantes y todo ello repercute respecto de sus efectos. Pero a la vez los códigos de procedimiento reglamentan a la Transacción como una defensa de previo y especial pronunciamiento (Código Procesal Civil de la Nación, CPN) o de fondo (Código Procesal de Córdoba, CPC) y como un modo anormal de culminación del proceso. Por lo tanto, al inmiscuirse la Transacción en

² PIZARRO, RAMÓN DANIEL - VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, *Instituciones de Derecho Privado - Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi José Luis Depalma Editor; 2000, Tomo 3, pág. 583.

el proceso deberán las partes ajustar también su voluntad a los requisitos de los actos procesales y a la legislación formal para lograr su eficacia procesal.

II. Cuestiones Debatidas

En el presente trabajo, acotado en su problemática, se limita a plantear algunos interrogantes y perplejidades que surgen de confrontar las normas sustanciales con las procesales y se proponen las soluciones que resultan más acordes interpretando las normas conforme el espíritu de la ley.

1.1. Asistencia Letrada

El art. 838 del C. C., impone que la transacción que se presenta al magistrado sea suscripta por las partes.

Sin embargo, procesalmente no alcanza la sola rúbrica de las partes sustanciales sino que se impone el requerimiento de asistencia letrada para ambas (art 56 CPN y del Código Procesal de Buenos Aires, CPBA, y 80 del CPC). Concordantemente se tiene por no presentado todo escrito que debiendo ser suscripto por el abogado no lleve su firma (arts. 57 CPN y CPBA y 82 CPC). La norma encuentra su razón de ser en la necesidad de asegurar la igualdad procesal. Que una de las partes no se encuentre en desventaja respecto de la otra que está asistida jurídicamente. En directa relación se encuentra lo dispuesto por la ley provincial de ejercicio profesional de los abogados 5805 que impone que un mismo letrado o estudio jurídico no pueda representar o asistir a ambos litigantes, cuestión hartó vista al presentarse pedidos de homologación de transacciones extrajudiciales.

Vinculados con este tema surgen dos interrogantes: qué sucede cuando una parte estando patrocinada su letrado omite firmar o si una de las partes carece realmente de patrocinio.

1.2. Necesidad de homologación judicial

El artículo 838 del C.C. impone la necesidad *ad solemnitatem* de la presentación al juez de litigio de la transacción celebrada por las partes. Por su parte los artículos 308 del CPN y CPBA y 353 del CPC disponen que una vez formalizada la presentación el juez analizará si concurren los requisitos legales y “...homologará o no. En este último caso, continuarán los procedimientos del juicio”.

Del cotejo de las normas formales y sustanciales surge la duda si es necesario que se dicte la resolución homologatoria para la validez de la transacción de derechos litigiosos o si basta la mera presentación al magistrado. La mayoría de la doctrina sostiene que alcanza con agregar al expediente el acuerdo para que éste sea irrevocable y plenamente eficaz. El principal argumento al respecto es que la norma formal no puede modificar los efectos consagrados por la sustancial. Pese a ello caben al respecto diversos interrogantes: ¿cuál es la finalidad querida por el legislador respecto de la presentación al juez del litigio si no es necesario un pronunciamiento de su parte? ¿Qué alcance tienen las facultades que se le reconocen al magistrado para homologar o no un convenio? ¿Qué ventajas aporta la homologación judicial? ¿Qué sucede con los acuerdos que no son homologados? ¿A partir de qué momento se producen los efectos de las transacciones de los derechos litigiosos? ¿Es válida una transacción sobre derechos litigiosos que no se presenta al juez?

1.3. Cosa juzgada

El art. 850 del C.C. dispone que la transacción tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada.

La autoridad de cosa juzgada para la doctrina procesal proviene de haber sido dictada la resolución por quien tiene el atributo —poder de realizarlo—, que es el órgano jurisdiccional. La eficacia es una medida de poder y dependerá del contenido de la sentencia. Amaya explica que la *cosa juzgada* como medida de eficacia puede ser formal o sustancial y que tiene límites objetivos y subjetivos³. Hay cosa juzgada formal cuando pese a que hay resolución judicial firme la misma permite un debate posterior. El debate ulterior faculta que se modifique lo oportunamente resuelto. Hay cosa juzgada sustancial o material cuando lo resuelto es inmodificable, porque no es susceptible ya de recurso alguno por haber quedado firme. La cosa juzgada material se caracteriza por cerrar toda posibilidad de modificación ulterior por cualquier decisión de autoridad.

Entonces ¿cuál es la correcta interpretación del art. 850 C.C.? ¿Cuándo hay cosa juzgada respecto de la transacción en sentido material?

1.4. Oportunidad de la transacción

La transacción puede tener lugar hasta el dictado de sentencia definitiva, por lo que puede ser presentada en cualquier instancia mientras

³ AMAYA, N. ENRIQUE; “Medios de impugnación de la cosa juzgada”; en *Cuadernos de los Institutos* – Instituto de Derecho Procesal; n° 112, Córdoba, Dirección General de Publicaciones, 1972, pág. 73.

no haya una resolución con autoridad de cosa juzgada. Se sostiene entonces, que mientras sea posible articular un recurso en contra del acto decisorio es posible presentar una transacción, sin importar si el expediente se encuentra en segunda o tercera instancia. De darse estos últimos supuestos al presentarse el acuerdo o al manifestar las partes la intención de formalizar el convenio debe remitirse el expediente al juez de la primera instancia a sus efectos⁴.

Ahora bien, firme la resolución dictada por el tribunal, la cuestión ha dejado de ser dudosa y por lo tanto uno de los requisitos esenciales de la figura que se estudia —la *res dubia*— ha desaparecido. Entonces surgen nuevos interrogantes al respecto: ¿qué corresponde proveer a aquellos convenios que se introducen luego que la sentencia adquiere autoridad de cosa juzgada y son presentados al Juez modificando la manda judicial? ¿Qué eficacia tienen?

1.5. Efecto relativo de la transacción

Como se explicara la transacción solo obliga a las partes que transigieron no siendo oponible a los terceros no contratantes. La cuestión se suscita cuando estamos en presencia de un proceso judicial en donde intervienen más de una parte en la faz pasiva o activa y en el que participan otros sujetos procesales distintos a las partes (letrados, peritos). Además están en juego intereses diversos a los de las partes como por ejemplo el estado como recaudador de la tasa por el servicio de justicia y las distintas cajas de profesionales. La perplejidad en cuestión es cómo repercute la transacción respecto de los otros sujetos intervinientes en el proceso.

III. Algunas soluciones a las perplejidades expuestas

1.1. Falta de asistencia letrada

Para dar una respuesta a estas perplejidades es necesario recordar la doble naturaleza de la transacción como acto sustancial que puede tener efectos en el proceso. Así viéndolo desde el punto de vista del derecho material la asistencia letrada no constituye un requisito por lo que si al proceso se acompaña un instrumento o un documento firmado por las partes se ha cumplido con el requisito sustancial por más que no lleve firma de profesional del derecho. La asistencia letrada será requerida para la

⁴ PALACIO, LINO ENRIQUE – ALVARADO VELLOSO, ADOLFO; *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, explicado y anotado jurisprudencia y bibliográficamente, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 1997, Tomo 7 pág. 57.

parte que acompañe el documento ya que en el escrito que materialice la presentación de la transacción sí debe constar la firma del letrado. Distinta será la situación si la transacción se formaliza mediante acta procesal ya que, justamente, por ser un acto procesal en sí mismo ambos contratantes deberán contar con patrocinio.

Excediendo el marco de análisis de este trabajo se deja constancia que en el derecho laboral el requisito de asistencia letrada a la hora de formalizar una transacción es sustancial, como el de la homologación por parte de la autoridad interviniente (administrativa o judicial) luego de haber verificado la existencia de una justa composición de intereses (art. 15 LCT).

1.2. Facultades examinadoras del juez

La doctrina señala que al presentarse el acuerdo ante el magistrado, éste se limitará a verificar la concurrencia de los requisitos sustanciales y procesales explicitados *supra*. Esto es, analizará la capacidad y personería de quienes realizan el acto y la transigibilidad de los derechos comprendidos. No podría el juez indagar ni pronunciarse sobre la cuantía o proporcionalidad de las renunciaciones o reconocimientos realizados por las partes.

También le compete al juez indagar si los derechos que han sido acordados son los mismos derechos litigiosos que se debatían en el pleito. Es habitual que las partes a los efectos de finiquitar definitivamente la relación entre ambas acuerden sobre todas las cuestiones que las vinculan aunque no hayan sido motivo de controversia judicial o se ventilen en distintos procesos. ¿Cuál es la actitud que debe asumir el magistrado de presentarse esta situación?

La respuesta difiere según los casos concretos. De tratarse de cuestiones que no han sido reclamadas judicialmente no se advierte el impedimento para que puedan ser homologadas, si el juez resulta competente para entender en razón de la materia. Si, en cambio, se trata de cuestiones que se tramitan en distintos procesos, de ser posible la acumulación procesal de las pretensiones debería procederse a ello y dictar el auto correspondiente. En caso de no resultar viable la acumulación resulta recomendable que se agregue copia del convenio en todos los procesos y que los expedientes se tramiten ante el mismo magistrado a los fines de evitar interpretaciones diversas y contradictorias de ser requerida la ejecución de la transacción.

Realizado el análisis respectivo, la función del juez se limita a decidir si homologa o no⁵. En caso de denegar la homologación deberá jus-

⁵ 308 CPN y CPBA, y 353 CPC.

tificar tal decisión, pero no podrá declarar nula la transacción salvo que constate la presencia de un vicio que provoque una nulidad absoluta⁶. En la generalidad de los casos se emiten despachos saneadores buscando que el acuerdo no se malogre y se subsanen las deficiencias que puedan presentar los convenios. Por ejemplo correr vista al Asesor Letrado del acuerdo celebrado sobre los derechos del incapaz sin su intervención o requerir la presentación de un poder si no obra en las constancias de la causa o la ratificación de la parte si quien suscribió la transacción no revestía el carácter de apoderado.

1.3. La transacción, la sentencia y la cosa juzgada

Transacción y sentencia han sido equiparadas ya que la primera evita el dictado de la segunda, sustituyéndola y los derechos de las partes serán regulados a través de lo por ellas explicitado en el acuerdo. Sin embargo, la equiparación realizada no significa que la transacción sea una sentencia ya que estructuralmente y funcionalmente se diferencian, asemejándose en la cualidad de poner ambas fin al pleito.

Se reconoce a la sentencia y a la transacción fuerza obligatoria, aunque dicho efecto difiere en esencia en ambas instituciones. La obligatoriedad de la sentencia surge del poder de imperio de los magistrados, de la jurisdicción⁷. La justicia viene impuesta desde la autoridad y en contra de la voluntad de las partes. Estamos frente a la heterocomposición del litigio. El tercero extraño, que tiene autoridad, jurisdicción, y desde la imparcialidad dirime el pleito dando certeza al derecho litigioso.

En materia de transacción, se presencia el fenómeno de la auto-composición. Las partes contratan y establecen la solución del problema que las vincula. La fuerza obligatoria de la transacción surge de la fuerza del convenio, el que es ley para las partes. Los interesados, con la finalidad de obtener certeza en su situación, convienen en ceder parte de sus derechos, salvando para el futuro de todo ataque, la porción de los mismos que se reservan⁸.

Es en ese espíritu y fuertemente vinculado al efecto extintivo que tiene la transacción respecto de los derechos que se reconocen a la contraria, que se entiende que la transacción tiene los efectos de la cosa juz-

⁶ OSSOLA, FEDERICO ALEJANDRO; "Nulidad de las transacciones y otras ineficacias"; en *Cuaderno de Obligaciones* N° 3 (2008), Córdoba, Alveroni Ediciones; ISBN 978-987-643-018-0, págs. 185/186.

⁷ "Poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado". <http://lema.rae.es/drae/?val=jurisdicci%C3%B3n%20;3/11/2012,18:25%20>.

⁸ BARRAQUERO, ARGENTINO; "Transacción y Cosa Juzgada. Su régimen legal", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, JA 1950 Tomo IV, pág. 189.

gada. En la posibilidad de enervar un litigio en el que se pretenda renovar la cuestión entre las mismas partes, sobre el mismo objeto y por la misma causa. Es oportuno recordar que el art. 856 C.C. dispone que si alguna de las partes adquiere un nuevo derecho sobre la porción de la que se desprendió, ello la habilita a debatir nuevamente sobre el mismo. La justificación se encuentra en que la causa es distinta y por ello no se da la triple identidad requerida por la cosa juzgada.

Cabe apuntar que la transacción produce la extinción de las obligaciones accesorias a la principal que se ha transado, pero también puede tener eficacia extintiva respecto de incidentes, recursos o trámites accesorios al juicio principal pendientes de resolución, por ejemplo incidentes de perención de instancia en trámite, apelaciones concedidas o el trámite de beneficio de litigar sin gastos articulado por el actor. La sentencia no tiene esa eficacia extintiva respecto de las cuestiones procesales pendientes. Es más, la existencia de incidentes irresueltos llega a impedir el dictado de la sentencia.

Barraquero postula que la celebración de una transacción, judicial o extrajudicial, crea a favor de los contratantes un derecho procesal consistente en la posibilidad de oponer la excepción perentoria de transacción para enervar la acción que procure renovar la discusión de los derechos y obligaciones extinguidos⁹.

Otra diferencia entre la sentencia y la transacción se manifiesta en las vías de impugnación de ambos actos. La sentencia solo reconoce las vías recursivas propias de cada instancia, las que deben ser ejercidas en los plazos que la ley establece. La transacción, pese a su efecto extintivo, puede ser atacada mediante la acción de nulidad, tal cual se reconoce a partir del art. 857 y ss. C.C. y también por las causales de lesión, simulación o fraude, previstas para los actos jurídicos en general.

Por otro lado también se diferencian en su estructura. Recordemos que los magistrados deben a la hora de dictar resolución exponer los hechos invocados por las partes, explicitar los controvertidos, y fijar los que han sido probados. Meritar las pruebas rendidas y resolver lo solicitado por el actor dentro de los términos de su petición justificando acabadamente en derecho las resoluciones. La decisión debe ser congruente respecto de lo pretendido, probado y fundada lógicamente y legalmente. Sin embargo las partes al transigir no deben explicar su obrar ni limitarse a los derechos en un principio discutidos. A la hora de llegar a un acuerdo pueden incorporar nuevos derechos (transacciones complejas) a los fines de poder zanjar definitivamente la cuestión.

⁹ BARRAQUERO, ARGENTINO; *Transacción y...*, opus citada, pág. 187.

A su vez la sentencia es divisible pudiendo ser revocada o anulada parcialmente, mientras que la transacción es indivisible.

En conclusión, si bien transacción y sentencia se asimilan en cuanto ponen fin a los procesos judiciales, se diferencian en relación a su fuente, estructura y en las vías de impugnación que le son aplicables.

1.4. El perfeccionamiento de las transacciones sobre derechos litigiosos

El art. 838 del C.C. requiere la presentación al juez de la transacción para darle eficacia definitiva y que sea oponible a terceros. Una vez presentada al magistrado ya no podrá ser desistida y adquiere publicidad respecto de terceros que intervienen en el pleito o conocen del mismo. Pero además, y como ya se dijera, su articulación es precisa a los fines de la conclusión de la instancia judicial.

A su vez, Puga señala que es imperiosa la presentación al juicio de la transacción extrajudicial sobre derechos litigiosos cuando en el pleito intervienen personas distintas a los co-transigentes. Si la omisión de la introducción del convenio en el proceso tiene por finalidad perjudicar a los terceros o eludir responsabilidades respecto de los mismos puede configurarse un delito penal¹⁰.

Barraquero explica que cuando se ha omitido la presentación ante el magistrado, la transacción no obliga a las partes por ser nula al no revestir la forma esencial establecida por la ley¹¹. Sin embargo más adelante afirma: *“De suerte, entonces, que la presentación de la transacción judicial, al estar al art. 838 C.C, no puede tener otro alcance legal que dejar una constancia auténtica de haberse cumplido con la formalidad esencial parta tenerla por concluida”* y para que surta efecto respecto de terceros¹².

Otros autores aportan más luz al problema sosteniendo que la presentación al magistrado es un requisito externo al acto jurídico que hace que el mismo sea perfecto y oponible a terceros, pero no hace a la validez del mismo¹³.

¹⁰ PUGA, MÓNICA; “Efectos de la transacción: los co-transigentes y los terceros en la doctrina de la corte federal”; en *Cuaderno de Obligaciones* N° 3 (2008), Córdoba, Alveroni Ediciones; pág. 322.

¹¹ BARRAQUERO, ARGENTINO; *Transacción y...*, opus citada, pág. 192.

¹² BARRAQUERO, ARGENTINO; *Transacción y...*, opus citada, pág. 196.

¹³ ZANNONI, EDUARDO A., en BELLUSCIO, AUGUSTO C. Director - ZANNONI, EDUARDO A.; *Código Civil y leyes complementarias, comentado anotado y concordado*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo Ricardo Depalma; 1981, tomo 3; pág. 716 y ss.; PIZARRO, RAMÓN DANIEL - VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, *Instituciones...*, opus supra citada, Tomo 3, pág. 604 y ss; OSSOLA, FEDERICO ALEJANDRO; *Nulidad de...*, obra supra citada; pág. 179.

Entonces, ¿entre partes, a partir de qué momento produce efectos? A partir de la celebración del acto, aunque cabe la posibilidad de arrepentimiento pudiendo revocarse unilateralmente la transacción formalizada.

Como bien explica Ossola, la transacción es válida desde su celebración, produciendo los efectos entre las partes e incluso puede ser cumplida sin necesidad de su presentación ante el juez. Tanto es válida que existe la posibilidad de retractarse (desistida dice el art. 838 C.C.) y sólo puede entenderse dicha facultad si existe como antecedente un acto jurídico válido del que arrepentirse¹⁴. También se argumenta que si la no presentación al magistrado torna nula la transacción, en lugar de la facultad de retractarse se debería impugnar la validez a través de la acción de nulidad. Por ello, el autor citado sostiene que la omisión de presentación al juez provoca una ineficacia funcional de la transacción. Esta facultad de retractación cesa si alguna de las partes cumple con la prestación a su cargo por imperio del standard jurídico que impone obrar de buena fe¹⁵.

En apoyo de la validez de la transacción por más que se haya omitido su presentación, se asevera que la retractación unilateral puede generar responsabilidad precontractual de la parte que injustificadamente la desiste por vulnerar, otra vez, el principio de obrar de buena fe¹⁶.

Por otro lado la Corte, a su vez, ha resuelto que si se ha instrumentado en escritura pública no es necesaria su presentación a juicio para que surta sus efectos legales¹⁷.

Sin perjuicio de adherir a lo que se viene explicitando *supra* es oportuno y necesario mencionar que no toda la doctrina concuerda con lo antes expuesto. Llambías postula que la omisión de acompañar el contrato al pleito provoca la nulidad absoluta por no tener la forma exclusivamente ordenada por la ley ya que la formalidad está consagrada para proteger no sólo los derechos de las partes sino también la de los terceros. La presentación al magistrado tiene por finalidad dar publicidad al acto privado. Llambías explica que el acto no puede ser confirmado pero que el convenio sirve de causa de las obligaciones contraídas en el carácter de obligaciones naturales, y que por ello si es cumplido voluntariamente no puede dejarse sin efecto porque se ha verificado el pago de una obligación natural que en mérito al art. 516 C.C. tiene el carácter de definitivo¹⁸. Por ello, para este

¹⁴ OSSOLA, FEDERICO ALEJANDRO; *Nulidad de...*, obra *supra* citada; pág. 128. El autor explica que la posibilidad de retractación pone de manifiesto una ineficacia funcional y no una causal de nulidad. La retractación hace que el acto no produzca efectos habiendo nacido válido.

¹⁵ OSSOLA, FEDERICO ALEJANDRO; *Nulidad de...*; obra *supra* citada; pág. 128.

¹⁶ ZANNONI, EDUARDO A., *Código Civil*, opus *supra* citada tomo 3; pág. 717.

¹⁷ Corte Sup. 23/06/1965, LL 119-286.

¹⁸ LLAMBIAS, JORGE JOAQUÍN; *Tratado de Derecho Civil Obligaciones*, Buenos Aires, Editorial Perrot 1973, Tomo III, pág. 587.

autor, resulta irrelevante la forma en que estuviera instrumentada, es decir por más que se lo haya realizado en escritura pública debe presentarse al juez del litigio para que surta plenamente sus efectos.

1.5. Efectos e importancia de la homologación

La homologación es la aprobación judicial de la transacción acordada por las partes¹⁹. Es el acto decisorio del juez que pone fin al ciclo jurisdiccional.

La doctrina mayoritariamente afirma que para la eficacia de la transacción que versa sobre derechos ya litigiosos basta con la mera presentación del convenio al juez del pleito. Desde ese momento la misma es irrevocable, obtiene una publicidad limitada y se perfecciona. También se postula que entre las partes el acuerdo es válido y exigible desde el mismo momento de su celebración.

Entonces, ¿Cuál es la importancia de la homologación judicial? Morello explica que este acto resulta necesario ya que: *“siendo la transacción un modo de terminación de los juicios, tiene que ser, necesariamente, sometida al juez, desde que la jurisdicción sigue abierta y no cabe que la suerte final y definitiva del proceso (público), quede reservada a la sola voluntad de los justiciables”*²⁰.

Es decir, la homologación resulta imprescindible desde el punto de vista procesal para que el litigio concluya. No lo es para el perfeccionamiento del convenio.

¿Qué aporta al acuerdo el acto jurisdiccional de la homologación? La respuesta es que gracias a ella tendrá la fuerza ejecutiva de la sentencia y será, entonces, un verdadero título ejecutivo. Si mediere el incumplimiento de una de las partes, la otra puede optar por la ejecución forzada a través de los procedimientos de ejecución de sentencia²¹.

Sin la resolución aprobatoria la transacción carece de la fuerza ejecutoria. El Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial del año 1998 contemplaba especialmente este efecto en el art. 1577 para la tran-

¹⁹ MORELLO, AUGUSTO MARIO, “La Transacción desde la perspectiva procesal”; La Plata, 1963, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, Vol. 6 n° 11, pág. 384.

²⁰ MORELLO, AUGUSTO MARIO, *La Transacción...*; opus supra citada, pág. 385.

²¹ “Que en ese sentido corresponde precisar que así como la sentencia constituye un típico acto procesal, la transacción de derechos litigiosos —acto jurídico bilateral; art. 832 CCiv.— es también, una vez que resulta homologada judicialmente, un acto procesal con una ejecutoriedad propia equiparable a la que corresponde a una sentencia (arg. art. 850 CCiv, y su nota). De ahí que la transacción homologada, como título ejecutivo con eficacia idéntica a la de una sentencia...” Voto del Dr. Zaffaroni, CSJN, 11/04/2006, in re Murguía, Elena J. v. Green, Ernesto B.: SJA 5/7/2006 JA 2006-III-3, Abeledo Perrot N°: 35003182.

sacción sobre derechos litigiosos sin necesidad del dictado del auto homologatorio. Lo que demuestra que la cuestión referida a los efectos de la transacción también se vincula a razones de política legislativa.

Además hace que adquiera la calidad de cosa juzgada en sentido propio por lo que, como ya se explicitara, la homologación permite oponer eficazmente la defensa de transacción como de artículo previo (ya sea de transacción en sí misma o a través de la de cosa juzgada).

Es oportuno considerar que por más que se produzca el acto homologatorio probablemente la relación procesal no se extinga en forma inmediata. Ello porque puede darse el supuesto de ejecución, pero también porque la transacción puede ser parcial. En algunos casos será parcial porque sólo se ha dispuesto respecto de parte o de algunos de los derechos controvertidos, en otros porque sólo se ha transigido con alguno de los sujetos involucrados y queda pendiente la relación respecto de los otros (litisconsorcio facultativo). Suele acontecer que las partes resuelven el conflicto principal pero omiten convenir sobre cuestiones secundarias, pero no por ello menos importantes, como costas, honorarios de letrados y peritos etc., por lo que la actividad jurisdiccional no cesa con el auto que aprueba el acuerdo.

Ahora bien, y entendiendo que las perplejidades en esta materia se pueden seguir presentando, es que surge el interrogante de si la eficacia que otorga la cosa juzgada respecto de las transacciones homologadas pueden ser desvirtuada a través de una acción de nulidad referida a cuestiones sustanciales del convenio celebrado. Para poder resolver la cuestión vuelve a ser necesario ponderar la doble naturaleza de la transacción, sustancial y formal.

Se ha resuelto que la homologación judicial no le quita el carácter de contractual a la transacción por lo que es posible intentar la acción de nulidad contra un convenio que ha sido homologado, no pudiendo invocarse contra dicha acción la defensa de cosa juzgada ni la de transacción²².

Barraquero a la conclusión anterior agrega que la transacción homologada sigue siendo un simple convenio, sujeto a las reglas de interpretación de los contratos y que las causas de nulidad sustancial que se pueden invocar en su contra no sufren alteración alguna siempre que la resolución haya sido dictada sin contradicción añadiendo: *"...de lo contrario, posee la fuerza de la cosa juzgada respecto de los puntos resueltos y hace inadmisibile la acción de nulidad por las causas que hayan sido alegadas"*²³.

²² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A; 16/02/1995, in re *Sfreddo, Edgar-do Vs. Baldini Sergio S/Ejec*, Abeledo Perrot sumario N°: 11/22294.

²³ BARRAQUERO, ARGENTINO; *Transacción y...*, opus citada, pág. 199.

1.6. Quid de las transacciones no homologadas

Si se trata de una transacción sobre **derechos litigiosos** que han sido presentadas al magistrado pero no han sido homologadas, la respuesta variará teniendo en cuenta los motivos de su no homologación. Si ha sido porque el magistrado entendió que el acuerdo era contrario a la moral, las buenas costumbres, o que era de objeto prohibido la parte a la que se le reclama el cumplimiento podrá oponerse argumentando la nulidad de la transacción. Si no ha sido homologada por no haber sido requerido tal acto jurídico, o por haberse omitido algún requisito formal (por ej. no se ha pagado la tasa de actuación judicial correspondiente) la transacción sigue siendo válida y debe ser respetada por las partes.

Respecto de las transacciones sobre **derechos dudosos** que se pretenden hacer valer en distintas circunstancias se deben tener en cuenta las cuestiones que se tratan a continuación.

En primer lugar y en la medida que no sea atacada por nulidad la transacción vale como negocio privado entre las partes, que se caracteriza por ser de fijación de los derechos de las mismas. Morello asegura que procesalmente se caracteriza por ser un “reglamento preventivo de autotutela” constituyendo un definido “título ejecutivo”²⁴.

Con *reglamento preventivo de autotutela* se hace referencia a la posibilidad de hacer valer la transacción como una excepción perentoria. Se cede una parte de las pretensiones iniciales con la finalidad de resguardar de futuros ataques los derechos que se preservan. La mayor parte de la doctrina sostiene que se hará valer como defensa de fondo debiendo resolverse en la sentencia. En minoría algunos autores sostienen que de darse la triple identidad de las pretensiones esgrimidas (subjctiva, objetiva y causal) no hay óbice para que sea introducida como de previo y especial pronunciamiento²⁵.

Título Ejecutivo

La doctrina procesal define al título ejecutivo como el documento mediante el cual se constata la existencia de una deuda líquida y exigible. El título debe bastarse por sí mismo, esto es, que el juez no necesite recurrir a datos externos al mismo para la comprobación de la existencia de la acreencia y de su cuantía. Se destaca entonces que debe ser una deuda exigible y por lo tanto no estar sujeta a condición ni a plazos suspensivos.

²⁴ MORELLO, AUGUSTO MARIO, *La Transacción...*; opus supra citada, pág. 388.

²⁵ FORNACIARI, MARIO A., *Modos anormales de terminación del proceso*, Buenos Aires, AbeledoPerrot SA, 2009, vol. I; pág. 179.

Además debe ser líquida o fácilmente liquidable conforme los parámetros que surjan del propio título²⁶. Pero además y fundamentalmente para la mayoría de los códigos de rito debe tratarse de una obligación de dar sumas de dinero²⁷.

Por ende, cabe preguntarse si cualquier transacción puede ser título ejecutivo. Es decir, si la afirmación realizada por Morello tiene el carácter de universal para todas las transacciones. He aquí una nueva perplejidad. Y la respuesta no puede ser afirmativa. La primera respuesta fácil es concluir que sólo será título ejecutivo si la transacción se formaliza en un documento que constate la existencia de una obligación pura y simple de entregar una suma de dinero a cargo de alguna de las partes.

Pero la cuestión es más compleja ya que la transacción es, en esencia, un contrato bilateral, donde el renunciamento o reconocimiento que realiza una parte está condicionado al renunciamento o reconocimiento que realiza la otra. Vénica explica que en los contratos de los que surgen obligaciones bilaterales no se admite la existencia del título ejecutivo por estar sujeta la obligación a una contraprestación²⁸. Excepcionalmente la jurisprudencia lo ha admitido cuando del convenio surge indubitablemente que no se ha condicionado la entrega de una suma de dinero a la efectiva realización de la contraprestación de la contraria o también cuando se instrumenta por separado la forma de pago de una de las partes y se pacta la caducidad de los plazos frente al incumplimiento²⁹. De no darse estas circunstancias y admitida inicialmente la transacción como título ejecutivo el demandado puede oponer la defensa de inhabilidad de título por no darse el requisito de la exigibilidad.

Además y para cumplir con los requerimientos formales deberá estar documentada en instrumento público y si lo fuera en uno privado debe realizarse el paso previo de la preparación de la vía ejecutiva, salvo que se hubieran certificado las firmas ante escribano público y dejado constancia en el libro de actuaciones respectivo³⁰. Se anota que el reconocimiento de

²⁶ FALCON, ENRIQUE MARIO, *Sistemas alternativos de resolver conflictos jurídicos*; Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores; 2012, pág. 97 y ss; FERRER MARTINEZ, ROGELIO; *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*, Advocatus Córdoba, pág. 51 y ss.; VENICA, HUGO OSCAR; *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*, Concordado Comentado y anotado, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 2002; Tomo V, pág. 1 y ss.

²⁷ Arts. 517 CPC, 520 CPN, 518 CPBA. La doctrina señala que los Códigos procesales de Mendoza y Santa Fe sí permiten la vía ejecutiva para obligaciones de dar cosas.

²⁸ VENICA, HUGO OSCAR, *Código...*; opus supra citada, pág. 8. "la obligación es exigible si no está sujeta a plazo, a condición o a prestación".

²⁹ FALCON, ENRIQUE MARIO, *Sistemas...*; opus supra citada, pág. 137.

³⁰ Conviene tener presente que "título" desde lo sustancial es el derecho subjetivo que tiene el acreedor y desde lo formal es el documento que instrumenta el acto jurídico del que emana dicho derecho.

las firmas importa el reconocimiento del contenido del documento privado³¹.

En todo caso de no verificarse los requisitos apuntados *supra* la parte interesada puede requerir el cumplimiento de la transacción a través del proceso declarativo de cumplimiento de contrato.

1.7. Convenciones celebradas luego de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada

Conviene aclarar que cuando se presentan acuerdos una vez firme la sentencia, probablemente no se esté técnicamente frente a transacciones por haber desaparecido la *res dubia*. Sin embargo, es posible que la única certeza se refiera al derecho que le compete a las partes y su extensión, pero subsistan dudas sobre la factibilidad de la condena.

Más allá de la cuestión expuesta, la perplejidad que se plantea es si la cosa juzgada constituye un obstáculo para la presentación de acuerdos posteriores a la misma, y si dichos acuerdos son ejecutables o si frente al incumplimiento sólo cabe la vía de la ejecución de la sentencia que oportunamente quedara firme.

La jurisprudencia ha resuelto que no corresponde homologar el acuerdo celebrado luego de dictada la sentencia ya que los derechos involucrados y su interpretación han perdido el carácter de dudosos o litigiosos³².

También se ha decidido que es inadmisibles que un proceso concluya dos veces, la primera por sentencia y la segunda por transacción. Por lo tanto no corresponde homologar el acuerdo acompañado sin perjuicio que se lo pueda tener presente el mismo como modalidad de cumplimiento de la resolución y eventualmente pronunciarse sobre cuestiones que no fueron tratadas con anterioridad pero que se han pactado respecto del cumplimiento de la sentencia³³.

Pizarro y Vallespinos proponen no exagerar con el requisito de la *res dubia*, con el propósito de permitir a los sujetos finiquitar definitivamente la cuestión que los vincula.

Lima explica que, para traer luz a esta perplejidad, conviene recordar que los actos que impliquen renunciaciones de derechos o acuerdos so-

³¹ Conclusión lógica de aplicar lo dispuesto por los arts. 1026 y 1028 del C.C. y 521 CPC, 527 CPN y 525 CPBA.

³² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 04/10/2005, in re *Carrer, Amalia v. Mansilla de Ochoa, Elva E. y otro*; ABELEDO PERROT N°: 70021878.

³³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, in re *Sciammarella, Evelina v. Petraglia, Gustavo A. y otro*; 29/03/2007, Abeledo Perrot N°: 35021961; Sumarios Abeledo Perrot N°: 35021961.

bre los mismos gozan de la doble naturaleza de ser actos procesales pero también sustanciales. En virtud de ello, si no se presentan causales del derecho material que impidan la concreción de dichos negocios jurídicos, debe admitirse la posibilidad de realizar una transacción sobre los derechos consagrados en la sentencia³⁴. Expone la autora citada que la cosa juzgada torna inmutable el contenido de la sentencia, la certeza que el juez ha declarado respecto de la relación jurídica existente entre las partes pero, aclara, las mismas conservan plenamente la libertad de disponer sobre la relación que las vincula³⁵.

Por lo que se ha expuesto supra se concluye que en la medida que dichas convenciones se adecuen a los requisitos exigidos por la ley sustancial, no existen limitaciones a la posibilidad de presentar dichos “negocios procesales” al juez que entendió en la sentencia de mérito, pudiendo los mismos ser ejecutados por la vía de la ejecución de sentencia³⁶.

1.8. La transacción y sus efectos respecto de terceros en el proceso

La cuestión a dilucidar es cómo repercute la transacción respecto de aquellos que intervienen en el litigio y no participan en la transacción.

En primer lugar ya se apuntó la necesidad de que si el convenio se realiza extrajudicialmente éste sea presentado al juez también a los efectos de clarificar la situación de todos los litisconsortes y demás auxiliares intervinientes. Por otro lado frente a la omisión de presentar el acuerdo se deja abierta la posibilidad de la articulación de incidentes de perención de instancia por los codemandados no co-transigentes.

Además habrá que diferenciar si se trata de terceros litisconsortes o si de otros terceros como por ejemplo los ex letrados de uno de los sujetos que realiza la transacción o letrados de partes no contratantes.

1.8.a) Terceros parte

Respecto de los litisconsortes habrá que ver la causa de la participación plural en el juicio, esto significa indagar si se está frente a una obli-

³⁴ LIMA, SUSANA, “A propósito de la ‘cosa juzgada’”; La Ley 2001-C, 1020.

³⁵ En el trabajo citado la autora brinda un ejemplo que ayuda a comprender el concepto: “Si una sentencia declara a Ticio deudor de Cayo, éste puede sin embargo remitir la deuda: ¿cómo funciona la cosa juzgada? La declaración de certeza permanece sin variación y Ticio no podrá negar haber sido deudor antes de que la generosidad de Cayo lo liberase”.

³⁶ En igual sentido además de la Dra. LIMA, FORNACIARI, MARIO A., *Modos anormales...*; opus supra citada; pags. 167/8. Por su parte Puga sostiene que no habrá transacción pero que debe admitirse el acuerdo como renuncia a la cosa juzgada y novación. PUGA, MÓNICA; *Efectos de...*; opus supra citada, pág. 335.

gación inicialmente solidaria, indivisible o concurrente. Situación distinta resultará de comprobar que el colitigante es un fiador. La solución desde el punto de vista sustancial es que solo obliga a quienes formalizan la transacción y no a terceros, pero ¿procesalmente qué ocurre?

Claramente en todos los casos habrá que estar a los términos del convenio. Si se trata de una obligación indivisible el proceso continuará respecto de los codemandados no intervinientes en la transacción³⁷ salvo que de las cláusulas de la misma surja que el actor da por terminado el pleito o que ve satisfecho en forma íntegra su interés, situación no sólo posible sino habitual. Esta conclusión es lógica en virtud del art. 851 del C.C.

Si el litis consorcio tiene su origen en una obligación concurrente están en juego diversas relaciones creditorias que tienen por características especiales el tener un acreedor común, mismo objeto, distintos deudores y diversas causas fuente que les dan origen. En virtud de estas obligaciones cada uno de los sujetos pasivos concurrentes responde por la totalidad de la deuda. Una vez satisfecha por cualquiera de los deudores, quedan sin causa las otras obligaciones concurrentes que estaban vinculadas a ella. Consecuentemente, al haber pagado a través de la transacción realizada uno de los deudores concurrentes la acreencia de la parte actora, ésta nada puede reclamar a los restantes deudores concurrentes, pues el crédito ha sido cancelado³⁸. Es una práctica ordinaria que en los juicios en los que interviene una compañía de seguros en la faz pasiva la transacción sea concluida sólo con la misma pero dan por finalizado el proceso por haber obtenido el actor el cumplimiento de su interés.

Un escenario particular se presenta cuando la obligación es solidaria ya que el art. 853 del C.C. mantiene el principio general del efecto relativo de la transacción, pero admite cierta expansión del efecto extintivo, al admitir que quienes se van beneficiados por la misma la invoquen a su favor. Se debe tener en cuenta que dicho efecto debe ser invocado por el interesado, es decir que no cabe aplicación oficiosa del juez por más que de los términos del acuerdo parezca indubitable que el acreedor ha visto satisfecha su acreencia, porque respecto de los no contratantes el efecto extintivo no opera de pleno derecho sino potestativamente³⁹.

³⁷ Cabe advertir que la pretensión del actor deberá reducirse conforme la proporción de deuda que debía afrontar el deudor con quien transa.

³⁸ CNCiv., Sala A, 11/08/2006, in re; *Pizzuto, Laura c. Sanatorio Santa Isabel y otro*, con voto del Dr. Escuti Pizarro. Publicado en: La Ley 31/10/2006, 31/10/2006, 4 - La Ley 2006-F, 323. Cita Online: AR/JUR/4788/2006.

³⁹ El TSJ de Córdoba, con voto del Dr. Moisset de Espanés, ilumina la cuestión al aseverar, *“Ello así, por cuanto la forma en que está redactado el precepto del art. 853 del Cód. Civil que regula específicamente los efectos de la transacción en materia solidaria, revela que la transacción como medio extintivo de la obligación, no opera de pleno derecho, sino potestativamente,*

Ahora bien, frente al expreso pedido de los codemandados, corresponde que el magistrado indague si de los términos del acuerdo puede colegirse que ha operado la extinción de la acción en su contra, ya que al actor nada quedaría por reclamarles o exigirles, al haberse extinguido la acción. De surgir ello claramente, teniendo en cuenta el criterio restrictivo con que deben interpretarse las transacciones, debe acogerse la petición destacando que de hacerse lugar al reclamo del actor, estaríamos en presencia de un pago sin causa previsto en el art. 793 del C.C., por haber dejado de existir la acción o el derecho a cobrar de parte del actor.

Por el contrario, si de los términos del convenio surge que sólo se trata de un pago parcial, el convenio sólo puede ser invocado a los fines de reducir la pretensión del acreedor en la medida de lo efectivamente percibido no proyectando sus efectos conclusivos respecto de los demás partícipes del proceso.

1.8.b) Letrados y peritos

Respecto de los letrados que intervienen en la transacción las diversas leyes arancelarias son claras y establecen que la base regulatoria de los honorarios profesionales está constituida por el contenido económico del acuerdo⁴⁰.

Las dificultades se presentan en relación a los letrados que no participan en la negociación ya sea por tener el carácter de ex letrados de la parte que sí lo hace o porque la parte a la que asisten jurídicamente no transige. La cuestión a dilucidar es si ese acuerdo les es oponible a dichos profesionales o si se toma en cuenta el principio relativo de las transacciones conforme el art. 851 del C.C. y la base regulatoria está conformada por el monto de la demanda o de la sentencia dictada.

La solución es diferente de acuerdo al marco regulatorio vigente en el proceso que la cuestión se plantee. Es decir en la órbita provincial se aplica la ley 9459 mientras que a nivel nacional está vigente la ley **24.432** que modifica la ley 21.839. Pero además la solución normativa distinta ha

de tal suerte, que es aquél a quien, eventualmente, pueda aprovechar el acuerdo transaccional celebrado por uno de sus codeudores o coacreedores, quien puede invocarlo. Si media solidaridad pasiva, el deudor que no ha transigido puede aprovecharse de la transacción celebrada por uno de sus codeudores, si así le conviniera, sin que el acreedor pueda oponérsela. En definitiva el provecho o beneficio que el acuerdo transaccional pueda tener para el codeudor solidario que no intervino en su celebración, constituye una pretensión o defensa que la ley deja librada a la invocación de la parte que pretenda ampararse en ella, por lo que, para que el juzgador pueda expedirse sobre el punto, resulta indispensable su alegación". TSJ de Córdoba, Sala Civil y Comercial, 21/03/1996, in re González de Dolan, Clara L. y otra c. Schiaverano, Hugo C. y otros, suc., Publicado en: LLC, 1997, 82, Cita Online: AR/JUR/2109/1996.

⁴⁰ Cfr. Art. 19 ley 21.839 y art. 31 inc. 3 ley 9459.

sido convalidada por la jurisprudencia provincial y nacional. Por ello a continuación se tratan en forma separada.

La cuestión en la órbita nacional

El art. 19 de la ley 21.839 dispone que “*Se considerará monto del proceso la suma que resultare de la sentencia o transacción*”. Esta regla implica que para todos los letrados, sin excepción, sus honorarios serán establecidos teniendo como base regulatoria la suma que surja del acuerdo.

Con anterioridad al dictado de la ley 24.432⁴¹ la solución era distinta. A los letrados y demás profesionales que no habían participado en la transacción la misma no les era oponible y sus honorarios debían ser regulados conforme el interés que habían defendido tomando en cuenta el monto de la demanda o el monto de la condena si ya había sentencia dictada dependiendo de la parte a la que representaran. El principal argumento para tal conclusión es que el acuerdo constituye respecto de los no intervinientes “*res inter alios acta*”. En resumidas cuentas, que el convenio solo obliga a las partes y que a los terceros que ven afectados sus derechos no les puede ser opuesto. Que entender de forma diversa importa vulnerar lo claramente establecido por los arts. 503, 504, 851, 1195 y 1199 del C.C. En mérito a esa interpretación también se entendía que de decidirse que sí les eran oponibles las transacciones se violentaba el derecho a una justa retribución (art. 14 bis de la Constitución Nacional) porque las tareas profesionales habían sido efectuadas defendiendo o considerando otros intereses⁴².

La cuestión cambia a partir de la promulgación de la ley 24.432 y de dos casos que llegan a la CSJN, “*Coronel, Martín F. v. Villafañe, Carlos A. y Universidad Nacional de Tucumán*” y “*Murguía, Elena J. v. Green, Ernesto B.*” Con anterioridad y en virtud del caso “*Murguía*” la Cámara Nacional Civil en resolución plenaria fijó la siguiente doctrina legal obligatoria: “la transacción o conciliación que pone fin al pleito es oponible a los fines arancelarios a los profesionales que intervinieron en el proceso y no participaron en el acuerdo respectivo”⁴³.

Al entender la Corte en el recurso de hecho en el caso *Murguía*⁴⁴ los vocales por la mayoría hacen referencia a un precedente del año 1992

⁴¹ Sancionada 15/12/1994 y promulgada: 5/01/1995.

⁴² Fallos 310:2829, 24/12/1987, in re *Hidronor S.A. Hidroeléctrica Norpatagónica c/ Iglys y Neypic S.A. daños y perjuicios*; 311:926, in re *Turimar S.A.*, 314:565 in re Luis Juan Privitera y otros c/ Obras Sanitarias de la Nación, etc.

⁴³ CSJN, 2/10/2001; *Murguía, Elena Josefina c/ Green, Ernesto Bernardo s/ Cumplimiento de contrato*; La Ley, 2001-F-592.

⁴⁴ CSJN, 11/04/2006: SJA 5/7/2006 JA 2006-III-3, Abeledo Perrot N°: 35003182.

en el que se había decidido: *“que los aranceles vinculan normalmente la base sobre la que ha de regularse el honorario no sólo con el valor disputado, sino también con el modo de terminación del proceso. Es claro, cuando hay acuerdo entre las partes, que su efecto sobre los honorarios no es un problema de los que se gobiernan por la legislación civil sobre contratos. Deben, pues, acatarse las leyes que específicamente regulan la materia y que se refieren a ellos. Por ello, como regla, carece de sentido señalar que los profesionales sean terceros a los que el acuerdo no es oponible. Ello no empece a que, por otro lado, se aduzca y pruebe, en algún caso, el carácter fraudulento y doloso del acuerdo, destinado no a reglar los intereses de las partes sino a burlar la justa retribución de los profesionales, situaciones que por su carácter requieran de la adecuada prueba.”*

Del fallo en cuestión se extraen las siguientes conclusiones: 1) que a la hora de practicarse las regulaciones de los profesionales intervinientes en un proceso judicial debe estarse a las normativas arancelarias que regulan la materia y que no se aplica al caso las normas generales relativas a los contratos; 2) que la influencia de la transacción en el proceso es decisiva y que marca la culminación del mismo al igual que la sentencia. Que ese efecto opera respecto de los contratantes como de los no participantes; 3) que en el proceso debería existir una sola base regulatoria a la que se le aplicarían distintos porcentajes de acuerdo a la actuación profesional desempeñada; 4) que para desvirtuar dicha base los profesionales no suscriptores deben atacar el acuerdo por haber sido celebrado no para componer la relación de las partes sino en fraude o dolo de los no intervinientes; 5) por último se explicita un criterio de orden práctico⁴⁵ que se traduce en entender que los letrados que vienen interviniendo en los procesos desaconsejarían a las partes que patrocinan la formulación de acuerdos por afectar ello la regulación o el monto de los emolumentos que les corresponderían, lo que redundaría en contra de los propios intereses de los sujetos y del sistema judicial.

Cabe aclarar que los Dres. Highton de Nolasco y Petracchi votaron en disidencia propiciando mantener el criterio de la inoponibilidad. Sostuvieron la subsunción de la situación a las normas sustanciales que disponen el efecto relativo de los actos jurídicos y de las obligaciones y entendieron que los letrados y otros profesionales son terceros respecto de la transacción. También argumentaron que los profesionales desde el inicio del proceso realizan sus tareas en relación al monto económico de la demanda, por lo que se genera un crédito a su favor con dicho contenido económico. Afirmaron que entender que el acuerdo les alcanza implica

⁴⁵ PUGA, MÓNICA; *Efectos de...*; opus citada pág. 345.

vulnerar el derecho de propiedad de los mismos y el derecho a una retribución justa conforme a las tareas desplegadas.

La cuestión en la Provincia de Córdoba

El Código Arancelario para Abogados y Procuradores de la Provincia de Córdoba, ley 9459, en adelante C.A., fue sancionado el 2/12/2007 modificando la ley 8226 que regía al respecto. Es indudable el conocimiento de los profesionales y legisladores respecto de lo resuelto por la CSJN en los casos *supra* citados. El C.A. contiene diversas normas que hacen alusión a la transacción.

La primera de ellas es el art. 17 que impone la necesidad de correr una vista a los letrados intervinientes en el proceso que no hayan suscripto el acuerdo previo a homologar el mismo. La doctrina ha entendido que se trata de una vista anoticiamiento, con la finalidad que el profesional pueda tomar los recaudos que considere necesarios, como pedir regulación por las tareas cumplidas o solicitar cautelares que garanticen la percepción de su crédito⁴⁶. No podría el profesional oponerse a la transacción, salvo que alegare que la misma se realiza en fraude a sus derechos o que presenta alguno de los vicios que obstarían a la validez de la misma.

La siguiente norma que interesa es el art. 31 que establece que en caso de concluir el proceso por transacción, el valor económico de la misma constituye la base regulatoria de los honorarios de los intervinientes pero hace la salvedad que *“Ésta no vincula a los letrados que hayan intervenido en la causa y no hayan sido parte de la transacción”*.

Legislativamente se contaba con los siguientes antecedentes, el art. 19 de la ley 7269 disponía en su parte final *“...a los fines de la regulación de sus honorarios, el monto de la transacción no es oponible al abogado que no ha intervenido en ella”*. La ley 8226 no contenía ninguna norma al respecto porque la interpretación jurisprudencial y doctrinaria se pronunciaba en dos sentidos. Por un lado los que sostenían que la derogación de la norma implicaba que se había derogado expresamente la inoponibilidad. Por otro lado estaban los que sostenían que se había derogado una norma superflua porque el precepto estaba contenido en la ley sustancial y que el efecto relativo de la transacción respecto de los letrados se mantenía vigente, por más que no hubiera norma especial en el código arancelario. Abonaba la conclusión anterior el hecho que el art. 29 de la ley 8226 establece bases regulatorias distintas para el abogado del actor y del demandado de acuerdo al éxito de la acción.

⁴⁶ FERRER, LUIS ADÁN; *Código Arancelario comentado y anotado, ley 9459*; Córdoba, Alveroni Ediciones, 2009, págs. 39/43.

Tratado el tema por el Tribunal cimero local se resolvió por la tesis de la inoponibilidad en el año 2000 en autos “*Garcilazo Guillermo Jorge c/ Empresa Automotores Capillitas S.A. y Otros – Ordinario – Cuerpo de Prosecución de la causa – Recurso de Casación*” (“G” 19/99).

En el año 2011 y luego de sancionado el C.A. y conocidos los fallos “*Coronel*” y “*Murguía*” vuelve el tema a ser tratado por el Tribunal superior de justicia en autos “*Rehace Expte. En incidente de Regulación de honorarios de la Da. Norma N. B. de García Allocco en: Coop. General Paz Marcos Juárez c/ Miguel Ángel Ballario —Ejecución Hipotecaria— Recurso de Casación*” (Expte. Letra “R”, 28/08). Procede tener en cuenta que el nuevo C.A. no resultaba de aplicación por haberse realizado las labores profesionales en vigencia de la ley 8226 que, como se apuntara, no contenía norma alguna parecida a la última parte del actual inc. 3 del art. 31 ni tampoco al art. 19 de la ley 21.839 reformado por la 24.432.

El principal argumento de la resolución es que las normas arancelarias y las formales no pueden sustraerse de lo dispuesto por la ley sustancial. A lo que se agrega que normativamente la ley 8226 no tenía disposición alguna equivalente al art. 19 de la ley 21.839 por lo que siendo la misma contradictoria con la ley de fondo no cabe la aplicación analógica al caso concreto. Además se daba en los hechos la consagración de la ley 9459 que expresamente establece la inoponibilidad.

Así el voto pertinente el Dr. Armando Andruet (h) (único vocal opinante) sostiene: “...lo verdaderamente dirimente en orden a justificar el temperamento aquí auspiciado, es que basta recurrir a las pautas sustantivas tradicionales (arts. 851, 1195 y 1199, C. Civil) para comprender que la estricta observancia de la regla “*res inter alios acta*” excluiría per se postular que, operada la conclusión del litigio por transacción arribada **entre las partes**, el monto por ellas acordado venga, sin más, a erigirse en incontrovertible parámetro económico para cuantificar el arancel de **todos** los abogados intervinientes en el juicio —incluso, los que accidental o deliberadamente hubiesen sido marginados de la concertación—, puesto que ello supondría atribuir al acuerdo un ámbito de oponibilidad a terceros más extenso del que el propio ordenamiento fonal le confiere. Un verdadero desatino... Visto desde este ángulo (perspectiva histórica), el nuevo precepto —art. 31 inc. 3°, Lp. 9459— puede ser considerado una norma de **interpretación auténtica**, emanada del propio legislador, respecto de las disposiciones y principios contenidos en la ley arancelaria y en el Código Civil en relación a la inoponibilidad de la transacción al abogado que no intervino en ella. En este sentido, se puede sostener que la disposición ahora vigente no ha operado una reforma sustancial del tópico, sino que, más bien, ha venido a clarificar

y ratificar la manera en que debe entenderse nuestro régimen arancelario, en relación al tema que nos convoca...”

A los argumentos vertidos por el Dr. Andruet y de los expuestos supra pertenecientes a los Dres. Highton de Nolasco y Petracchi puede agregarse que de entenderse que la transacción le es oponible a los letrados no intervinientes puede implicar obligarlos a renunciar a parte de sus créditos, situación reñida con el sistema de renuncia establecido por la ley de fondo y violenta el sistema de interpretación restrictiva de la transacción.

IV. Conclusiones

1. Para oponer eficazmente la defensa de transacción como de previo y especial pronunciamiento debe darse la triple identidad de la cosa juzgada (sujetos, objeto y causa) pero además debe acreditarse que el acuerdo fue presentado al juicio pertinente y homologado judicialmente.

2. A nivel nacional y Provincia de Buenos Aires, se articulará a través de la excepción prevista de transacción. En la provincia de Córdoba, para que funcione como de previo debe hacerse a través de la de cosa juzgada.

3. Es posible articular la transacción no homologada como defensa de previo y especial pronunciamiento a través de la excepción de pago si se acredita la existencia del convenio, acompañándolo pero además se debe acreditar el cumplimiento del mismo a través de los documentos respectivos.

4. Si bien transacción y sentencia se asimilan en cuanto ponen fin a los procesos judiciales, se diferencian en relación a su fuente, estructura y en las vías de impugnación que le son aplicables.

5. Para la validez de una transacción sobre derechos litigiosos no es necesario que en el acuerdo extrajudicial que se acompañe ambas partes hayan contando con patrocinio letrado.

6. Resulta necesario que el escrito de presentación del acuerdo esté suscripto por un profesional.

7. La asistencia técnica para ambas partes sí será necesaria si se formaliza mediante acta judicial por ser ésta un acto procesal.

8. La transacción de derechos litigiosos produce efectos entre partes a partir de la celebración del acto, aunque cabe la posibilidad de arrepentimiento pudiendo revocarse unilateralmente la transacción formalizada. Para su oponibilidad a terceros debe ser presentada al juez del litigio.

9. Si se trata de un derecho litigioso sobre un inmueble la presentación al juez sólo la hace irrevocable, debe oportunamente alcanzar la categoría de instrumento público, lo que puede lograrse mediante la resolución judicial que homologa el acuerdo.

10. Se podría adoptar legislativamente que la transacción aunque no homologada sea título ejecutorio.

11. El juez que interviene en el proceso ejecutivo por cobro de alquileres, resulta competente y debería homologar el acuerdo que se le presenta donde también se acuerda la desocupación del inmueble por resultar dicho juez competente para entender en el juicio de desalojo.

12. Para dilucidar si una transacción es oponible a los letrados y demás profesionales que no la suscribieron deberá primero verificarse el régimen normativo aplicable, si es la ley 21.839 la transacción sí les resultará oponible, si es la ley 9459 no lo será.

Índice bibliográfico de la doctrina citada

AMAYA, N. ENRIQUE; "Medios de impugnación de la cosa juzgada"; en *Cuadernos de los Institutos* - Instituto de Derecho Procesal; n° 112, Córdoba, Dirección General de Publicaciones, 1972, págs. 63/74.

BARRAQUERO, ARGENTINO; "Transacción y Cosa Juzgada. Su régimen legal", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, JA 1950 Tomo IV, págs. 180/202.

FALCON, ENRIQUE M.; *Sistemas alternativos de resolver conflictos jurídicos*; Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores; 2012.

FALCON, ENRIQUE MARIO; *Juicio Ejecutivo y Ejecuciones Especiales*; Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003; tomo I.

FERRER, LUIS ADÁN; *Código Arancelario comentado y anotado, ley 9459*; Córdoba, Alveroni Ediciones, 2009.

FERRER MARTINEZ, ROGELIO; *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*, Córdoba, Advocatus; 2005, ISBN 987-9080-78-5.

FORNACIARI, MARIO A.; *Modos anormales de terminación del proceso*, Buenos Aires, Abeledo Perrot SA, 2009, vol. I; ISBN 978-950-20-1951-2.

LIMA, SUSANA; "A propósito de la 'cosa juzgada'"; LA LEY 2001-C, 1020.

LLAMBIÁS, JORGE JOAQUÍN; *Tratado de Derecho Civil Obligaciones*, Buenos Aires, Editorial Perrot 1973, Tomo III.

MORELLO, AUGUSTO MARIO; *La Transacción desde la perspectiva procesal*; La Plata, 1963, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Vol. 6 n° 11.

OSSOLA, FEDERICO ALEJANDRO; "Nulidad de las transacciones y otras ineficacias"; en *Cuaderno de Obligaciones* n°3 (2008), Córdoba, Alveroni Ediciones; ISBN 978-987-643-018-0.

PALACIO, LINO ENRIQUE -ALVARADO VELLOSO, ADOLFO; *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencia y bibliográficamente*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 1997, Tomo 7.

PIZARRO, RAMÓN DANIEL - VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO; *Instituciones de Derecho Privado - Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi José Luis Depalma Editor; 2000.

PUGA, MÓNICA; “Efectos de la transacción: los co-transigentes y los terceros en la doctrina de la corte federal”; en *Cuaderno de Obligaciones* N° 3 (2008), Córdoba, Alveroni Ediciones; ISBN 978-987-643-018-0.

VENICA, HUGO OSCAR; *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*, Concordado Comentado y anotado, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 2002, ISBN 950-9426-62-2.

ZANNONI, EDUARDO A. en BELLUSCIO, AUGUSTO C. Director – ZANNONI, EDUARDO A.; *Código Civil y leyes complementarias, comentado anotado y concordado*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo Ricardo Depalma; 1981, tomo 3.



LA TUTELA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO SUCESORIO[†]

*Olga Orlandi**
*Gabriel E. Tavip***
*Graciela Moreno de Ugarte****
*Claudia Lúpoli*****
*Susana Verplaetse******
*Sebastián Monjo******
*María Belén Mignón******

Resumen: Los principios constitucionales y las leyes especiales conducen a sostener que la persona con discapacidad no debe tener igual tratamiento que quien goza de sus aptitudes en plenitud, pues un posicionamiento igual para los desiguales genera desigualdad ante la ley. Se analiza la necesidad de protección de las personas con discapacidad en el marco del derecho sucesorio argentino. Se describe la regulación en el derecho sucesorio argentino actual, proyectado y extranjero. Se enuncian los principios, fundamentos y caminos normativos que debe contener una tutela especial ante la discapacidad en el derecho sucesorio.

Palabras claves: Discapacitados - derecho sucesorio - protección.

1. Fundamentos de la tutela de las personas con discapacidad: los nuevos paradigmas

Nuestro país, mediante la ley 26.378¹, aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad², lo que importó receptar una innovadora visión sobre la discapacidad, en armonía con la perspectiva de los Derechos Humanos.

[†] Recibido el 09/04/2013, Aprobado el 24/09/2013.

* Profesora Adjunta de Derecho Privado VI, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.(FDyCS) Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Doctora en Derecho. Investigadora.

** Profesor Auxiliar de Derecho Privado VI, FDyCS, UNC. Investigador.

*** Profesora Adjunta de Derecho Privado VI. FDyCS, UNC. Investigadora.

**** Profesora Auxiliar de Derecho Privado VI, FDyCS, UNC. Investigadora.

***** Adscripta de Derecho Privado VI, FDyCS, UNC. Investigadora.

***** Adscripto de Derecho Privado VI, FDyCS, UNC. Investigador.

***** Adscripta de Derecho Privado VI, FDyCS, UNC. Investigadora.

¹ Sancionada en mayo de 2008, promulgada junio de 2008, publicada en el B. O. el 9/06/2008.

² Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En adelante CDPD.

Esta mirada, instauró un cambio de paradigma en materia de discapacidad, que se sostiene en una serie de principios —enumerados en el art. 3 de la CDPD³—, que reconocen la noción de derecho humanitario vigente en nuestro sistema jurídico.

La problemática que surge ante las personas con discapacidad no debe, por ende, ser abordada desde una única perspectiva sino desde una “pluridimensión” que posibilite brindar soluciones acordes a la protección de sus derechos fundamentales.

La CDPD implanta además una visión constructiva de la discapacidad⁴ como un estado dinámico que evoluciona, enfoque que contraría el criterio médico biológico predominante que, históricamente se presentó como hegemónico en esta materia.

Así, el modelo social que la Convención impone sobre las personas con discapacidad, prioriza elementos de carácter histórico, social, psicológico, y también incluye el aspecto médico/biológico.

Desde la doctrina se afirma que “un tercer modelo, denominado social, es aquel que considera que las causas que originan la discapacidad no son religiosas, ni científicas, sino que son, en gran medida sociales. Desde esta filosofía se insiste en que las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad en igual medida que el resto de las personas —sin discapacidad—, pero siempre desde la valoración y el respeto de la diferencia. Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos, y aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana...”⁵.

Por otro lado, no puede dejar de observarse que las personas con discapacidad, enfrentan muchas veces la barrera de la discriminación, como fenómeno sociológico⁶, por lo que el derecho humanitario y protec-

³ Art. 3 de la CDPD: Los principios de la presente Convención serán: a) El respeto por la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) la no discriminación; c) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana; e) la igualdad de oportunidades; f) la accesibilidad; g) la igualdad entre el hombre y la mujer; h) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

⁴ Preámbulo de la CDPD: “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

⁵ Cfr: PALACIOS, AGUSTINA, *El modelo social de Discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, págs. 26/27.

⁶ Cfr: JARA ANDREU, ANTONIO, “Derecho Constitucional. Estado Social, Orden Jurídico e Integración Social”, en ALCAIN MARTÍNEZ, ESPERANZA, GONZÁLEZ - BADÍA FRAGA, JUAN y MOLINA

torio de los derechos fundamentales debe encaminarse a su efectivo amparo.

En este sentido, el paradigma de la Convención, determina el surgimiento de un sistema de apoyos y salvaguardias para las personas con discapacidad que confronta con el anterior sistema de reemplazo y sustitución de la voluntad de la persona.

Es por eso que debe reemplazarse la lógica del sistema de representación —el que se sostiene en la sustitución de la voluntad de la persona declarada “insana”—, por una práctica de apoyos, asistencia y asesoramiento⁷.

Los cambios de paradigma obligan sin duda a pensar en soluciones normativas que recojan los principios y conceptos del derecho humanitario, a la hora de estructurar el sistema de tutela especial de las personas con discapacidad.

2. Tutela de las personas con discapacidad en el derecho sucesorio

La justificación ética de la propiedad reside en el concepto de que los bienes deben servir como medios para el cumplimiento de los fines de la familia.

La familia se presenta sociológicamente como una unidad, una institución social que se integra con un elemento económico, el patrimonio familiar, destinado a satisfacer los fines de la familia.

La función fundamental del derecho sucesorio es determinar quiénes y de qué modo van a continuar las situaciones jurídicas que quedan vacantes en caso de muerte de su titular. El fundamento objetivo de la regulación sucesoria es brindar seguridad jurídica, a través de la continuidad en la persona del heredero de las relaciones jurídicas cuya titularidad correspondía al causante (sucesión en la persona).

Pero la tutela a las personas con discapacidad en materia sucesoria debe ir más allá, incluso superar el mínimo legal señalado en el art. 12 de la ley 26.378 cuando alude al derecho “*a ser propietarios y heredar bienes*”⁸.

FERNÁNDEZ, CARMEN (Coordinación), *Régimen Jurídico de las Personas con Discapacidad en España y en la Unión Europea*, Comares, Granada 2006, p. 2.

⁷ Ver: Art. 12 de la CDPD, inc. cuarto y quinto.

⁸ Ley 26.378. B.O. 09/06/2008. Art. 12: Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Por eso, tanto las normas de protección cuanto las de flexibilización de las restricciones del derecho sucesorio deben orientarse al debido resguardo de los derechos de las personas vulnerables, en especial las personas con discapacidad.

Las limitaciones al poder de disposición y las restricciones a los pactos sucesorios en los sistemas tradicionales hacen que se vea seriamente limitada la realización de acuerdos o disposiciones testamentarias tendientes a proteger a los sujetos con discapacidad.

Esta cuestión se vincula directamente, con un aspecto de crucial importancia: la mayor autonomía de la voluntad en materia sucesoria⁹, que confronta con el “orden público” que impregna instituciones tales como la legítima hereditaria y los ordenes sucesorios. En este contexto la doctrina jurídica ha venido elaborando diferentes alternativas tendientes a una mayor protección de la persona con discapacidad. Así, con fundamento en la solidaridad familiar, se ha pensado en la mejora a favor del heredero con discapacidad como también, en el diseño de un sistema de alimentos *post mortem*.

Así se sostiene que “la institución sucesoria por causa de muerte, responde a principios de asistencia, es decir, prestación de socorro, favor o ayuda. En algunas estructuras jurídicas la sucesión se condiciona a lo que se considere que resulte socialmente útil”. Se añade que “la creación de una mejora hereditaria a favor de los discapacitados es el resultado del reconocimiento de la función social de la herencia como equiparadora de posibilidades”¹⁰.

En efecto, la mejora al heredero con discapacidad, como los alimentos *post mortem*, parecen ser efectivos instrumentos para mejorar la situación patrimonial de la persona que era sostenida por el causante. Esto puede lograrse incrementando su patrimonio o previendo un sostén periódico para el discapacitado (a través de los alimentos); amparando su vivienda (estableciendo un derecho habitacional); o bien resguardando la función del cuidador/a lo que implica lógicamente destinar a dicha persona recursos económicos.

Se afirma que es preciso incorporar al esquema legitimario una normativa que posibilite una intervención en el proceso de distribución de los bienes comprendidos en la legítima hereditaria. A través de este meca-

⁹ Cfr.: ORLANDI, OLGA, “Tendencia hacia la autonomía en el derecho sucesorio del siglo XXI”, en *Revista Derecho de Familia*, Nro. 53, marzo de 2012, Directoras: Cecilia P. Grosman, Aída Kemelmajer de Carlucci, Nora Lloveras, Ed. Abeledo Perrot, pag. 5 y ss; SALOMÓN, MARCELO; *Legítima hereditaria y Constitución Nacional*, Ed. Alveroni, Córdoba 2011.

¹⁰ Cfr.: CÓRDOBA, MARCOS M., “Las reformas en materia de sucesiones”, en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Abeledo Perrot, Bs. As. 2012, p. 1105.

nismo se abre la posibilidad de considerar aquellas circunstancias objetivas (indigencia, minoridad, vejez, enfermedad, discapacidad) que puedan particularizar el contexto vital de determinados herederos forzosos colindolos en una situación desventajosa respecto de sus colegitimarios¹¹.

Debe entenderse entonces que la persona con discapacidad o minusválida requiere de una tutela legal diferenciada en el ámbito sucesorio. Por ello es necesario crear un sistema de protección especial que contemple la situación de vulnerabilidad de las personas discapacitadas.

3. Algunas soluciones en el derecho comparado

En el derecho extranjero se observan diversas soluciones. Algunas flexibilizan las restricciones¹² o admiten los alimentos *post mortem*¹³. Estas vías han sido requeridas por la doctrina nacional¹⁴, tanto en los aspectos sustanciales, como procesales.

Pasamos a analizar las diversas soluciones dadas en el derecho extranjero.

3.1. En el derecho Español

El art. 49 de la Constitución Española establece que los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y se los amparará especialmente. Esta manda busca que la igualdad entre personas con discapacidad y otros ciudadanos sea real y efectiva¹⁵.

No obstante constituir una especial obligación a cargo del Estado Español, se reconoce entre los fundamentos de la Ley 41/2003, la nece-

¹¹ Cfr.: SALOMÓN, MARCELO J.; "Derecho Sucesorio y legítima hereditaria: propuestas para su reformulación desde la Constitución Nacional", en *Revista Derecho de Familia*, Nro. 53, marzo 2012, Directoras: Cecilia P. Grosman, Aída Kemelmajer de Carlucci, Nora Lloveras, Ed. Abeledo Perrot, p. 54.

¹² España. Ley 41/03 Patrimonio de afectación en España.

¹³ Ver en este artículo el apartado 4.6. Falta de regulación de los alimentos *post mortem*.

¹⁴ XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar "Las familias y los desafíos sociales" Comisión: A1- "Familia, Personas y grupos vulnerables, violencias y Derechos Humanos" (23/11/2012). Ponencia: *El apoyo familiar: los discapacitados ante la muerte del cuidador y/o quien provee a sus necesidades* Ponentes: Dra. Olga Orlandi; Ab. Susana Verplaetse. En las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil- Tucumán 29 y 30 de septiembre y 1º de octubre 2011- En la comisión Nº 7: Sucesiones, se votó por unanimidad: "Merece atención el debido resguardo de los derechos de las personas vulnerables, entre otras, los menores, las personas con discapacidad, los adultos mayores" CÓRDOBA, MARCOS M., "Derecho sucesorio. Normas jurídicas que atiendan a los discapacitados", LL 28/03/2011, 1.

¹⁵ Art. 9.2 de la Constitución Española.

sidad de que tal asistencia sea puesta a cargo de un patrimonio particular que permita garantizar el futuro del minusválido en previsión de otras fuentes para costear los gastos que deben afrontarse.

Por lo tanto, en España se busca que los recursos económicos provengan de dos fuentes distintas: el Estado (servicios públicos, beneficios fiscales o subvenciones específicas), y de la propia persona con discapacidad o de su familia.

La Ley 41/2003 dispone la creación de una masa patrimonial (sin personalidad jurídica propia) especialmente protegida para las personas con discapacidad (art. 1), que tiene por fin la satisfacción sus necesidades vitales y cuenta con un régimen de administración y supervisión específico.

Concretamente, en el derecho sucesorio, esta reforma trajo aparejadas algunas modificaciones, que tienden a hacer efectiva la protección de las personas con discapacidad (art. 10) que se señalan.

a) Se añade un apartado 7 al art. 756 del CCiv. por el que se incorpora como causal de indignidad: la no prestación de las atenciones debidas a la persona con discapacidad.

b) Se permite mejorar a la persona con discapacidad sobre el tercio que compone la legítima estricta, alterando así la regla de intangibilidad de ésta¹⁶. Se faculta al testador a gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, siempre que ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado (arts. 782, 808 y 813 del CCiv. Español)¹⁷. En España, la legítima de los hijos está compuesta por las dos terceras partes de los bienes de la madre y el padre (art. 808, CCiv.), siendo el restante tercio de libre disposición (art. 808, CCiv.). El Código permite mejorar los hijos o descendientes con un tercio de los dos que componen la legítima (art. 808, CCiv.). El tercio restante es la llamada legítima estricta. Esta reforma importa, en lo esencial, que sobre esta legítima estricta se pueda “constituir la sustitución fideicomisaria, como una mejora, un plus, a favor del hijo o

¹⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, RODRIGO, “La Protección Patrimonial de las personas con discapacidad”, *BIB 2003/1448*, Aranzadi Civil-Mercantil nº 16/2003 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2003.

¹⁷ Se entendió que “al margen de las limitaciones establecidas por la Ley 41/2003 en orden a su utilización, la sustitución fideicomisaria se caracteriza por la existencia de una doble institución hereditaria con orden sucesivo, y para poder gravar el tercio de legítima estricta la ley exige que la condición de fiduciario recaiga sobre el hijo o descendiente judicialmente incapacitado (a través de su representante legal), el cual va a disfrutar como heredero o legatario del derecho de goce sobre los bienes hasta el momento en que deba producirse la delación fideicomisaria”. MARTÍN SANTISTEBAN, SONIA, “El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad” (RCL 2003, 2695): “¿Un acercamiento al trust?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* num. 612. BIB 2004\90, nº. 612, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2004.

descendiente incapacitado judicialmente, además de poder disponer de la otra parte también como mejora”¹⁸.

c) Se protege el derecho de habitación de la persona con discapacidad: se reforma el art. 822 del CCiv., estableciendo que la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario —persona con discapacidad— no se computará para el cálculo de las legítimas si al momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella. El derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la Ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero no se podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.

d) Se reforma el art. 831 CCiv., facultándose al cónyuge —en testamento— para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

e) Se agrega el segundo párrafo al art. 1041 CCiv. por el que se establece que no estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes, para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad.

El patrimonio no es susceptible de reducción, ni por lesionar la legítima del propio discapacitado, siempre que se encuentre dotado de bienes suficientes para atender sus exigencias de cuidado, manutención y sostén, ni por lesionar la legítima de los demás coherederos y que los bienes del trust no sean manifiestamente excesivos para satisfacer las exigencias del discapacitado y mientras que no se extinga el trust (cuya duración no puede ser inferior a la vida del beneficiado)¹⁹.

Más allá de las ventajas que acarrea la creación de este patrimonio de afectación, desde la doctrina se destaca que su escasa utilización obedece a lo poco “atractivo” que resulta ser en materia fiscal y el excesivo tecnicismo de la figura²⁰.

¹⁸ FERRER, FRANCISCO, “Discapacidad y derecho sucesorio en el Proyecto de Código”, *LA LEY* 25/10/2012, 25/10/2012, 1.

¹⁹ MARTÍN SANTISTEBAN, SONIA, Cit. n° 612.

²⁰ GALLEGO PERAGÓN, JOSÉ MANUEL, “La discapacidad: jurídicamente un concepto encrucijada”, *BIB* 2011/77, Publicación: Quincena Fiscal Aranzadi n° 3/2011 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011.

3.2. En el derecho cubano

Se consagra una legítima calificada en aras a la protección de ciertos herederos, denominados como “herederos especialmente protegidos”.

Para entrar dentro de esta protección el heredero del causante debe cumplir tres requisitos fundamentales, el vínculo parental —ascendiente o descendiente— o conyugal, la dependencia económica al causante y observar imposibilidad de trabajar. En cuanto a estos requisitos se dice que los mismos han sido esculpados a través del sentido jurisprudencial a ellos atribuidos, y en el que a pesar de cierto emparentamiento con las personas con discapacidad, las dimensiones que el legislador cubano le da a los herederos especialmente protegidos no coincide en todos sus ángulos con el de las personas con discapacidad, si bien sería atinado un acercamiento, al menos vía jurisprudencial, en este orden²¹.

3.3. Los alimentos *post mortem*

En materia alimentaria, según la teoría tradicional, la deuda familiar por alimentos tiene carácter personalísimo, *intuitu personae* y, por ende, resulta intransmisible por causa de muerte del obligado. No obstante, se observa que estos principios doctrinarios van siendo dejados de lado en el derecho de varios países y es así como la institución alimentaria va adquiriendo características novedosas que se apartan de los principios tradicionales. Los alimentos familiares *post mortem* aparecen en algunas legislaciones sustituyendo a la legítima y en otras complementándola.

Entre las regulaciones que consagran la intransmisibilidad de los alimentos por causa de muerte e instituyen la legítima hereditaria, podemos mencionar: el Código Civil argentino, que no admite la transmisión de los alimentos por actos entre vivos o por muerte del acreedor o deudor; la legislación de Bolivia (art. 26, Código de Familia), y la de Paraguay (art. 263, Código Civil), entre otros.

Consagran la obligación de proveer alimentos después de la muerte del causante los Códigos Civiles de: Quebec (arts. 684 a 686), Chile (arts. 1167 y 1168), Colombia (arts. 1127 a 1229), Honduras (art. 1149), Nicaragua (arts. 1198 a 1200), Costa Rica (art. 595), Panamá (arts. 386, Código de Familia, y 778, Código Civil), El Salvador (art. 1141, inc. 1), Guatemala (art. 936), México (arts. 1368 a 1376), Uruguay (art. 871)²².

²¹ Cfr. PEREZ GALLARDO; LEONARDO B.; “Legítima y discapacidad. Los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial”; en *Revisita de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Año 3, Número 3, (abril) 2011, p. 163.

²² Ver: ORLANDI, OLGA E.; *La Legítima y sus Modos de Protección*, Ed. Abeledo Perrot. 2010. p.56 y ss. y “¿Debe legitimarse el sistema sucesorio que consagra la legítima?”; JA 2006-III-1034 - Lexis N° 0003/012725.

El nuevo Código Civil de Aragón²³ regula el derecho a alimentos. Los legitimarios de grado preferente que al hacerse efectivas las disposiciones sucesorias estén en situación legal de pedir alimentos podrán reclamar los que les corresponderían como descendientes del causante, de los sucesores de éste, en proporción a los bienes recibidos. Estos derechos de alimentos solo procederán en la medida en que no esté obligado a prestarlos el viudo usufructuario o los parientes del alimentista conforme a la legislación general (art. 515).

Por su parte, en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Córdoba-Argentina (año 2009), se votó por unanimidad la propuesta de *lege ferenda*: “Deben regularse como asignación forzosa las prestaciones alimentarias *post mortem*”²⁴.

Podemos observar que el derecho, de una u otra manera, trata de resguardar el interés familiar proyectando las obligaciones que se fundamentan en la solidaridad familiar para después de la muerte de alguno de sus miembros. En algunos casos el legislador lo hace con patrones fijos, en otros fundado en necesidades concretas²⁵.

Como conclusión, podemos afirmar que se advierte una tendencia en el derecho a la flexibilización a las restricciones de orden público en materia sucesoria, además de priorizar el derecho a alimentos y habitación.

4. Los cambios propuestos en el Proyecto de Código Civil Argentino (2012)

El Proyecto de modificación Civil y Comercial 2012 amplía la protección a las personas con capacidad disminuida. Se anota en la tendencia

²³ Nuevo Código Civil de Aragón. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA de 29 de marzo de 2011). <http://www.elperiodicodearagon.com/noticias/noticia.asp?pkid=658948>. <http://www.iustel.com>.

²⁴ XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil - V Congreso Nacional de Derecho Civil - Córdoba, setiembre 2009 - Comisión Sucesiones: “Indignidad, desheredación y legítima”. www.derechocivilcba.com.ar.

²⁵ LLOVERAS, NORA - ORLANDI, OLGA - VERPLAETSE, SUSANA, “Los alimentos frente a la colación y la reducción”, Lexis Nexis, JA del 17/4/02, JA 2002-II, Fasc. N° 3; ORLANDI, OLGA E.; La Legítima y sus Modos de Protección cit. p. 56 y ss. “Los alimentos frente a la colación y la reducción”, ponencia presentada en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bs. As., 2001. ORLANDI, OLGA; EPPSTEIN, CONSTANZA; MUZIO, FLORENCIA, XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil - V Congreso Nacional de Derecho Civil - Córdoba, setiembre de 2009 - Comisión de Sucesiones: “Indignidad, desheredación y legítima. Libro de ponencias N° 4. Advocatus 2009. p. 91. y www.derechocivilcba.com.ar. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil- Tucumán 29 y 30 de septiembre y 1° de octubre 2011 - En la comisión N° 7: Sucesiones. LLOVERAS; NORA, ORLANDI, OLGA, KOWALENKO; ANDREA S.; “La indivisión hereditaria y la legítima”. C7-012. www.derechocivil2011.com.ar.

moderna de reformar en algunos aspectos la normativa sucesoria e introduce con ese objetivo excepciones a sus disposiciones imperativas²⁶.

La reformulación de todo el régimen de capacidad de las personas (arts. 22/47), ha trascendido directamente en el tema de la capacidad para testar (art. 2467 incs. c), d) y e). También se ha ampliado las causales de indignidad sucesoria, y ha introducido excepciones al principio de intangibilidad de la legítima en beneficio de las personas discapacitadas (mejora especial a favor de un heredero forzoso discapacitado, por disposición testamentaria de mejora o mediante un fideicomiso testamentario, arts. 2448 y 2493). La tutela propuesta abarca aspectos que pasamos a sintetizar.

4.1. Indignidad sucesoria

Se amplían las causales de indignidad que trascienden en relación a las personas con discapacidad, pues la norma del art. 3295 CCiv., es muy restrictiva²⁷.

El art. 2281, inc. e) del Proyecto brinda una extensión significativamente mayor a la causal, resultando lo suficientemente amplia como para comprender todos los supuestos en que, debido a su discapacidad o disminución de sus capacidades físicas o mentales, la persona no puede valerse por sí misma, y su cónyuge o pariente en grado sucesible no le prestan la asistencia alimentaria debida o no la hacen recoger en un establecimiento adecuado, en cuyo caso incurrirán en causal de indignidad sucesoria.

4.2. Capacidad para testar de las personas con discapacidad

En el Código Civil de Vélez en los arts. 3615 y 3616 requieren para testar “perfecta razón” o “completa razón”. Estas dos normas generaron debates: por un lado, no hay acuerdo respecto al alcance de las expresiones y si se alude solo a los dementes de hecho, o comprende también a los declarados judicialmente²⁸.

²⁶ FERRER, FRANCISCO; “Discapacidad y derecho sucesorio en el Proyecto de Código”. *LA LEY* 25/10/2012, 25/10/2012, 1. MILLÁN, FERNANDO; “El principio de solidaridad familiar como mejora a favor del heredero con discapacidad”, *DFyP* 2012 (julio), 01/07/2012, 245. MERLO, LEANDRO MARTÍN, “La mejora estricta para los herederos con discapacidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial”. *DFyP* 2012 (julio), 01/07/2012, 253.

²⁷ Según este precepto es indigno de suceder al causante “el pariente del difunto que, hallándose éste demente y abandonado, no cuidó de recogerlo o hacerlo recoger en establecimiento público”. La exigencia de que en el causante deban reunirse conjuntamente ambas condiciones, demente y abandonado, para configurar la causal, es considerada excesiva.

²⁸ Ver comentario a dichos artículos en la obra: LLAMBIAS-MENDEZ COSTA, *Código Civil Anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, t. V-C, p. 145 y ss.

Al estar el régimen de capacidad de las personas en el Código Civil vigente atado a categorías extremas (capaz/incapaz), se crean situaciones injustas en materia testamentaria que conculcan los derechos humanos de dichas personas al restringirlos más allá de lo que sea realmente necesario.

La ley de salud mental 26.657 del año 2010 reformó el régimen de incapacitación civil de los insanos mentales. Supone la adopción de un régimen gradual de la capacidad, partiendo siempre de la capacidad plena de la persona, por lo que cualquier afectación a la misma debe ser evaluada con criterio estricto y ser determinada expresamente por el juez en la sentencia. El sujeto goza de una situación genérica de capacidad, solo limitada por los actos jurídicos que no podrá realizar o que se limitan, ya que el juez debe especificar el ámbito de incompetencia dentro del cual el sujeto afectado no podrá actuar por su cuenta²⁹. Esta ley no derogó ni reformó los arts. 3615 y 3616 CCiv. Si el juez en la sentencia que resuelve sobre la capacidad de una persona no especifica, entre las limitaciones que determine, que no podrá testar, lo podrá hacer, en principio, válidamente. Aún cuando el juez establezca expresamente que no podrá testar, como sigue vigente el art. 3615, se puede sostener que podría hacerlo eficazmente durante un intervalo lúcido.

El Proyecto perfecciona y aclara esta materia al reformular el régimen de capacidad de las personas estableciendo un régimen de capacidad gradual (capacidad, capacidad restringida, incapacitación, arts. 31/47)³⁰.

²⁹ La ley 26.657 introdujo en el Código Civil el art. 152 ter: "Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacitación deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de tres —3— años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible".

³⁰ La capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, las limitaciones a la capacidad son siempre de carácter excepcional y se imponen en beneficio de la persona; la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario; la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios; deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades (art. 31). El juez puede: a) restringir la capacidad de una persona mayor de trece años, que padece adicción o una alteración mental permanente o prolongada; o, b) declarar su incapacitación por causa de enfermedad mental. En ambos casos debe designar un curador, o los apoyos que resulten necesarios, y fijar sus funciones (art. 32). Si el juez considera que la persona está en condiciones de conservar su capacidad, debe declarar los límites o restricciones a la capacidad, y señalar los actos y funciones que no puede realizar por sí misma. Se aplican las reglas relativas a la tutela (art. 38). Se puede declarar la incapacitación de la persona cuando ésta se encuentra en situación de falta absoluta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes (art. 32, 2º párr.). La sentencia se inscribe en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, al margen de la partida de nacimiento (art. 39). Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia, realizados con posterioridad a la inscripción de la misma en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Los anteriores a dicha inscripción, son anulables si

Tales normas son aplicables a los testamentos en cuanto no sean alteradas por la normativa especial (art. 2463).

En relación a la capacidad para testar se establece que pueden testar las personas mayores de edad al tiempo del acto (art. 2464), o sea, los mayores de dieciocho años (art. 25), salvo el menor de esa edad que se haya emancipado por matrimonio celebrado con autorización judicial (art. 27).

El art. 2467³¹ enumera los supuestos en que el testamento es nulo o, en su caso, la disposición testamentaria.

Interpretando la norma resulta que el testador puede ser una persona plenamente capaz, o con capacidad restringida sin limitación para testar fijada por el juez a la que se le puede, no obstante, anular el testamento si se demuestra que cuando lo otorgó estaba en ese momento privado de razón.

Si la persona declarada judicialmente incapaz testa después de la inscripción de la sentencia en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, el testamento es nulo (arts. 44), pero podrá declararse su validez si lo ha hecho en un intervalo lúcido suficientemente prolongado como para asegurar que la enfermedad había cesado (art. 2467 inc. d). Lo mismo ocurrirá con el testamento de una persona con capacidad restringida, a la cual el juez haya determinado que no puede testar: el testamento será igualmente válido si lo otorgó en un momento de lucidez mental.

Es anulable el testamento otorgado por una persona declarada incapaz o con capacidad restringida para testar, otorgado luego de la sentencia que así lo dispone, pero antes de su inscripción (art. 45, inc. c), pero será válido si lo otorgó en un intervalo lúcido (art. 2467, inc. d).

El último supuesto mencionado (art. 2467 inc. e), comprende tanto al mudo como al sordomudo que no saben leer ni escribir que podrán testar por escritura pública con la participación de un intérprete en el acto, con lo cual se supera la imposibilidad absoluta de testar válidamente que tienen en el régimen hasta ahora vigente.

perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumplen algunos de los siguientes extremos: a) la enfermedad mental era ostensible a la época de celebración del acto; b) quien contrató con él era de mala fe; c) el acto es a título gratuito (arts. 44 y 45).

³¹ Art. 2467 (PCC) Es nulo el testamento o, en su caso, la disposición testamentaria por c) haber sido otorgado por persona privada de la razón en el momento de testar (prueba falta de razón a cargo del impugnante). d) haber sido otorgado por persona judicialmente declarada incapaz. Puede otorgar testamento en intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos como para asegurar que la enfermedad ha cesado por entonces. e) ser el testador una persona que padece limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral y, además, no saber leer ni escribir, excepto que lo haga por escritura pública, con la participación de un intérprete en el acto.

Las personas discapacitadas —en general— pueden testar bajo ciertas condiciones. Por tal motivo, serán nulos los testamentos y disposiciones testamentarias —en general— realizadas por discapacitados que no comprendan el contenido del acto.

4.3. La aceptación de herencia por una persona incapaz o con capacidad restringida

La aceptación de la herencia por el representante legal de una persona incapaz nunca puede obligar a éste al pago de las deudas de la sucesión más allá del valor de los bienes que le sean atribuidos. Igual regla se aplica a la aceptación de la herencia por una persona con capacidad restringida, aunque haya actuado con asistencia, o por su representante legal o convencional³².

4.4. Medidas de apoyo procesales

Se tienen en cuenta las medidas de apoyo procesales necesarias en el proceso sucesorio. La partición debe ser judicial si hay copartícipes incapaces o con capacidad restringida o ausentes (art. 2371 PCC)³³.

4.5. Legítima y discapacidad

a) La legítima

El sistema de legítimas constituye un régimen de equilibrio entre el principio de solidaridad familiar y protección económica de los familiares más próximos, constituyendo un límite a la libertad de testar. Implica una restricción a la libertad de disponer de los bienes para después de la muerte³⁴.

Teniendo en cuenta los sujetos vulnerables, la flexibilización de la legítima, es un reclamo recurrente de la doctrina argentina mayoritaria³⁵.

³² Art. 2297 (PCC).

³³ Art. 2371 (PCC) - Partición judicial. La partición debe ser judicial: a) si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes; b) si terceros, fundándose en un interés legítimo, se oponen a que la partición se haga privadamente; c) si los copartícipes son plenamente capaces y no acuerdan en hacer la partición privadamente.

³⁴ Los códigos latinoamericanos de la segunda generación (Bolivia, 1976; Perú, 1984; Paraguay, 1985; Brasil, 2002), han mantenido las legítimas, e igualmente las últimas reformas producidas en Francia en 2006, las cuales, si bien han flexibilizado el régimen, no se alteraron sus ejes estructurales. Tampoco se modificaron en las legislaciones española e italiana. En general se postula el mantenimiento del sistema legitimario. Cfr.: IEVA, MARCO; "Divietto di patti successori e tutela dei legittimari", en DELLE MONACHE, STEFANO (a cura di): *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, Cedam, Padova, 2007, p. 307.

³⁵ Cfr.: Recomendaciones de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, sept/09; y de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, oct/2011. 2) El Proyecto de

Desde el punto de vista cuantitativo, las postulaciones de flexibilización y reforma del sistema de legítimas están dirigidas a disminuir el monto de las cuotas, ampliando la libertad de testar. Desde la perspectiva de la solidaridad familiar, cualitativamente, apunta a emplear las legítimas para tutelar a las personas con discapacidad.

b) La mejora del heredero con discapacidad

Siempre fue una preocupación dentro del ámbito familiar asegurar el futuro de las personas con discapacidad ante la muerte de las personas que proveían a su sostenimiento. Las restricciones a la libre disposición —legítima— constituyen una clara barrera para el logro de ese objetivo.

En su aspecto cuantitativo el Proyecto propone la reducción del monto de las cuotas legitimarias: para los descendientes es de $2/3$; la de los ascendientes $1/2$, igual que el cónyuge (art. 2445). La porción disponible, por lo tanto, es de un $1/3$ en caso de concurrir descendientes, y de $1/2$ si concurren ascendientes o cónyuge.

Desde una proyección cualitativa el art. 2448 del Proyecto posibilita la mejora con $2/3$ de la herencia a favor del heredero con discapacidad³⁶. Según el precepto “*el causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio (1/3) de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad*”. De acuerdo con la norma, en este supuesto el resto de los herederos forzosos gozarían del tercio restante de la herencia.

Esta propuesta, que se reafirma en el art. 2493 relativo al fideicomiso testamentario, consagra una excepción a la inviolabilidad de la legítima (art. 2447) que se funda en el principio de solidaridad y resulta muy positiva a la hora de asegurar el futuro de las personas con discapacidad ante la muerte de quien proveía a sus necesidades.

1998, proponía la reducción de las cuotas de legítimas (art. 2395: descendientes de $4/5$ a $2/3$; y ascendientes de $2/3$ a la mitad), y además estableció en el art. 2397 que el testador puede constituir fideicomisos sobre bienes determinados aún cuando excedan de la porción disponible, por actos entre vivos o por testamento, del cual sean beneficiarios sus herederos incapaces, el que puede durar hasta que cese la incapacidad.

³⁶ Art. 2448: “El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio ($1/3$) de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. Tutela de las personas discapacitadas y el testamento”.

c) Modo de realizar la mejora

La mejora estricta puede ser realizada por cualquier medio, además del supuesto del fideicomiso especialmente contemplado por la norma.

La mejora procedería, por ejemplo, a través de un legado de bienes determinados (art. 2498) o de alimentos (art. 2509), de la cuota de mejora específicamente contemplada (1/3 de la legítima), determinando el goce de uso (art. 2154), usufructo (art. 2129) o habitación (art. 2158) de ciertos bienes, la indivisión forzosa de un bien (art. 2330) y cualquier otro beneficio que, limitado a la cuota que establece la norma, permita plasmar la voluntad del causante con el alcance tuitivo de aquélla.

d) Limitación a ascendientes y descendientes

Se permite que el causante mejore a su heredero ascendiente o descendiente, pero no se contempla al cónyuge. Respecto a éste podría acudirse a medidas de protección relativas al hogar conyugal, al derecho de habitación, entre otros.

La norma no es aplicable a otros órdenes parentales u otras personas con discapacidad que pudieran estar a cargo del causante.

e) Alcance del término “discapacidad”

En cuanto al término “discapacidad” empleado, la norma aclara que entiende por tal a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

Se contempla así una protección abarcativa que guarda armonía con: a) la CDPD³⁷; y b) con la ley 26.657 sobre salud mental³⁸.

El criterio objetivo para determinar la discapacidad viene impuesto por la decisión del causante, sea a través de un testamento válido o fideicomiso, no requiriendo acreditación de grado de discapacidad de ninguna índole, hecho que puede acarrear situaciones que generen cierta litigiosidad.

³⁷ En Argentina se plasma en la Ley 26.378, donde se establece que las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

³⁸ La ley 26.657 sobre salud mental conceptualiza a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona.

Se requiere que el o los beneficiarios se hallen afectados por cualquier tipo de discapacidad en tanto que ésta les produzca “desventajas considerables” en la faz familiar, social, educacional o laboral. Dispone la norma que tal discapacidad puede ser permanente o prolongada. La ley no exige el dictado de una acreditación judicial de la discapacidad, tampoco fija porcentuales mínimos en tales padecimientos.

El legitimario afectado, por vía de la acción pertinente, podrá requerir al juez del sucesorio la potestad de determinar la razonabilidad del beneficio en función del principio de inviolabilidad imperante en la materia (art. 2447)³⁹. No se ha previsto acción alguna para el supuesto donde el causante realice una mejora inspirada en la discapacidad del heredero, y el heredero goza de buena salud, o no llega a quedar inmerso en el concepto de discapacidad. Se entiende que los restantes legitimarios podrán hacerlo a través de las acciones de reducción y complemento contempladas. Tampoco se prevé el destino de los bienes que integran la mejora en caso de superarse la discapacidad.

f) Constitución de fideicomiso a favor de las personas con discapacidad

Se mantiene el principio de intangibilidad de la legítima, esto es, que el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas, y si lo hace se tendrán por no escritas (art. 2447). En el art. 2448 autoriza una excepción a dicho principio: será válido el fideicomiso testamentario aún cuando el testador, para formararlo, le haya destinado bienes cuyo valor exceda el límite de la porción disponible, cuando ese fideicomiso se constituya en beneficio de un heredero forzoso con discapacidad, para mejorar su derecho hereditario.

En materia de fideicomiso⁴⁰ se establece que también puede constituirse por testamento y este contrato podrá utilizarse para exteriorizar la mejora a favor del heredero con discapacidad (art. 2493)⁴¹.

³⁹ AMARANTE, ANTONIO ARMANDO; “Comentarios respecto de la legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, *DFyP* 2012 (noviembre), 01/11/2012, 165.

⁴⁰ Cfr.: FERRER, FRANCISCO A. M., “El fideicomiso testamentario y la flexibilización del derecho sucesorio”, *J.A.* 1999-III-1038, y *Fideicomiso testamentario y derecho sucesorio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 198 y ss. COBACHO GOMEZ, JOSÉ A., “La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado”, en REBOLLEDO VARELA, ANGEL LUIS (coordinador): *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 359, y ss. MONJE BALMASEDA, OSCAR; *Mecanismos sucesorios en la protección de los discapacitados y/o incapacitados: el recurso a las sustituciones Testamentarias*. Dykinson, Madrid, 2010, p. 527 y ss. MEDINA, GRACIELA - MADERNA ETCHEGARAY, HORACIO, “El fideicomiso testamentario en el Código Civil y en el Proyecto de Código Civil de 1998”, *JA* 1999-III-1066.

⁴¹ Art. 2493 (PCC): “El testador puede disponer un fideicomiso testamentario sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o

g) Colación y discapacidad

Se establece que los descendientes y el cónyuge supérstite están obligados a colacionar. También deben colacionar los beneficios recibidos a consecuencia de convenciones hechas con el difunto que tuvieron por objeto procurarles las ventajas particulares, excepto dispensa y la mejora dispuesta para el heredero con capacidad restringida.

4.6. Falta de regulación de los alimentos *post mortem*

En materia alimentaria —en Argentina—, según la teoría tradicional, la deuda por alimentos tiene carácter personalísimo, *intuitu personae* y, por ende, resulta intransmisible por causa de muerte del obligado. No obstante, se observa que estos principios doctrinarios van siendo dejados de lado y es así como la institución alimentaria va adquiriendo características novedosas que se apartan de los principios tradicionales. Esto es lo que sucede con los alimentos familiares *post mortem* que aparecen en leyes de numerosos países, en algunas sustituyendo a la legítima y en otras complementándola ⁴².

El derecho de esta manera trata de resguardar el interés familiar proyectando las obligaciones que se fundamentan en la solidaridad familiar para después de la muerte de alguno de sus miembros. Sin embargo, esta interesante veta de protección a las personas con discapacidad no ha sido incluida en el PCC⁴³.

4.7. Protección específica para la vivienda de los discapacitados

La casa vivienda aparece como un tema central para el discapacitado, pues la discapacidad trasciende en la dificultad para ingresar al mercado laboral. Si bien es cierto que en algunos casos de hecho se le permite continuar habitando el inmueble, en otros, los más frecuentes, no ocurre lo mismo.

legatario fiduciario conforme a los recaudos establecidos en la Sección 8va., Cap. 30, Título IV del Libro Tercero. La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso previsto en el art. 2448”.

⁴² Entre las regulaciones que consagran la intransmisibilidad de los alimentos por causa de muerte e instituyen la legítima hereditaria, podemos mencionar: el Código Civil argentino, que no admite la transmisión por actos entre vivos o muerte del acreedor o deudor de los alimentos; la legislación de Bolivia (art. 26, Código de Familia), y la de Paraguay (art. 263, Código Civil), entre otros. Consagran la obligación de proveer alimentos después de la muerte del causante, entre otras, los Códigos Civiles de: Québec (arts. 684 a 686), Chile (art. 1167 y 1168), Colombia (arts. 1127 a 1229), Honduras (art. 1149), Nicaragua (arts. 1198 a 1200), Costa Rica (art. 595), Panamá (art. 386, Código de Familia, y 778, Código Civil), El Salvador (art. 1141, inc. 1), Guatemala (art. 936), México (art. 1368 a 1376), Uruguay (art. 871).

⁴³ Ver nota 32.

El causante puede realizar un legado de uso, habitación o usufructo al discapacitado.

Por la indivisión forzosa contemplada en el Proyecto en los arts. 2330 a 2334, no obtendría protección directa respecto a la vivienda. La solución aparecería por medio de un pacto de indivisión de los herederos, y solo hasta diez años que debe ser homologado si existen herederos incapaces o con capacidad restringida (art. 2331).

La solución debería abarcar un tratamiento prohibitivo de la partición y/o de la ejecución de la vivienda donde habita el discapacitado. Tal vez el derecho real de la habitación, vitalicio, sería la figura acorde a tal objetivo.

No obstante la regulación referida en materia sucesoria deberá tenerse presente lo estipulado en el Proyecto⁴⁴ en cuanto podrá afectarse la vivienda por acto de última voluntad o el juez de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida (art. 245).

5. Conclusiones

1. Un nuevo modelo de discapacidad

1.1. Incorporación legal

La ley 26.378, concentra en el ordenamiento argentino la CDPD, que importa la adopción de un nuevo paradigma en materia de tutela a las personas con discapacidad.

1.2. El modelo social de discapacidad

El denominado “modelo social”, obliga a los Estados, a reemplazar viejas prácticas sustitutivas de la voluntad de la persona, por otras que conllevan al respeto por la autonomía de la persona con discapacidad, y se materializan en medidas de apoyo, asistencia y asesoramiento.

2. Tutela de las personas con discapacidad en el derecho sucesorio

Se tiende a la protección de la persona con discapacidad luego de producida la muerte del causante, quien a veces representa la figura del cuidador/a y proveen su sustento.

⁴⁴ Libro I; Título III: Bienes; Capítulo 3: Viviendas, arts. 244 a 256.

2.1. Los límites

Las limitaciones al poder de disposición y las restricciones a pactos sucesorios en los sistemas sucesorios tradicionales traen como consecuencia que se vea seriamente limitada la realización de acuerdos o disposiciones testamentarias tendientes a proteger a los sujetos con discapacidad.

2.2. Las tendencias a la tutela en el derecho sucesorio comparado

Algunos países ostentan soluciones interesantes respecto a la tutela de los discapacitados en el derecho sucesorio.

La tendencia legislativa en materia sucesoria —en relación a las personas con discapacidad— apunta a la flexibilización de las restricciones de orden público y a la concreción de una protección que comprenda el derecho a alimentos y a la vivienda.

2.3. Fundamentos y alcances de la tutela

Las personas con discapacidad o con capacidad restringidas requieren de una protección especial en el derecho sucesorio que comprenda: medidas de apoyo procesales, posibilidad de mejora, alimentos *post mortem* a cargo de la sucesión cuando el discapacitado dependía económicamente del causante y no existe otro obligado a su prestación.

El sistema sucesorio debe dar respuesta al heredero con discapacidad, a través de instituciones que permitan una mejora patrimonial (mejora para el heredero con discapacidad), un sostén periódico (alimentos *post mortem*), o el derecho a continuar con el uso y goce de la vivienda única, entre otras.

3. Los cambios propuestos en el Proyecto de Código Civil Argentino (2012)

El Proyecto amplía la protección a las personas con capacidad disminuida.

Reformula todo el régimen de capacidad de las personas (arts. 22/47), que trasciende en la capacidad para testar (art. 2467 incs. c), d) y e). Amplía las causales de indignidad sucesoria, y ha introducido excepciones al principio de intangibilidad de la legítima en beneficio de las personas discapacitadas (mejora especial a favor de un heredero forzoso discapacitado, por disposición testamentaria de mejora o mediante un fideicomiso testamentario, arts. 2448 y 2493).

No contempla los alimentos *post mortem*, que podrían ser efectivos instrumentos a fin de mejorar la situación patrimonial de la persona que era sostenida por el causante.

En gran medida en el Proyecto, la tutela de la persona discapacitada depende de la previsión del causante hecha por testamento.

4. Una tutela efectiva que no solo dependa de las previsiones del causante

De acuerdo al compromiso estatal que emana de la CDPD el derecho sucesorio argentino debe prever una protección especial para las personas con discapacidad, a fin de garantizar los derechos de los discapacitados, su bienestar, asistencia e integración.

Las normas que tutelan los derechos de las personas con discapacidad no sólo deben depender de la previsión del causante. Se deben implementar vías legales que protejan a las personas con discapacidad cuando quien proveía a su sustento no lo ha previsto en vida o por testamento.

Bibliografía

AMARANTE, ANTONIO ARMANDO; "Comentarios respecto de la legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial" En *DFyP* 2012 (noviembre), 01/11/2012, 165.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, RODRIGO, *La Protección Patrimonial de las personas con discapacidad*, BIB 2003\1448, Aranzadi Civil-Mercantil n° 16/2003 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2003.

COBACHO GOMEZ, JOSÉ A., "La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado", en REBOLLEDO VARELA, ANGEL LUIS (coordinador): *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 359, y ss.

CÓRDOBA, MARCOS M., "Las reformas en materia de sucesiones", en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Abeledo Perrot, Bs. As., 2012, p. 1105. "Derecho sucesorio. Normas jurídicas que atiendan a los discapacitados" LL 28/03/2011, 1.

FERRER, FRANCISCO A. M., "El fideicomiso testamentario y la flexibilización del derecho sucesorio", J.A. 1999-III-1038, y *Fideicomiso testamentario y derecho sucesorio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 198 y ss. "Discapacidad y derecho sucesorio en el Proyecto de Código", *LA LEY* 25/10/2012, 25/10/2012, 1.

GALLEGO PERAGÓN, JOSÉ MANUEL, "La discapacidad: jurídicamente un concepto encrucijada", *BIB* 2011\77, Publicación: Quincena Fiscal Aranzadi n° 3/2011 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011.

IEVA, MARCO; "Divietto di patti successori e tutela dei legitimari", en DELLE MONACHE, STEFANO (a cura di): *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, Cedam, Padova, 2007, p. 307.

JARA ANDREU, ANTONIO, "Derecho Constitucional. Estado Social, Orden Jurídico e Integración Social", en ALCAIN MARTÍNEZ, ESPERANZA, GONZÁLEZ - BADÍA FRAGA, JUAN y MOLINA FERNÁNDEZ, CARMEN (Coordinación), *Régimen Jurídico de las Personas con Discapacidad en España y en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2006.

LLOVERAS, NORA - ORLANDI, OLGA - VERPLAETSE, SUSANA, "Los alimentos frente a la colación y la reducción", Lexis Nexis JA del 17/4/02, JA 2002-II, Fasc. N° 3.

MARTÍN SANTISTEBAN, SONIA, "El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad" (RCL 2003, 2695): ¿Un acercamiento al trust?, Actualidad Jurídica Aranzadi num. 612. BIB 2004\90, n°. 612, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2004.

MEDINA, GRACIELA - MADERNA ETCHEGARAY, HORACIO, "El fideicomiso testamentario en el Código Civil y en el Proyecto de Código Civil de 1998", J.A. 1999-III-1066.

MERLO, LEANDRO MARTÍN, "La mejora estricta para los herederos con discapacidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial". En *DFyP* 2012 (julio), 01/07/2012, 253.

MILLÁN, FERNANDO; "El principio de solidaridad familiar como mejora a favor del heredero con discapacidad". En *DFyP* 2012 (julio), 01/07/2012, 245.

MONJE BALMASEDA, OSCAR; *Mecanismos sucesorios en la protección de los discapacitados y/o incapacitados: el recurso a las sustituciones testamentarias*. Dykinson, Madrid, 2010, p. 527 y ss.

ORLANDI, OLGA; ORLANDI, OLGA E.; *La Legítima y sus Modos de Protección*. Ed. Abeledo Perrot. 2010; "Tendencia hacia la autonomía en el derecho sucesorio del siglo XXI, en *Revista Derecho de Familia*, N°. 53, marzo de 2012, Directoras: CECILIA P. GROSMAN, AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, NORA LLOVERAS, Ed. Abeledo Perrot, pág. 5 y ss. "¿Debe legitimarse el sistema sucesorio que consagra la legítima?" JA 2006-III-1034 - Lexis N° 0003/012725.

PALACIOS, AGUSTINA; *El modelo social de Discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI, Ediciones Cinca, Madrid.

PEREZ GALLARDO; LEONARDO B.; "Legítima y discapacidad. Los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial"; en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Año 3, Número 3, (abril) 2011, p. 163.

SALOMÓN, MARCELO; *Legítima hereditaria y Constitución Nacional*, Ed. Alveroni, Córdoba 2011. "Derecho Sucesorio y legítima hereditaria: propuestas para su reformulación desde la Constitución Nacional", en *Revista Derecho de Familia*, Nro. 53, marzo 2012, Directoras: Cecilia P. Grosman, Aída Kemelmajer de Carlucci, Nora Lloveras, Ed. Abeledo Perrot, p. 54.



LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO ARGENTINO[†]

*María Agustina Otaola**

Resumen: Desde el año 2008 en el cual se incorporaron los daños punitivos a la Ley de Defensa del Consumidor, la jurisprudencia muestra una importante cantidad de pronunciamientos dictados en casos individuales que evidencian criterios disímiles para la aplicación de esta figura. Ello no se vincula con la mera cuestión de modificar el monto de los daños punitivos; sino con el reconocimiento del instituto en vigencia y las condiciones de admisibilidad de su aplicación. Mediante el análisis de una sentencia que condena al pago de esta multa civil, se pretende identificar los obstáculos que impiden alcanzar una práctica generalizada en esta materia.

Palabras claves: Daños punitivos- jurisprudencia- interpretación.

I. Introducción

Dado el origen foráneo del instituto de los daños punitivos y su estado de impreciso ámbito de determinación dentro del derecho argentino, su aplicación a casos individuales se desarrolla en un ámbito de absoluta incertidumbre. Por ello, no resulta posible formular predicciones a su respecto o de otro modo, si corresponde o no aplicar a un caso concreto este tipo de multa civil.

Se podría decir que uno de los mayores problemas para la vigencia de esta novedosa propuesta reside en la ausencia de una “práctica generalizada” y como consecuencia de ello, la carencia de acuerdo al respecto.

Si bien la norma que acoge, dentro de nuestro derecho, los denominados daños punitivos parece ser clara en cuanto al presupuesto fáctico que es su condición de aplicación; la doctrina mayoritaria concluye que la

[†] Recibido el 29/05/2013, Aprobado el 03/07/2013.

* Abogada. Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Maestranda en Derecho y Argumentación jurídica (UNC). Becaria de postgrado en CONICET. Adscripta de derecho privado II y derecho privado VII en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Asistente en investigación en el proyecto de investigación dirigido por el Dr. Ernesto Abril en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho (UNC). E-mail: abagustinaotaola@gmail.com. agus_otaola@hotmail.com.

finalidad punitiva o sancionatoria establecida en este nuevo instituto exige la efectiva presencia de una conducta dolosa o gravemente culposa¹.

El artículo 52 bis de la ley 24.240 establece que si se produce un incumplimiento del proveedor de bienes y servicios respecto de las obligaciones legales o contractuales que asuma, a instancia del damnificado, el juez *podrá* aplicar esta multa civil. La simple lectura de la norma indica que el presupuesto fáctico que habilita al juez a aplicar las consecuencias de la institución en cuestión, es la presencia de un incumplimiento de la obligación legal o contractual asumida. Sin embargo, esa sola circunstancia no es determinante para que se aplique una sanción de orden civil, que excede la indemnización del daño causado y cuyo monto parece quedar librado a la discreción del juez en la medida que esa norma sólo prevé un tope máximo de cinco millones de pesos (\$ 5.000.000)².

El término “podrá” conforme a la literalidad del texto de ese dispositivo, implica que se encuentra en la órbita del juez interviniente decidir, en forma discrecional, si aplica o no esa multa ante la acreditada existencia de un incumplimiento legal o contractual. Se trataría, en la terminología que usa Caracciolo, de un supuesto de discreción “D2”, en tanto el juez que interviene posee la facultad de elegir entre diversas alternativas posibles previstas de antemano en términos generales³. Sin embargo, esa discrecionalidad es amplia en el sentido que la norma en cuestión no proporciona un claro elemento empírico que sirva de referencia.

Como corolario de las cuestiones expuestas, la inmensa mayoría de los casos en los cuales se requirió al juez interviniente la imposición de daños punitivos, engastan en la categoría de *casos difíciles* donde, en definitiva, se hace efectiva una estrecha relación esencial entre el derecho y la

¹ No obstante, MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ (“Indemnización punitiva” en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Lexis Nexis, Bs. As. 1997) y JORGE MOSSET ITURRASPE (“El daño punitivo y la interpretación económica del Derecho” en *Revista de Derecho de Daños*, 2011-2, Rubinzal Culzoni, pág. 158) concluyen que es suficiente que exista una conducta que pueda calificarse como “objetivamente reproachable”.

² Art. 52 Bis. *Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento, responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.*

³ CARACCILO, RICARDO, “Paradigmas de decisión judicial”, *inédito*, texto de estudio de la Maestría en Derecho y Argumentación Jurídica (4º cohorte) de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, octubre de 2012.

moral y, asimismo, entre derecho y sociedad⁴, del cual debe surgir algún criterio que oriente al juez en su decisión, ya que la norma que contempla los daños punitivos no proporciona un criterio certero para arribar a una respuesta correcta.

II. Un escenario de desencuentros

En primera instancia, dentro del fallo en los autos: “Teijeiro c/ Cervecería y Maltería Quilmes”⁵, en concepto de daños punitivos se concedió la suma de dos millones de pesos (\$ 2.000.000,00). Sin embargo, en la segunda instancia, los miembros de la Cámara dejaron sin efecto la condena por daños punitivos en tanto entendieron que para justificar la imposición de esa multa civil, conforme se desprende de la literalidad del art. 52 bis L.D.C., no son suficientes las circunstancias que los faculta a atribuir, con criterio objetivo, responsabilidad al proveedor en su calidad de tal. Que para ello, resultaba necesaria la adicional existencia de un grave reproche subjetivo para justificar la adopción de esa medida *excepcional* destinada a disuadir al que provocó el daño de las consecuencias que generó el ilícito e intentar de ese modo, evitar su futura repetición.

En primera instancia, la sentencia dictada para los autos: “R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.”, rechazó el rubro daño punitivo e invocó para ello, su carácter excepcional así como la inexistencia de elementos probatorios de mala fe o intención de dañar por parte de la demandada. Sin embargo, la Cámara que intervino en alzada concedió la suma de pesos quince mil (\$ 15.000), en concepto de daños punitivos y fundamentó esa decisión en la corroboración de que efectivamente existían datos inequívocos, extraídos de la causa, que acreditaban un proceder abusivo de la demandada y una notoria falta de atención a numerosas gestiones realizadas por el consumidor.

Asimismo, por tener en cuenta la manifiesta negligencia e inoperatividad de la reprochada para aplicar esa multa civil⁶, se juzgó cumplido el elemento subjetivo que también requiere la norma del 52 bis L.D.C. y la doctrina establecida a su respecto.

⁴ AULIS AARNIO, citado por SASTRE ARIZA, SANTIAGO, “Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos, Universidad de Castilla- La Mancha”, [en línea] <http://helvia.uco.es> [Consulta: 12 de Diciembre de 2012].

⁵ “Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Materia Quilmes S.A.I.C.A Y G- abreviado - otros”, (Juzgado de primera instancia y 5ª nominación Civil y Comercial), Sentencia numero 97 Córdoba, 23/03/11.

⁶ “R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.” (CNCOM - SALA F) - 10/05/2012, elDial AA769F.

A su vez, un reciente fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, dejó sin efecto la condena por daños punitivos dispuesta en primera instancia y brindó como fundamento de ello, que en la causa no se advertía que la suspensión de un recital obedeciera a un accionar doloso, tendiente a obtener un mayor rédito económico⁷.

Desde el año 2008 en el cual se incorporó la figura de los daños punitivos a la Ley de Defensa del Consumidor, la jurisprudencia muestra una importante cantidad de pronunciamientos dictados en casos individuales que revelan este antagonismo en diversas instancias. Nada de ello se vincula con la mera cuestión de modificar el monto de los daños punitivos; sino con el reconocimiento del instituto en vigencia y las condiciones de admisibilidad de su aplicación.

De las sentencias que fueron materia de estudio es posible colegir que existe cierto consenso en la necesidad de un factor subjetivo para atribuir responsabilidad por daños punitivos. Sin embargo, existen profundos desacuerdos respecto de la determinación de cuáles son las conductas que revelan ese ánimo doloso o gravemente culposos.

i. El fallo “L.N.R. c/ Laboratorios Phoenix S.A.I.C.F. y otros s/ daños y perjuicios”⁸

Me referiré a los argumentos empleados en esta sentencia con respecto a la aplicación de los daños punitivos con el objeto de identificar dónde reside el núcleo de los conflictos en esta materia y cuales, las circunstancias que no permiten alcanzar una práctica generalizada y jurídicamente segura en la atribución de esta multa civil.

ii. La cuestión fáctica

La persona que inicia la demanda fue tratada con un producto medicinal denominado “Megalex” que recetó un gastroenterólogo y no contenía en su prospecto adjunto, contraindicaciones que le produjeron problemas ginecológicos, hinchazón generalizada, alteración en la visión y mareos. El medicamento se comercializaba con dos prospectos que diferían sustancialmente, uno de los cuales no mencionaba la reacción adversa

⁷ “Bastianelli, María Constanza C/ Ticketek Argentina S.A. y Otro - Ordinarios - Otros - Recurso de Apelación” - (Cámara Sexta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba) 21/02/2013, elDial AA7CED.

⁸ “L., N. R. c/ Laboratorios Phoenix S.A.I.C.F. y Otros s/ daños y perjuicios” - (CNCIV - SALA G) 25/09/2012, elDial AA79F9.

aludida. La actora ingirió el medicamento con dicho prospecto carente de información veraz y completa que le causó efectos adversos y afirmó que, de haberse consignado en el prospecto la contraindicación de “prolactinoma”, no lo habría ingerido.

Desde el año 2003, la “ANMAT” había admitido el cambio del indicativo con la advertencia que omitió consignar; no obstante lo cual, aún durante la substanciación del pleito se siguió comercializando el medicamento con dos prospectos, colocando de tal manera en el mercado un producto deficiente y con falta de información veraz y completa.

La demandada indica que con anterioridad a la pretensión, solicitó y obtuvo del ente correspondiente, la autorización para comercializar el medicamento con el nuevo prospecto que sí advertía dicha contraindicación. Por tal motivo, negó su responsabilidad en los hechos, la que en todo caso —sostuvo— debe recaer en el galeno que recetó dicho medicamento, que no fue demandado en la causa.

El juez de primera instancia admitió parcialmente el reclamo actuarial, por considerar que la prueba que meritó demuestra la imputabilidad objetiva de los emplazados (el laboratorio y su director médico) en orden a las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor, por incumplimiento de la obligación de informar. No se hizo lugar al reclamo por daños punitivos. A ninguna de las partes satisfizo el pronunciamiento, motivo por el cual apelaron el fallo de primera instancia.

iii. Las Premisas Normativas

La única norma que consagra los daños punitivos en el derecho argentino se desprende del tenor literal del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor. Por lo tanto, ésta es la norma que se invoca en esta sentencia, a la que me referiré en adelante como N1.

N1 establece que ante el incumplimiento del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales, el juez podrá ordenar el pago de daños punitivos a instancia del consumidor y a su favor. La palabra *podrá* se interpreta en la doctrina mayoritaria como una facultad del juez que se encuentra sujeta a la comprobación, dentro del caso individual, de un especial ánimo doloso o gravemente culposo o bien, de la existencia de un ánimo lucrativo que justifique la imposición de esta sanción.

El juez de primera instancia entendió que el supuesto particular que se sometió a su decisión no es un hecho subsumible en N1 y por ello, concluyó que en este caso individual no correspondía aplicar daños punitivos.

Ante el recurso de apelación interpuesto, la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil entendió que el mismo caso, constituía

un supuesto subsumible en N1 y por ello, condenaron a los co-demandados a abonar la suma de pesos cien mil (\$100.000), en concepto de daños punitivos.

iv. Los Argumentos de la Cámara. Algunas consideraciones necesarias

Se enumeran, en primer término, un conjunto de actitudes de los co-demandados que, en palabras del tribunal interviniente “*convencen de la aplicación del artículo 52 bis de la ley 24.240*”. Tales actitudes son: la continuación de la venta del producto con el prospecto que no alertaba respecto de las contraindicaciones (aún luego de haberse aprobado el nuevo indicativo con tal advertencia); la omisión por parte de los responsables frente a la evidencia derivada de la existencia de un específico intercambio epistolar; la mediación frustrada y su hipotético daño a la salud pública; y por último, el fácil recurso de retirar aquellos fármacos de información retaceada, cuestión que omitieron realizar.

Considero que estas actitudes de los sindicatos responsables pueden ser idóneas para subsumir el caso concreto en N1. Sin embargo, su simple enumeración no parece apta para poner en evidencia su justificación.

Como lo expresé, si bien la norma en cuestión establece como presupuesto el incumplimiento de obligaciones legales o contractuales, establece al mismo tiempo que el juez *podrá* aplicar dicha sanción. La discrecionalidad que la norma otorga al juez para decidir si aplica o no la multa, fue precisada por la doctrina que —atento la naturaleza punitiva de la figura— determinó los supuestos que la tornan procedente. Estas condiciones están siendo adoptadas por la jurisprudencia argentina, aunque nuestra experiencia en la materia recién se está gestando, y son las siguientes:

- a) Ánimo lucrativo: consistente en el cálculo especulativo que realiza el productor de bienes y servicios que se patentiza en no adoptar medidas de prevención con el único objeto de abaratar los costos del producto. En el fallo que se analiza, la omisión de retirar el producto del mercado, evidencia un ánimo lucrativo, pero los jueces no destacan esta cuestión;
- b) Manifiesto desinterés por los derechos ajenos que, en este caso particular, surge del caso omiso por parte de los responsables ante la evidencia derivada de la prueba de la existencia de un intercambio epistolar, y la mediación frustrada;
- c) Grave indiferencia por la alteración de los derechos de incidencia colectiva, en este caso, el hipotético daño a la salud pública

que implica la venta de un producto sin indicar correctamente sus contraindicaciones;

- d) Reiteración de la conducta dañosa: la continuación de la venta del producto con el prospecto incompleto e inadecuado.

Como se advierte, el supuesto particular según estimo, es subsu- mible en NI, pero es relevante destacar que en la sentencia no se manifies- ta esa relación de justificación y por lo tanto, estaríamos en presencia de una sentencia “injustificada” como acto (decisión-acto)⁹.

Para justificar la procedencia de este rubro solo se enumeran las circunstancias fácticas que llevan al juez a la convicción de que procede la aplicación de los daños punitivos. Esas circunstancias, que podrían pa- tentizar el incumplimiento de más de una obligación legal o contractual, y que, además, estimo hacen procedente la condena en cuestión, no resul- tan destacadas en la sentencia que dicta la Cámara. Así, por ejemplo, de la lectura de la sentencia se desprende que se probó el incumplimiento del deber de informar con veracidad todas las condiciones del producto que se coloca en el mercado, del deber de adoptar las medidas de seguridad necesarias para asegurar la salud del consumidor, etc. Tales importantes circunstancias no son explicitadas al tiempo de justificar la imposición de la condena. Tampoco se menciona la existencia de una conducta subjetiva agravada que puede derivarse de las circunstancias del caso y que justifi- quen tal decisión.

No obstante la ausencia de justificación, creo que hay otro punto que se debe tener muy presente en esta materia: los daños punitivos fue- ron incorporados a la ley de protección del consumidor, en la que existe un fuerte garantismo hacia los derechos de este último; se evoca constan- temente el principio “in dubio pro consumidor”, producto de una historia signada por los abusos de la parte más poderosa de estas relaciones, que normalmente es el proveedor.

La historia ha dado cuenta de reiterados abusos hacia el consu- midor y de actitudes lucrativas en detrimento de los mismos; a veces con micro lesiones, otras veces con daños graves; pero siempre como conse- cuencia de abusar del derecho al libre ejercicio del comercio. Todo esto culmina en una legislación fuertemente proteccionista, a tal punto que tie- ne capacidad para inclinar la balanza hacia el lado contrario: abusos por parte de los consumidores que se patentizan en exorbitantes reclamos a la justicia.

⁹ Por decisión-acto aludo al *acto del juez que consiste en la elección de una definida solución que pone fin a la controversia*, conforme la clasificación efectuada por el Dr. Caracciolo. Ver: CARACCILO, RICARDO, op. cit.

En la sentencia que se analiza, estimo que este principio se encontró implícito en el proceso de justificación interna. Con razón se dijo que una sentencia arbitraria es aquella en la que no hay razón, o hay una razón pero ésta no se muestra.

Si se acepta el argumento de Dworkin según el cual la indeterminación del derecho se elimina una vez que se advierte que las respuestas jurídicamente correctas que permiten alcanzar el ideal de legalidad, no se constituyen de manera exclusiva por las normas o reglas generales, sino que el derecho tiene que ser comprendido como una reserva de razones incorporada a los estándares llamados “principios” que dirigen las decisiones de los jueces hacia la alternativa correcta¹⁰; entonces debemos admitir que es plausible e incluso necesario acudir al “principio in dubio pro consumidor” cuando se trata de una controversia que se enmarca en los lindes de la Ley de Defensa del consumidor, como aquí es el caso. Sin embargo, este principio debe funcionar como una garantía epistemológica en el sentido de que si no se prueban los hechos más allá de la duda razonable, la decisión deberá inclinar la balanza a favor del consumidor. No significa de ninguna manera liviandad en las exigencias probatorias; debe haber una fijación de los hechos que arroje como resultado cierta razonabilidad que lleve a la convicción del juez a inclinar la balanza a favor del mismo.

En relación a la evaluación de la premisa fáctica, en este supuesto particular del derecho civil, sugiero que estaría justificado apartarse de la denominada “verdad formal” para propiciar un análisis cognoscitivist, que nos permita lograr una mejor aproximación a lo que realmente aconteció, en función de la naturaleza sancionatoria de los daños punitivos. El paradigma cognoscitivist plantea una exigencia para el derecho sustantivo: evitar, en la medida posible, la presencia de juicios de valor en el supuesto de hecho de las normas, procurando que las notas que lo configuran tengan un referente empírico claro. Interpreto esta directriz, no como una interdicción al legislador de incorporar juicios de valor en las normas, sino como una exigencia de incorporar referentes empíricos bien determinados, a fin de eliminar la discreción judicial en la mayor medida posible; para que la sentencia constituya una derivación razonada del derecho vigente conforme las circunstancias del caso.

También es fundamental en este punto, subrayar la dificultad que se presenta para probar la existencia de estados anímicos o subjetividades diversas.

Las cuestiones con las que se puede llegar a configurar el supuesto de hecho legal pueden ser de tres tipos: hechos externos, hechos internos

¹⁰ CARACCILO, op. cit.

o psicológicos y conceptos que han de ser reemplazados en su contenido por el propio juez. Los hechos psicológicos pueden demostrar la existencia de motivos, intenciones o finalidades de una conducta o bien, el conocimiento del hecho por parte de alguien. Como bien dice Gascón Abellán *“que los hechos psicológicos sean internos o no observables no significa que no sean auténticos hechos, y, por tanto, comprobables mediante juicios descriptivos”*¹¹. Estos juicios descriptivos se refieren —en la mayoría de los casos— a conductas externas y por lo tanto, al ser verificables por los sentidos, permiten con mayor probabilidad de certeza, la existencia de tales estados internos.

Con respecto a la norma particular que expresa la solución (decisión-norma): el caso es subsumible en N1; creo que efectivamente el supuesto que se plantea constituye un caso particular de caso genérico previsto por N1. El acto del juez que consiste en la elección de una definida solución que pone fin a la controversia¹², satisface aquí el criterio de *legalidad sustantiva o material*, ya que su contenido (en cuanto a la aplicación del daño punitivo) se infiere de una norma general que pertenece al derecho vigente, que es el art. 52 Bis de la ley 24.240. No obstante todas las dificultades apuntadas con respecto a la deficiente redacción de la norma, y sus problemas de interpretación, considero que en este punto asiste razón al pronunciamiento dictado.

Con respecto a la justificación externa, la sentencia en cuestión es susceptible de crítica tanto en relación a sus premisas normativas como a las fácticas. En orden a la premisa normativa, las objeciones se dirigen a las condiciones de aplicabilidad de N1 y su consecuente interpretación, conforme lo apunté precedentemente, es decir, su defectuosa redacción y la posibilidad de elegir con discreción por parte del juez entre aplicarla o no, sin proporcionar parámetro alguno.

Finalmente, entiendo que un buen argumento para defender la decisión-norma que se establece en la sentencia, es el teleológico. Conforme al mismo, está justificado otorgar a los enunciados legales un significado que permita, en mejor forma, alcanzar el fin que se tuvo en miras al momento de receptor los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor. Por su parte, la punición misma se justifica por la existencia de una conducta subjetivamente reprochable. Por lo tanto, a la interpretación textual de la norma (que el incumplimiento de obligaciones legales o contractuales habilite la imposición de daños punitivos) debe ser complementada con una consideración a los fines que pretende lograr la figura punitiva.

¹¹ GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2da edición, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales S.A., Madrid 2004, págs. 76 a 78.

¹² CARACCILO, op. cit., p. 1.

Creo que ello se encuentra de modo implícito en el razonamiento del juzgador, al enumerar las actitudes de los co-demandados que forman su convicción en la aplicación de la multa, pero tal enumeración por sí sola no permite justificar la decisión. Es imperativo realizar una correcta motivación de la sentencia, con mayor razón, al tratarse de un instrumento “punitivo”, como su nombre lo indica¹³, cuya aplicación injustificada e irrestricta puede acarrear un grave menoscabo en el patrimonio del demandado.

III. La interpretación teleológica en la aplicación de los daños punitivos

Grocio supo afirmar que si el tenor literal no es suficiente para interpretar una norma, corresponde recurrir a conjeturas y de ellas, destaca como más importante aquellas que se fundan en la *ratio legis* o motivo de la ley¹⁴.

Como se advierte, el tenor literal del art. 52 bis no es suficientemente preciso para determinar un criterio uniforme en la efectiva aplicación de los daños punitivos. De allí, la necesidad de investigar cuál fue el motivo práctico que determinó la incorporación de la institución jurídica que analizamos.

Los daños punitivos hacen posible, de algún modo, disuadir a los sujetos de realizar conductas ilícitas, al causar temor ante la sanción que acarrea. Por ello, un adecuado régimen de sanciones tornaría posible la prevención general mediante disuasión. Si ello no es posible —casos en que la sanción es efectivamente aplicada— corresponderá concretar la punición respectiva. Por lo tanto, en esta institución, se combinan las funciones de prevención y sanción.

En este sentido, Zavala de González sostiene que la indemnización punitiva satisface una triple función: a) Sancionar al dañador, b) Prevenir sucesos lesivos similares y c) Eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa¹⁵; y con razón, la jurista afirma que *“la ausencia del aspecto sancionatorio marca otra falencia que conspira contra la prevención”*¹⁶.

¹³ Aunque los daños punitivos también permiten la prevención por el temor que acarrea la sanción; creo que la figura tiene fines esencialmente sancionatorios.

¹⁴ CALVO GARCÍA, M., *Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica*. Madrid, Tecnos, 1994, págs. 46- 49.

¹⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ MATILDE, *Actuaciones por daños*, ed. Hammurabi, 1º ed. Buenos Aires, 2004, págs. 330 y 331.

¹⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ MATILDE, *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños*, Tº 4, Ed. Hammurabi, 1999, pág. 573.

Estos fines que se predicán de esta institución jurídica punitiva, encuentran fundamento en una particular noción de justicia que preciso poner de manifiesto a fin de esclarecer algunos aspectos de los daños punitivos.

Dos nociones de justicia me parecen adecuadas para justificar la imposición de los mismos: la *concepción anuladora de la justicia correctiva* de Jules Coleman y la noción de *justicia retributiva*.

Coleman propone una concepción original de justicia correctiva, que resulta de la conjunción del principio del enriquecimiento ilícito y el correlativo empobrecimiento que el ilícito en cuestión provoca. Este tipo de justicia requiere la anulación de las ventajas y las pérdidas injustamente percibidas y sufridas, respectivamente¹⁷. Esta noción se corresponde con la idea de Pizarro de obtener un “pleno desmantelamiento de los ilícitos”¹⁸ mediante la imposición de esta multa civil. De tal modo, el agente que actúa a sabiendas de la previsible causación de un daño; y que pudiendo *razonablemente* adoptar medidas de prevención, no las adopta con el propósito de procurarse una ganancia mayor; se enriquece injustamente a expensas del daño causado a la víctima. Cuando la indemnización propiamente dicha no alcanza para volver las cosas al estado anterior, existe un enriquecimiento injusto del victimario y un empobrecimiento injusto de la víctima y es preciso *anular* esa diferencia.

Sin embargo, esta noción de justicia explica una parte pero no todo el complejo fenómeno del daño punitivo. Esta manera de entender el instituto en cuestión, no reconoce como medida de cuantificación, la suma injustamente percibida por el victimario (como sucede, por ejemplo, con el instituto del enriquecimiento sin causa). El daño punitivo es una sanción que pretende no sólo anular ese desequilibrio, sino también castigar a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos ajenos.

Otro inconveniente que presenta la noción propuesta por Coleman es el siguiente: la concepción anuladora correlaciona pérdidas con ganancias, “pero no correlaciona a aquel que obtiene una ganancia injusta precisa y únicamente con aquel que sufre una pérdida ilegítima”, ya que es compatible con la idea de que alguien distinto de quien causó el daño lo pague a quien lo sufrió. Es por ello que luego, Coleman propuso una concepción *mixta* de la justicia correctiva en virtud de la cual esta concepción anuladora se complementa con una concepción *relacional*¹⁹ y con ello, de-

¹⁷ *Ibid.*, Pág. 12.

¹⁸ PIZARRO, RAMÓN D., “Daños punitivos” en *Derecho de daños*, Segunda parte, KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA (Dir.), Parellada, Carlos A. (Coord.), Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1993, pág. 337.

¹⁹ Rosenkrantz prefiere llamar *concepción retributiva* a la *concepción relacional* de Coleman, en virtud de que concibe la obligación de compensar los daños como una respuesta a la rea-

termina que aquello que se debe anular no es el daño sino las consecuencias injustas y la acción incorrecta; y ésta (a diferencia de los daños) sólo se pueden anular (al imponer sólo a quien realizó dicha acción, la obligación de anular el enriquecimiento que ilícitamente se obtuvo).

La idea de *justicia retributiva* parece explicar aquellos puntos que la noción desarrollada soslaya. Con la noción de justicia retributiva aludo a la necesaria proporción del castigo respecto de la entidad de la falta cometida.

El principio retributivo tiene dos aspectos: “uno requiere que sea impuesta una sanción aproximadamente proporcional a la gravedad moral de la conducta. El otro prohíbe que sea impuesta una sanción fuera de proporción con la gravedad de la conducta”²⁰.

El aspecto *limitante* de la justicia retributiva, exige que la sanción impuesta no debe ser mayor de lo que está justificado por la gravedad de la conducta al ser el grado de culpa un ingrediente relevante²¹.

En una sentencia que condene al responsable a pagar daños punitivos resulta fundamental la acreditación de la existencia de aquellas conductas reveladoras de un particular ánimo de producir un injustificado daño y es eso, lo que justifica la imposición de una condena más allá del estricto daño efectivamente causado. Es en este punto donde se encuentran diferentes criterios en la jurisprudencia que no permiten alcanzar una práctica generalizada.

IV. Breve reflexión

La idea básica de la *Rule of Law* o Estado de Derecho requiere que las decisiones de los jueces en todas las controversias que se presentan a su decisión, deben estar determinadas por el derecho existente (previamente a cada decisión), y que los ciudadanos tengan la posibilidad de predecir el contenido de las decisiones en los procesos en los cuales se controvierten sus derechos y obligaciones²². Con respecto a la aplicación de los daños punitivos, se advierte una cantidad de pronunciamientos antagónicos, motivo por el cual la posibilidad de predecir el contenido de la sentencia se

lización de una acción incorrecta. Ver ROSENKRANTZ, CARLOS F. comp. *La responsabilidad extracontractual*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2005, pág. 13.

²⁰ HONORÉ, ANTHONY, “La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual: preguntas y respuestas”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 10, N° 1, Agosto 2009, pág. 101.

²¹ HONORÉ, *Ibidem*, pág. 101.

²² CARACCILO, RICARDO, “Discreción, respuesta correcta y función judicial”, incluido en *Estado de Derecho y Democracia-Un debate acerca de la rule of law*, SELA 2000, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

diluye. Esta dificultad atenta contra la seguridad jurídica, ya que las partes no saben a qué atenerse en un proceso donde se reclama esta multa civil.

Es por ello que en este trabajo se identificaron los posibles problemas que están dificultando alcanzar una práctica generalizada como paso previo y necesario a la búsqueda de soluciones concretas. Del análisis efectuado surge como principal obstáculo la discreción que concede al juez la norma que recepta el instituto y los consecuentes problemas de interpretación que ello implica. Como es sabido, “a mayor discreción otorgada a los jueces, menor posibilidad de anticipar el contenido de sus decisiones y, por consiguiente, menor satisfacción del ideal político de la *Rule of law*”²³.

Finalmente, si bien el Proyecto de Código Civil y Comercial prevé la figura punitiva bajo el nombre “sanción pecuniaria disuasiva”, en el art. 1714 para castigar a quien actúa con *grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva*²⁴, la fórmula a simple vista, no parece eliminar los problemas de vaguedad que obstaculizan arribar a una respuesta correcta. En tal sentido, no se entiende cuánto menosprecio es necesario para considerarlo grave, y la misma fórmula “menosprecio” no es clara.

Asimismo, prevé la modificación de la actual norma 52 bis de la Ley 24.240, quedando la misma como una reproducción casi textual del artículo 1714, pero se aplica exclusivamente para proteger los derechos de consumidores, exigiendo una conducta agravada: el grave menosprecio hacia los derechos del consumidor y se prevé que el juez determine prudencialmente el destino de la condena, a diferencia del actual artículo que es exclusivamente a favor del consumidor²⁵. Los problemas que se apuntaron a

²³ CARACCILO, *Ibidem*, pág.69.

²⁴ *Proyecto de Código Civil y Comercial*, 1ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 2012, Art. 1714. *Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.*

²⁵ *Proyecto de Código Civil y Comercial*, 1ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 2012, Art. 52 bis. *Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho, provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.*

lo largo de este trabajo, también estuvieron latentes en el razonamiento de los miembros de la Comisión de reforma, en tal sentido, en los fundamentos de dicho Proyecto, se manifestó que “no hay experiencia en nuestro país sobre la sanción pecuniaria y la propia ley de defensa de los consumidores no ha generado jurisprudencia sostenida en este aspecto”²⁶.

Bibliografía

ALCHOURRON, CARLOS E. y EUGENIO, BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 5ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2006.

ALTERINI, Atilio A. (director) y FEDERICO DE LORENZO (subdirector), *Revista de responsabilidad civil y seguros*, Año II, N° 4, Agosto de 2000, Buenos Aires, La Ley, 2000.

GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2da ed., Madrid, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales S.A., 2004.

GHERSI, CARLOS A., *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.

GUASTINI, RICCARDO, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, traducción por Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

LOPEZ HERRERA, EDGARDO, *Los daños punitivos*, 1ra. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Consumidores*, 2da. ed., Santa Fe, Ed. Rubinzal - Culzoni, 2009.

MARMOR, ANDREI, *Interpretación y teoría del derecho*, traducción por Marcelo Mendoza Hurtado, 1 ed., Barcelona, Ed. Gedisa, 2001.

PIZARRO, RAMÓN D., VALLESPINOS, CARLOS G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones 2*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

ROSENKRANTZ, CARLOS F. (comp.), *La responsabilidad extracontractual*, 1ra. ed. Barcelona, Gedisa, 2005.

SAUX, EDGARDO I. y ENRIQUE C. MULLER, *Responsabilidad Civil y Aquiliana*, 1 ed., Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2005.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños*, Tº 4, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1999.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2004.



²⁶ Proyecto de Código Civil y Comercial, 1ª ed., Zavalía, Buenos Aires, Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial p. 767. La comisión conformada por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci manifestó: “La decisión ha sido aplicarla solamente a los derechos de incidencia colectiva y mantener la norma especial en relación a las relaciones de consumo. Las razones son varias: a) No hay experiencia en nuestro país sobre la sanción pecuniaria y la propia ley de defensa de los consumidores no ha generado jurisprudencia sostenida en este aspecto. Por lo tanto es mejor diseñar una norma que abra la puerta a este instituto con mayores especificaciones que las existentes en la ley especial y esperar su desarrollo. Siempre habrá tiempo para ampliar a los otros supuestos mediante leyes especiales, pero no se puede avanzar a ciegas en materia de política legislativa”.

NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA[†]

*Efraín Hugo Richard**

Resumen: Las normas de la ley societaria contienen previsiones sobre la función de garantía del capital social que son relevantes para prevenir y superar la crisis, evitando el costoso y complejo juicio concursal.

Palabras claves: Preconcurso – capital social – insolvencia – cesación de pagos.

I. Introducción

Se ha sostenido que la legislación societaria es preconcursal, paraconcursal o anticoncursal, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”¹, “tiene una función *preconcursal* o *paraconcursal*, considerando algún otro considerarla como *anticoncursal*”², y ante los estudios que tratan de rescatar esas normas, desde lo concursal se ha avanzado en las recientes reformas, la española de la ley de sociedades y la italiana³, en una compatibilización que no estamos en condiciones de juzgar.

1. En los Anales del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, venimos invitando y estimulando hacia la investigación de soluciones a las crisis empresarias, más efectivas y de menores costes. En el último número presentamos “Para una Investigación Interdisciplinaria: el

[†] Recibido el 03/04/2013, Aprobado el 05/07/2013.

* Agradeceremos comentarios a hugo@richard-mail.com.ar.

¹ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La sociedad anónima: disolución”, Cap. 4, pág. 1001 en *Curso de Derecho Mercantil* dirigido por RODRIGO URÍA y AURELIO MENÉNDEZ, Ed. Civiltas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” págs. 1009 a 1013.

² Díez ECHEGARAY, JOSÉ LUIS, *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra. p. 387.

³ STRAMPELLI, GIOVANNI, “Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi”, en *Rivista delle Società*, anno 57, 2012, luglio-agosto 2012, fascicolo 4, pág. 605, Ed. GiuffrèEditore, Italia 2012, donde se analiza la disposición contenida en el decreto ley del 22 de junio de 2012, n. 83, donde se impone la reconstrucción del capital social o el concurso de la sociedad, en forma similar a lo previsto en la última reforma española.

abuso del proceso concursal”⁴, y en otras publicaciones trabajamos en esa idea⁵.

Desde hace muchos años sosteníamos que la conservación de la empresa se tutelaba en nuestro país en forma inmediata por la legislación societaria y en forma mediata por la legislación concursal⁶.

⁴ Anuario del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Anuario XIII, 2011, pág. 415, octubre 2012, entregado el día 19 de diciembre de 2012 en el Acto Académico de fin de año.

⁵ “La empresa: su organización y crisis”, en RDCO 253-407 a 444 D; “Ensayo sobre axiología del derecho concursal”, *Summa Concursal*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo I pág. 479; “La empresa, su crisis y su conservación (meditaciones desde una visión nacional)” en *Summa Concursal*, tomo I pág. 543; “Cesación de pagos y responsabilidad (el eje del sistema preventivo de la insolvencia)” en *Summa Concursal*, tomo I pág. 593; “Proceso concursal oportuno” en *Summa Concursal*, tomo I pág. 915; “Legalidad de la propuesta de acuerdo en el concurso societario” en *Summa Concursal*, tomo II pág. 1885; “Crisis de sociedades: Acuerdos concursales abusivos vs. Solución privada” en SUMMA CONCURSAL tomo II pág. 1945; “Salvataje de la empresa: ¿una postulación sin respuesta en la ley concursal?” en *Summa Concursal*, tomo II pág. 2297; “Aspectos aparentemente polémicos de la acción individual de responsabilidad contra administradores por actuación de la sociedad en cesación de pagos” en *Summa Societaria*, tomo I pág. 1477; “Ideales y realidad. Afrontar la crisis” en *Summa Societaria*, tomo I pág. 129; “El financiamiento de las sociedades, límites y negocio en participación” en CD XIX Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial 2012; “Negociación y homologación del acuerdo” en CD XIX Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial; “Visión sistémica en torno a la homologación de acuerdos en concurso de sociedades. El abuso, el fraude y la tercera vía” en CD XIX Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial; “La crisis de la empresa y el derecho concursal” en libro colectivo en homenaje a Ariel A. Dasso, págs. 61 a 133, Ed. Instituto Argentino de Derecho Comercial, Director Académico Daniel Truffat, Buenos Aires agosto 2012; “La reorganización patrimonial y el plan de negocios” en VIIIº Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIº Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, tomo 1 pág. 157; “Nueva visión en torno a la homologación de acuerdos con quitas en concurso de sociedades. El abuso y el fraude” con Juan Carlos Veiga, en VIIIº Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIº Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012. Tomo 1 pág. 367; “La necesaria integración del sistema concursal con el societario ante la crisis de sociedades”, con Juan Carlos Veiga, en VIIIº Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIº Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012. Tomo 2 pág. 815; “Reparación de daños por actuación de sociedad en insolvencia”, en Doctrina Esencial, pág. 5, Revista Responsabilidad Civil y Seguros, Ed. La Ley, año XIV número 6 junio 2012; “Eficiencia concursal y crisis societaria”, en RDCO, sección doctrina n° 255, julio agosto 2012, pág. 61; “Crisis patrimoniales societarias: rol de administradores y socios” Conferencia del 16 de noviembre de 2012, en el marco de la “Semana Académica” del Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República: “Hacia un nuevo Derecho Comercial (Sociedades-Contratos-Concursos)” (14 a 16 de noviembre de 2012, Montevideo, República Oriental del Uruguay); “Insolvencia societaria (y su visión reforzada en el Proyecto de Reformas del Código Civil y Comercial” en www.acadec.org.ar; 98. “Insolvencia societaria: ¿capitalismo donatario o de reposición?” en RDCO n° 256 septiembre-octubre 2012, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires 2012, pág. 599”.

⁶ “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19.550 y de concursos 19.551”, con FRANCISCO QUINTANA FERREYRA, en *Summa Societaria*, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 1947.

La preconcursalidad es hoy abordada por los especialistas, como forma de paliar la ineficiencia de la legislación concursal, con métodos más inmediatos y de menores costes económicos y sociales⁷. Pero esos especialistas en el derecho concursal suelen no abordar la preconcursalidad prevista en las legislaciones societarias.

2. Resulta fundamental diferenciar esa preconcursalidad en una organización empresarial bajo forma de sociedad, de la asumida por una persona humana con su único patrimonio.

El bien jurídico tutelado por la legislación concursal es la eliminación del estado de cesación de pagos de un patrimonio⁸. Pero la legislación societaria, con la autonomía de la voluntad para crear personas jurídicas societarias, impone un valladar a que ese ente personificado se vuelva dañoso. También por la legislación toda, para evitar el incumplimiento y mantener la funcionalidad específicamente de las personas jurídicas sanas, en orden a los diversos intereses en juego que confluyen en el mercado.

Claro que la cesación de pagos es un estadio más leve que la insolvencia de un patrimonio de una sociedad, como veremos, y por ello la insolvencia está abordada por la ley específica. La insolvencia de una sociedad tiene características particulares, pues la legislación que autoriza la constitución y funcionamiento de ese medio técnico, con libertad jurígenica de personas jurídicas, prevé las dificultades de la sociedad por falta de capital o patrimonio, sea imponiendo la reconstitución del capital social, por propias aportaciones de los socios, de terceros o de los acreedores, o la liquidación ordenada de la misma, al menor costo.

Justamente concursalistas abogan hoy por ese sistema preventivo desde el sistema concursal⁹, para actuar más rápidamente con menores costes. Pero paradójicamente se olvidan del sistema societario, similar en todo el mundo, y tratan la cuestión como si se tratara de insolventes personas físicas —de cuya atención nació el sistema de bancarrotas—.

3. Correctamente señala Dasso¹⁰ que “..la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes

⁷ PULGAR EZQUERRA, JUANA, *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación. Adaptado a la ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la ley concursal*, Ed. La Ley grupo WoltersKluwer, Madrid julio 2012.

⁸ Nto. “El bien jurídico tutelado por el Derecho Concursal”, en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Ed. Dirección General de Publicaciones, Córdoba R.A., 1979-1980, pág. 261 y ss.

⁹ DASSO, ARIEL ANGEL, *Derecho concursal comparado*, Ed. Lexis, 3 tomos (2009-2012).

¹⁰ DASSO, ARIEL A., *Derecho Concursal Comparado*, tomo 1, Ed. Legis, Buenos Aires 2009, 804 páginas.

que la crisis sea patología irreversible, desjudicializando los procedimientos e imponiendo una planificación o reestructuración, separando incluso al empresario (socios y administradores) de la empresa viable de ser necesario; pero postulando que sean los acreedores y no los socios los que asuman la crisis”.

Por ello resulta sorpresiva la cuestión, por cuanto las sociedades requieren los remedios concursales sin que se advierta que han intentado los remedios societarios.

En la perspectiva del derecho societario, el fenómeno de la reorganización puede ser encuadrado en la estructura normativa de la sociedad de capitales, con operaciones referidas al aumento de capital, participaciones u opciones para superar la crisis. A diferencia de la constitución de la sociedad, la fase de la reorganización afecta no sólo a los suscriptores del capital sino a una pluralidad de sujetos extraños a la sociedad, pudiendo llegar a quedar en sus manos las decisiones sociales¹¹.

Sobre esos aspectos vamos a seguir discutiendo, constituyendo lo que llamamos la preconcursalidad societaria.

II. Preconcursalidad societaria

1. Hace 32 años, Nissen —con quién 20 años después compartíamos ideas liminares de cómo encarar la “insolvencia societaria”¹²—, expresaba sobre el acuerdo de constituir sociedad con el deudor concursado: “La doctrina ha criticado esta solución, con fundamento en las dificultades que la misma ocasiona en la práctica, y más concretamente en el escaso interés que puede despertar entre los acreedores el constituir una sociedad comercial con quien ha incurrido en estado de cesación de pagos. Sin embargo, estimo a que si bien la propuesta aludida no es corriente dentro de nuestra práctica concursal —que por lo habitual se limitan al ofrecimiento de quitas, esperas o una combinación de ellas— tal circunstancia se debe a que la ley 19.551 no contiene las disposiciones necesarias que reglamen-

¹¹ GUERRERA, FABRIZIO, MALTONI, MARCO, “Concordati giuiziali e operazioni societarie di ‘riorganizzazione’” en *Revista dellsocietà* anno 53, 2008 p. 22/3, D’ALESSANDRO, A., *La crisi delle procedure concursali*, pág. 355; STANGUELLINI, *Creditori forti e governo della crisi d’impresa*, Fallimento 2006, 145 ss.

¹² Nto. “Insolvencia societaria. La integral aplicación de las normas sobre sociedades debe permitir prevenir la insolvencia de las mismas o la transferencia de los daños a los acreedores”, en colaboración con Ricardo Nissen, a pág. 346 a 350 del tomo II. - Comunicaciones al VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa; y posteriormente “Insolvencia societaria” también con RICARDO AUGUSTO NISSEN, en AAVV, *XV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina – Temas Societarios y Concurales*, Edición de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires 2008, pág. 93.

ten —en forma análoga al acuerdo por cesión de bienes—, la constitución de una sociedad mercantil en la cual los acreedores del concursado suscriban e integren mediante el aporte de sus respectivos créditos contra la concursada, el capital de una nueva sociedad o un aumento al capital de la sociedad concursada, que le permita a ésta reintegrarse a la actividad productiva”¹³.

Es importante ese discurso pues la posterior ley 24.522 del año 1995 tampoco lo ha hecho, pero no compartimos tales argumentos, pues esas cuestiones quedan resueltas por la autonomía de la voluntad imperante para constituir o reconfigurar una sociedad. Tampoco seduce a los acreedores la quita, y son mejores las soluciones societarias con especiales convenios¹⁴.

2. El “obstáculo” es el “negocio” que intentan formalizar los socios y administradores de la sociedad en problemas, particularmente si se ha decidido concursarla. Sobre ello expresaba el jurista E. Daniel Truffat en su disertación “El Derecho Concursal en los tiempos de la gran contracción”: “...La ‘concurzalidad’ en tanto técnica jurídica es, básicamente, una regla de reparto de pérdidas frente al fenómeno insidioso de la *cesación de pagos*¹⁵. Su norte es evitar la propagación de tal fenómeno —dado que la imposibilidad de cumplimiento de un sujeto cualesquiera, bien puede desencadenar en *catarata* otras imposibilidades y así al infinito¹⁶—... Librado a las solas fuerzas del mercado, la impotencia patrimonial de un cierto sujeto irrogaría, una guerra de todos contra todos, la eventual satisfacción del más fuerte, la absoluta falta de atención de los derechos de los más débiles y la directa desaparición del baldado... Pero además, y el tema toma otro

¹³ NISSEN, RICARDO A., “Necesidad de reglamentar la constitución de sociedad entre el concursado y sus acreedores como contenido de la propuesta de acuerdo preventivo”, pág. 205 del libro AAVV *Derecho concursal. Primeras Jornadas Nacionales*, Buenos Aires 1980, Ed. Lerner, Organizadas por la Asociación de Abogados de Buenos Aires.

¹⁴ FUSHIMI, JORGE F. y nosotros, comunicación al VIIIº Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIº Congreso Iberoamericano de la Insolvencia (Tucumán (R.A.) septiembre de 2012) “La quita en concursos de sociedades y su tratamiento fiscal (y algunos aspectos periféricos)”, t. 1 p. 635.

¹⁵ “...Esta teoría amplia del estado de cesación de pagos o insolvencia define este concepto como el grado de impotencia patrimonial que imposibilita el cumplimiento regular de las obligaciones con los recursos normales del giro comercial. Sus notas características son la generalidad y la permanencia, ya que debe afectar a todo el patrimonio y no sólo a una parte; también debe ser subsistente y no aleatorio...”, JUNYENT BAS, FRANCISCO, “El instituto de la quiebra. Procedimientos para su declaración” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* Nro. 11, Concursos y Quiebras –II, pág. 9 [la cita es de página 18].

¹⁶ Nosotros al analizar la situación de las empresas que prosiguen el giro sin patrimonio adecuado, señala: “...La demostración de la ineficiencia de un sistema lo constituyen las sociedades que actuando en cesación de pagos contagian ese estado a los que tengan vínculo con ella...”, autor citado, “Relaciones de organización. Sistema societario”, pág. 171.

cariz en vía preventiva, cuando se está frente a un sujeto recuperable..., cuando está en juego la preservación de fuentes de trabajo... Éste (o sus propietarios) no podrán, o —al menos— no deberán, “hacer negocio” de tal contribución colectiva, pero sí recibirán de tal esfuerzo común la provisión de condiciones mínimas para superar el mal momento (o, al menos, lo recibirá la empresa¹⁷, si la solución consistiera entre otras medidas en el cambio de titulares). Un concurso rehabilitatorio que no contemple un “sacrificio compartido” sería un abuso¹⁸.

Ernesto Martorell formaliza una imperdible presentación de un Tratado bajo su dirección¹⁹, constituyendo una autopsia de la legislación concursal desde el año 1995, pero con agudísimas referencias al uso desviado, antijurídico y amoral del proceso concursal, o de la supuesta versión “extrajudicial” del APE. Lo citamos textualmente: “...todos conocemos lo grave que significó para una comunidad con un nivel de moral colectiva tan bajo como el que ya existía en ese momento en nuestro País, la castración de las acciones de responsabilidad... autores tan serios como Bergel o Maffia hablaron del *réquiem* de estas acciones para beneplácito de los *pillos*. No menos grave fue el mantener *intocada* la normativa referida a la extensión de la quiebra, dejándose librados a síndicos y damnificados a tener que enfrentar a *pícaros aggiornados* que utilizan mecanismos de máxima sofisticación para estafar... ampliando aún más la situación de significativa impunidad que se otorgó a los comerciantes y empresarios inescrupulosos *carta blanca* para delinquir... nadie ignora que su empleo generalmente se ha venido dando desde entonces siempre en situaciones sospechadas

¹⁷ “...Desde que comenzó a emplearse el “método gubernativo” se viene trabajando con un conjunto de ideas que hoy aparecen receptadas por el principio de “conservación de la empresa”. La empresa es mucho más que los bienes que la integran. La combinación armónica y dinámica de los elementos subjetivos y objetivos (personas, elementos materiales y tecnología) tiene un valor para los particulares y un valor —también— para la sociedad. Maffia ha demostrado que la política de conservación de las empresas socialmente útiles desplazó a la liquidación falencial del lugar prioritario que ocupaba desde su origen...”, RUBÍN, MIGUEL E., op. ya cit., pág. 27.

¹⁸ La cita completa puede verse en nuestro “La crisis de la organización societaria”. “Lo que digo no lo digo como hombre sabedor, sino buscando junto con vosotros” (frase insignia del semanario *Búsqueda* —Uruguay—). “Sólo los ignorantes creen que la verdad es definitiva y maciza, cuando apenas es provisoria y gelatinosa. Hay que buscarla porque anda corriendo de escondite en escondite. Y pobre del que emprenda en soledad esta cacería” (Del discurso de Pepe Mujica, candidato a Presidente del Uruguay, el 29 de abril de 2009 en el Palacio Legislativo, publicado en dicho Semanario), disertación de apertura de la Comisión del mismo nombre en el V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, realizado en Montepulciano, Italia, 23, 24 y 25 de septiembre de 2009, organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal con sede en México, que puede verse en nro. citado libro *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*.

¹⁹ *Ley de concursos y quiebra comentada*, AAVV, ERNESTO E. MARTORELL, Director, Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2012, 5 tomos (págs. 1016, 936, 846, 1129 y 1463 respectivamente).

de fraude en las que el *cramdistista*... por lo común terminaba siendo un allegado al cuasi-fallido *pillito*, que desembarcaba como tal —tras fracasar como concursado— a través de una sociedad *off shore* o de un amigo de turno, cuando no del *testaferro* de estilo... corresponde evaluar qué actitud asumió nuestra veleidosa *comunidad jurídica* frente a aquella crisis, y como acompañó las situaciones posteriores, ante institutos tan bochornosos como el APE... y harto peligrosos... nuevamente recorro a Cámara: *El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial*... los APE fueron utilizados para convalidar verdaderos despojos...”

3. Sobre estos aspectos en 1995 y al iniciar el análisis de la nueva legislación concursal argentina apuntábamos “...no pretendamos que ese objetivo lo cumpla necesariamente la legislación concursal y nos reduzcamos a un análisis crítico de si la actual legislación mejora a la anterior, o si ésta va a conseguir superar los problemas, o si va a conseguir ese objetivo que es el de mantener las empresas en marcha en cuanto sean viables... la ley concursal no es más que un marco viabilizador de lo que realmente sea también sociológica y económicamente... lo más importante es no pretender que la solución sólo de la legislación concursal sino de la integridad del sistema jurídica; y creo que lo muy particularmente interesante de la nueva ley es que a la autoprogramación... la vieja legislación hacía énfasis en la autoprogramación para solucionar el problema, y la nueva ley incorpora la heteroprogramación, particularmente en orden a las sociedades... Pero lo que es fundamental en este punto y es ajeno a la legislación concursal, es el tema de la responsabilidad de los administradores de una empresa y de los contraloradores de la misma en orden a haber autoprogramado correctamente, en haber adoptado las soluciones que la legislación prevé en orden al funcionamiento de las sociedades, esa actuación como buen hombre de negocios... por su falta de actuación oportuna en orden a los recursos que la ley les impone, que es eventualmente tener capitalizada la sociedad, liquidarla, ajustar el giro de los negocios a sus posibilidades..., y no meramente limitarse a aumentar cuantitativamente, sea por número de acreedores o por monto de las deudas, el pasivo de la empresa, porque eventualmente *le transfiero el problema a mis acreedores*”²⁰.

4. Enfatizando en el Derecho Concursal, se desliza “la solución negociada de la crisis” como parte de la “agenda concursal”, y ello impone la

²⁰ Nto. “Objetivo de una legislación concursal” en *Nueva legislación concursal y la participación del profesional en Ciencias Económicas. Jornadas de actualización*, Ed. Advocatus, Córdoba noviembre 1995, pág. 15. También puede verse nto. “Responsabilidad de administradores societarios por insolvencia” en *Jornadas Italoargentinas de Derecho - Perspectivas del derecho entre Latinoamérica e Italia - Córdoba - Argentina 2004 - 2005*, Coordinadores Paolo Comanducci, Hugo A. Aguirre, Cristina Redondo, Ed. Alveroni, Córdoba, 2006, pág. 504.

pregunta ¿Esperamos todas las soluciones para las sociedades del derecho concursal? La doctrina postula la reforma continua de ese derecho, y reafirma su posición en la continuidad y periodicidad de las reformas en el derecho comparado.

Nosotros, desde una escuela distinta, en orden a la crisis de las sociedades sostenemos una posición diferente, en pos de una solución más eficiente a las crisis societarias, basada en el ámbito de la negociación pre-concursal²¹.

No puede pretenderse que el derecho concursal resuelva las crisis societarias al margen de las previsiones de la ley específica para afrontarlas.

La posición es que la legislación societaria —que no ha sufrido las modificaciones generadas en la concursal— contiene previsiones imperativas para asumir la crisis tempestivamente y a bajo coste, sin generar daños.

III. La imperatividad y el orden público en las normas de organización societaria

No hay duda de la imperatividad de las normas societarias en caso de pérdida del capital social y de los efectos que se producen. Es casi dialéctica la determinación sobre si esas normas son también de orden público.

Ha expresado Otaegui que hay una difundida opinión “consistente en que la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (LSC) es de orden público o al menos de interés público”, frente a lo cual el distinguido jurista opina que: “La naturaleza de orden público de la LSC es cuestionable partiendo del supuesto de que el orden público es la base esencial de un estado plasmada en su constitución sea ésta estatutaria o consuetudinaria. Así en nuestro caso hay un orden público prescripto en la Constitución fincante en los llamados derechos constitucionales de primera generación o sea los derechos constitucionales generales (Constitución Parte Primera), a los que se sumaron los derechos constitucionales particulares de segunda generación o sea los derechos laborales (C. Nacional art. 14 bis) y los derechos constitucionales de tercer generación o sea los derechos sociales

²¹ Plantea la existencia de dos escuelas BARACAT, EDGAR J., “El desvanecimiento de los procedimientos ortodoxos para abordar la insolvencia de las personas físicas y empresas ¿un giro definitivo hacia el privatismo?”, en trabajo que tuvo a bien remitirnos. En esa línea hemos incursionado con otros dos distinguidos maestros: “La Concursalidad”, con FRANCISCO JUNYENT BAS, *Summa Concursal*, tomo I, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires 2012, pág. 327, y “Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?”, conjuntamente con FRANCISCO JUNYENT BAS y ORLANDO MANUEL MUIÑO, en *RDCO* año 30 1997 pág. 527.

(C. Nacional arts. 41, 42). Los derechos constitucionales de primera generación son los atinentes a la libertad (CN arts. 14, 15), la propiedad (CN art. 17), la seguridad y la justicia (CN art. 18), y la vida (CN art. 33) sin él que los anteriores carecerían de razón de ser... No hay aquí mención alguna a un orden público societario aunque las relaciones societarias si bien libradas a la autonomía de la voluntad, deben respetar al orden y la moral pública (Constitución Nacional art. 19)... Es por esto que el C. Civil, base del C. de Comercio (C.Com. regla I, art. 207), pone los límites de sus arts. 21 y 953 entre otros... Hay por cierto un orden público laboral y un orden público social pero no hay un orden público societario”.

Pero en cuanto se compromete la continuidad del giro empresarial —objeto de la sociedad— aparece un orden público social: la conservación de la empresa por el efecto social y económico en la región, y la conservación del empleo, y el derecho constitucional de propiedad de los acreedores y a trabajar de sus empleados.

El orden público sería el “*conjunto de principios eminentes a los cuales se vincula la digna subsistencia de una organización social establecida que no pueden ser alterados por la voluntad de los individuos*” (c.c.: 21, conf. Llambías, J.J. “Tratado de derecho civil - Parte General”, t. I, nros. 184, 195 y 197, págs. 158, 163 y 197, ed. 1973)²².

Coincidimos con Olivera García que el orden público societario consiste en una máxima de inderogabilidad que sustrae de la autonomía de la voluntad ciertas cuestiones²³. Otro uruguayo, Alejandro Miller enfatiza catalogando ciertas normas societarias —como las de responsabilidad— de preceptivas, consideradas de orden público y por ende inmodificables. No hay previsiones legales que admitan la inclusión en el estatuto de modificaciones por lo que ello no sería posible, la terminología legal es imperativa y ello es indicativo de la existencia de normas de orden público²⁴.

En torno al interés público sobre la conservación de la empresa, debemos apuntar que a la comunidad, al país, a los trabajadores, a la economía en general, es indistinto quiénes sean los titulares del capital social. No puede aceptarse que se enriquezcan quiénes se marginaron del sistema privado societario para solucionar el problema, eventualmente asumiendo tempestivamente un sistema concursal o preconcursal, imponiéndose

²² Nto. “Sobre nulidad de resolución asamblearia,” en *Derecho Societario y Concursal - Tendencias jurisprudenciales*, Ed. Legis, Buenos Aires 2012. Correspondiendo a la publicación para el Décimo Seminario Anual sobre actualización, análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias Societarias, y Duodécimo Seminario Anual sobre Actualización, análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias concursales, pág. 141.

²³ OLIVERA GARCIA, RICARDO, *Estudios de derecho societario*, cit. ps. 92/93.

²⁴ MILLER ARTOLA, ALEJANDRO, *Ley de sociedades. Análisis exegético*, tomo II, pág. 203, FCU, Montevideo 1993.

el esfuerzo compartido en salvaguarda de la empresa, convergiendo en el capital social todos los interesados —u otorgando otros beneficios participativos—, sin excluir de posibles beneficios futuros a los acreedores.

La Corte²⁵ con tal comprensión, ha sostenido que los socios de la demandada para justificar un “leveraged buyout” en su exclusivo beneficio “*no estaban habilitados para deliberar y decidir cuestiones que atentan contra el interés y orden públicos y las buenas costumbres (art. 21 cit.), o bien que fueran prohibidos por las leyes (art. 953 cit.). Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original*” (fallo cit. considerando II, págs. 278, último párrafo y 279), criterio éste que reiteró en Fallos: 314:1048, considerando 6°.

Hoy el artículo 12 del Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial (2012) se refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una *norma imperativa*, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.

Se verá que se distingue orden público de normas imperativas. Respecto al primero para impedir puedan dejarse de lado, y respecto a ambos supuestos para sancionar el fraude a la ley. En el mismo sentido el actual art. 21 CC del Título Preliminar.

IV. Una visión sistémica

De estos problemas presentamos una visión sistémica en *Insolven-
cia societaria*²⁶ y luego en *Perspectiva del derecho de la insolven-
cia*²⁷. Antes

²⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) con fecha: 07/12/2001, caratulado Provincia del Chubut c. Centrales Térmicas Patagónicas S.A. Publicado en: La Ley 2002-E, 863 —Colección de Análisis Jurisprudencial ELEM. de Derecho Administrativo— Julio Rodolfo Comadira, 597 Cita Online: AR/JUR/25/2001.

²⁶ Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

²⁷ Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, en cuya presentación expresamos que “además de rendir cuentas de nuestra gestión —como ex primer Vicepresidente Académico del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal con

lo habíamos enunciado en un prólogo²⁸, remarcando: “4. No puede haber duda de responsabilidad societaria, rayana en el delito, cuando los administradores no aplican las normas societarias sobre liquidación en caso de pérdida de capital social”, para después ingresar en los temas de “subcapitalización material aumentando el pasivo sin que razonablemente se avizore la posibilidad de su pago... la inexistencia de planificación o de contabilidad para anticipar la detección de dificultades económicas o afrontar la situación de crisis”. “Debe darse congruencia a la ley de concursos con la ley societaria en orden a acciones de responsabilidad”.

En similar posición Miguel C. Araya²⁹ remarcando el carácter pre-concursal de las normas del derecho societario sobre pérdida del capital social “que es un concepto jurídico/contable y la ley impone que los administradores disuelvan; el otro es un concepto financiero/económico: es la crisis/insolvencia generada por la cesación de pagos... El derecho de sociedades no es ajeno a la crisis económica de la empresa. El régimen de pérdida de capital social... y la exigencia de adoptar medidas alternativas ante esa pérdida... revelan esa preocupación del legislador societario, al imponer deberes a los administradores y accionistas, como prevención a la crisis de insolvencia”.

En este mismo sentido Karten Schmidt³⁰ exponía “En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho Concursal. En parte eso se basa en la observación correcta, que las cuestiones de responsabilidad entran en vigencia en los casos de insolvencia. La calificación de Derecho Concursal de las reglas de responsabilidad tiene en tanto razones más fenomenológicas que motivos sistemáticos de Derecho. En Alemania, donde prevalecen los pensamientos sistemáticos en el Derecho, la tendencia hasta ahora era la contraria: la mayoría de nuestras cuestiones actuales de responsabilidad son clasificadas como elementos del Derecho Societario —no del Derecho Concursal—, aun si como parte actora comparece un síndico de concurso. En el año 2000, en el Segundo Congreso Iberoame-

sede en México—, tratamos de presentar nuestra sistemática constructivista sobre la insolvencia, particularmente, la societaria...”

²⁸ De la que fuera la tesis de JUNYENT BAS, FRANCISCO A., *Responsabilidad de los Administradores*, Ed. Advocatus, Córdoba junio 1996, que tuviéramos el honor de dirigir.

²⁹ “La función preconcursal del régimen de pérdida del capital social” en *VI Congreso Argentino de Derecho Concursal - IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia*, Rosario 27/29 de septiembre de 2006, Rosario 2006/8, tomo II, págs. 25/32, y luego el debate en tomo IV, pág. 286.

³⁰ “Responsabilidad de los socios y administradores” en *Derecho Comercial y de los Negocios, Sociedades - Concursos AAVV* siendo compiladores Raúl Anibal Etcheverry, Héctor Osvaldo Chomer y Luis Mariano Genovesi, Ed. Eudeba, Buenos Aires 2007, tomo I pág. 395 y ss., reproduciendo una conferencia del año 2005.

ricano³¹ expuse el motivo por el cual en Alemania hasta el momento lo vemos así... En la actualidad todavía considero correcta esta apreciación sistemática del Derecho. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto no resultan del procedimiento de insolvencia...”

1. La cuestión en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte argentina avaló esta visión. En fallo del 20 de octubre de 2009 formuló un *obiter dictum* al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A.”, al expresar: “El proceso concursal, como *última ratio preventiva* que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores.” El calificar al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, reconoce que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva.

2. La función de garantía del capital social

Hemos relatado que la funcionalidad y la legislación societaria tienen hoy normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a cómo debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución —fundamentalmente en los supuestos de los incisos 4° y 5° del art. 94 LSA—, facilitando la remoción de las vinculadas a aspectos patrimoniales, con el aumento o reintegración del capital social, solución que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso, es la capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis.

La noción de capital social es un punto en discusión, su función operativa, su función de garantía. Sobre ello se ha sostenido que “Las opciones son claras: o si bien se sustituye el concepto tradicional de capital, vinculado a los aportes, por un concepto de capital físico o material, cifra abstracta que establece el límite de los recursos patrimoniales necesarios y no distribuibles para preservar la capacidad operativa de la sociedad; o bien se abandona a efectos prácticos este concepto, sustituyéndolo por otro que asegure la fijación de este límite a la distribución como dividendo de los recursos patrimoniales, cumpliendo la necesaria función de equilibrio

³¹ “El derecho empresario y el derecho concursal” en *De la Insolvencia Segundo Congreso Iberoamericano* AAVV directores JUNYENT BAS-RODRÍGUEZ PARDINA-RICHARD, Ed. Advocatus, Córdoba 2000, tomo III, pág. 751 y ss.

entre los intereses de socios y acreedores, y de los socios entre sí”³²³. Afirma Olivera que “la preservación de la capacidad operativa de la sociedad... que cumpla la función esencial de establecer un límite razonable entre los derechos de acreedores y socios sobre el patrimonio social”. Esa preservación de la capacidad operativa de la sociedad está vinculada directamente a la conservación de la empresa, evitando la insolvencia de ese patrimonio como dañoso para el mercado, pues lo que interesa a la postre es la “solvencia patrimonial” mínima en cualquier régimen, que en los países que lo han adoptado no sólo no ha sido modificado sino que se ha reforzado como veremos más adelante.

Ese mínimo es la función de garantía del capital social, sin menospreciar los efectos de la función operativa.

El gran desafío para el derecho es mantener la empresa viable, con pleno empleo, asegurando una inclusión social y evitando más marginación, sin afectar la competitividad ni dañar el mercado. Una administración de eficiencia con los recursos técnicos y económicos disponibles, coincidiendo en la necesidad de planificación para interesar en la inversión de recursos.

Tender a ultranza a mantener a la empresa, si no se tiene en claro su viabilidad y el bien jurídico protegido, puede ser sinónimo de proteger al empresario incapaz o fraudulento, como lo señalaba Franceschelli. La responsabilidad social de la empresa, como concepto ético debe restablecerse y no puede sustituirse por un criterio pragmático de respaldo al empresario incapaz de autoprogramación.

Como bien señala Dasso³⁴ “...la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible”, *desjudicializando* los procedimientos e *imponiendo una planificación* o reestructuración, separando incluso al empresario de

³² En la doctrina alemana Thöl ya distinguida en tres conceptos diversos: el patrimonio social o patrimonio neto, concepto dinámico representado por la diferencia entre los activos y pasivos sociales; el capital social, suma ideal definida en la línea de las concepciones nominalistas; y el *grundvermögen*, fracción del patrimonio social que marca el límite de la capacidad de la sociedad para distribuir recursos patrimoniales como dividiendo (*Das Handelsrecht*, Leipzig, 1879, pág. 525).

³³ OLIVERA GARCÍA, RICARDO, “Algunas necesarias conclusiones y propuestas sobre la revisión del concepto de capital social” en *II Encuentro Argentino-Uruguayo de Institutos de Derecho Comercial*, Jornadas Internacionales de Derecho Comercial, 1, 2 y 3 de mayo de 1997, Colonia, Uruguay, pág. 148 y ss.

³⁴ DASSO, ARIEL A., *Derecho Concursal Comparado*, tomo 1, Ed. Legis, Buenos Aires 2009, pág. 804.

la empresa viable de ser necesario (los subrayados nos pertenecen para dar énfasis a esos pensamientos).

Asegurar la funcionalidad de la actividad societaria aparece como un objetivo de la legislación societaria, a través de la regulación del capital social y de la “conservación de la empresa”, y por tanto un deber de diligencia de los administradores societarios (art. 59 LSA).

Un segundo párrafo que se agregaría al art. 100 del Proyecto de Ley General de Sociedades argentina, es suficientemente explícito: se pueden remover las causales de disolución de la sociedad en cualquier momento si la empresa-objeto es económicamente viable y socialmente útil³⁵.

Es una responsabilidad del administrador cumplir con sus funciones con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios. Es una calidad profesional. Y fundamentalmente determinar la posibilidad de la sociedad de cumplir su objeto, como forma de darse la idea de empresa. Hoy la información es *on line* para determinar no sólo la viabilidad fáctica, sino especialmente la patrimonial y económica para cumplir con sus obligaciones financieras.

Se trata de planificar día a día, pero particularmente con un pulso anual, cual es la confección de la documentación contable como forma específica en que los administradores tienen que rendir cuentas a los socios de la marcha social, de los resultados del negocio, sus posibilidades y dificultades, particularmente en el período que se avecina³⁶.

La técnica societaria de organización en todos los países reconoce la libertad de asociación, de determinar la técnica de esa organización y de la dotación patrimonial constitutiva —salvo los mínimos obligatorios— y de su funcionalidad, normalmente planificando cuanto de capital propio y de terceros será necesario para el normal desenvolvimiento. “La suficiente

³⁵ Art. 100 del Proyecto de Ley General de Sociedades 2012: “Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas”. Se mantiene el segundo párrafo del texto original.

³⁶ Con Jorge Joaquín Cendoya, distinguido colega entonces Presidente del Banco de la Provincia de Córdoba, sostuvimos en el IV Congreso sobre Aspectos Jurídicos de las Entidades Financieras, 9 al 11 de septiembre de 1988, Buenos Aires, en pág. 413 del libro respectivo sobre “Responsabilidad, crédito y plan de empresa” refiriéndonos a la constatación sobre “si existe alguna empresa viable, dentro de ese patrimonio” en crisis. Refrescábamos que “En trabajos anteriores, algunos del Tercer Congreso sobre Aspectos Jurídicos de las entidades financieras, hemos sostenido que el plan de empresa era un estudio que debía configurar las tratativas precontractuales de los acuerdos concursales. Por otra parte, ese plan de empresa no es sino la Memoria que deben anualmente configurar los administradores de las Sociedades Anónimas, para asegurar una buena administración, formalizar un análisis de los negocios concluidos y prospectivo del futuro de la empresa, para su propio gobierno y examen de los accionistas”. Allí apuntábamos a la responsabilidad de Bancos acreedores de sociedades en crisis.

capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna³⁷, y —eventualmente— la capitalización del pasivo³⁸.

Los resultados que prometa el plan de negocios —o la Memoria— permitirán analizar a los socios³⁹ la conveniencia de reintegrar o aumentar el capital social. A su vez la posibilidad de invitar a terceros a integrarse a la sociedad por el buen negocio que resulta el adecuado cumplimiento de su objeto, la rentabilidad esperada, lo que puede permitir atender o reorganizar el pasivo exigible. El plan de negocios es el que puede interesar a socios, terceros o acreedores a confiar en la viabilidad de la empresa y las utilidades que de ello devendrían.

Asegurar la planificación, publicitando un plan de negocios colaboraría en que los acreedores aceptaran la capitalización del pasivo en forma privada y extrajudicial conforme las previsiones de la legislación societaria. Sería una forma de concientizarlos e interesarlos en la solución de la actividad empresarial, por sus relaciones con la sociedad deudora y con las posibilidades de utilidades y negocios futuros. Es una forma de educación que es lo que la doctrina extranjera solicita y sugiere como forma societaria de afrontar la crisis económica, financiera o patrimonial de la sociedad.

V. Diferencia entre cesación de pagos e insolvencia

¿De qué crisis estamos hablando?

En el derecho argentino de “cesación de pagos”, y en ciertos supuestos de crisis económico-financiera de carácter general. En el derecho colombiano de “amenaza de insolvencia”.

³⁷ Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Forestal El Milagro SRL”, LLNOA, 2005-1446.

³⁸ FIMMANO, FRANCESCO, “L’allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en *Revista delle società*, 2010, páginas 57 y siguientes.

³⁹ Y también a los terceros, acreedores o no. Se nos dirá que se los trata de hacer socios “a palos”, pero peor es quitarle los créditos a palos para patrimonializar a la sociedad. La información leal, un plan de negocios coherente, hace atractiva una propuesta en beneficio de la conservación de la empresa y no del enriquecimiento de los socios. Si parecería necesario, al margen de las obligaciones de los socios conforme la ley societaria, quitas importantes —por ejemplo 30%—, se podría invitar a los acreedores a capitalizar sus acreencias con un pacto de recompra pagando el 100% de la capitalización dentro de un plazo prudencial, y a su vez un compromiso de adquisición pagando el 70% si el acreedor ahora socio decidiera tal cosa después de un tiempo de espera (por supuesto en ambos casos a cargo del grupo de control al tiempo del concurso). De no, los acreedores serían tratados como socios sin derechos, imponiéndoles las contribuciones que deben hacer los socios con derechos.

Para desbrozar el camino corresponde referir si es lo mismo cesación de pagos que insolvencia, para determinar las normas y soluciones de la crisis.

La doctrina argentina desde hace años equipara ambos conceptos, al igual que la mayoría de la doctrina extranjera. Habíamos adherido a tal tesitura hasta que comenzamos a distinguir la insolvencia societaria de la de las personas físicas, poniendo el acento en su legislación específica como preconcursal.

A fin de determinar las modalidades de aplicación de la regulación societaria es menester distinguir entre “cesación de pagos” e “insolvencia”, fijando por lo menos una “terminología convencional” para facilitar el discurso y los efectos, pues la ley societaria no usa esas palabras. Anticipamos que la expresión “insolvencia” tipifica la causal de disolución de sociedad de “pérdida del capital social”.

1. La doctrina concursalista argentina usa la terminología “cesación de pagos” en sentido amplio. La legislación uruguaya engloba ambos conceptos bajo la palabra “insolvencia”.

En la doctrina argentina se ha identificado cesación de pagos e insolvencia desde los trabajos de Yadarola y Fernández, hasta que especialistas contables nos hicieron ver lo contrario. Hoy existen métodos que dan inmediata cuenta de una crisis y de su intensidad. De si se afronta una mera y transitoria merma de flujos de caja, o de si se trata de un estado de cesación de pagos por insuficiencia de activos corrientes para satisfacer pasivos corrientes, o si estamos frente a insolvencia, o sea si el balance de la sociedad registra un patrimonio neto neutro o negativo.

La terminología “insolvencia” o “cesación de pagos”, con su significado en cada legislación, es indiferente en cuanto se tenga en cuenta la diferencia entre “pérdida del capital social”, de la dificultad económica de un “pasivo corriente superior al activo corriente”. Con ese sentido usamos las referidas expresiones.

¿Cuáles son las incidencias concursales de distinguir entre insolvencia y cesación de pagos? Insolvencia se corresponde con la pérdida del capital social. Una sociedad puede actuar con aparente solvencia por disponer de crédito ilimitado y tener una productividad rápida que genera un constante y renovado flujo de caja, y haber perdido el capital social. El pasivo sería muy superior al activo, o sea que no existiría patrimonio neto y por tanto se habría producido la pérdida del capital social, y serían aplicables las normas⁴⁰ sobre disolución o reintegración (por los propios socios o

⁴⁰ Nos hemos referido a las mismas en el Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal (mayo 2012, México DF), “Insolvencia societaria: ¿Capitalismo donatario o de reposición?”

capitalización). Y además, en caso de posterior quiebra, la responsabilidad prevista en el art. 99 LSA.

2. La especialista en Sindicatura Concursal, Prof. Celina Mena⁴¹, con una visión contable-económica, señala en relación a “cesación de pagos” e “insolvencia” que: “*En definitiva la jurisprudencia y la doctrina no advierten una diferencia entre ambos conceptos y los usan indistintamente, sin embargo a nuestro entender, existe una diferencia importante adquiriendo un grado mayor de gravedad la insolvencia. El estado de cesación de pagos se refiere a la incapacidad de pagar en tiempo y forma y la insolvencia cuando además del estado de cesación de pagos, no hay patrimonio neto...*”. Obviamente el último aspecto destacado por la distinguida profesional describe una causal de disolución: pérdida del capital social⁴².

Casadio Martínez, con su doble perspectiva profesional, se refiere a esa cuestión: “postulando que *no cabe confundir cesación de pagos con insolvencia. Aquélla constituye el fundamento para la declaración de quiebra pero no necesariamente implica que el deudor sea insolvente, entendiendo por tal un pasivo superior al activo...*”⁴³. Marcando aspectos negativos del patrimonio social, la pérdida del capital social —insolvencia—, y la cesación de pagos son dos situaciones diferenciables que se entrecruzan.

3. Debemos poner el acento ya no en la infracapitalización —sin abandonar esa teoría—, zona gris, sino en una línea roja indubitable: la pérdida del capital social y sus consecuencias en el sistema societario y concursal. No descartamos referirnos a la infrapatrimonialización y a las responsabilidades que de ello resulta por la función operativa que debe tener el capital y patrimonio social, que la doctrina tiende a apreciar bajo la “business judgement rule”⁴⁴. Pero desde hace algún tiempo hemos tratado de rescatar la desleída función de garantía del capital social en las le-

publicado en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* número 256 de Septiembre octubre 2012, pág. 599, a su vez apuntaremos más adelante sobre su carácter imperativo.

⁴¹ MENA, CELINA MARÍA, “Cesación de pagos vs. insolvencia”, en libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia*, Ed. Lerner, Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat - Marcelo Barreiro - Carlos Roberto Antonipiossek - Ramón Vicente Nicastro.

⁴² Nto. “La empresa: su organización y crisis” en *RDCO* n° 253 marzo-abril 2012, p. 407.

⁴³ CASADIO MARTINEZ, CLAUDIO ALFREDO, *Informes del síndico concursal*, Ed. Astrea, Buenos Aires 2011, págs. 170 y ss., correspondiendo la jurisprudencia citada corresponde a CNCom., Sala B, 24/3/81 La Ley, 1981-C-615.

⁴⁴ Dentro de la doctrina italiana, donde existen ciertas diferencias normativas entre la responsabilidad de administradores de SRL y de SA, puede verse a PISCITELLO, PAOLO, “La responsabilità degli amministratori di società di capitale tra discrezionalità del giudice e business judgement rule”, en *Rivista delle Società*, anno 57°, 2012, noviembre-diciembre 2012 fascicolo 6° pág. 1167 y ss. “...il contenuto precettivo dell’art. 2485, comma 1, C.C., lá dove prevede che gli amministratori se, in presenza di una causa di scioglimento, hanno ritardato o ommeso di

gislaciones societarias, configurando la causal disolutoria de pérdida del capital social, que si bien no opera de pleno derecho imponiendo la liquidación, el apartamiento de esa solución sin capitalizar la sociedad deviene en responsabilidades por los daños que se causaren, fundamentalmente los eventuales saldos insolutos o impago de créditos posteriores.

En búsqueda etimológica en el Diccionario de la Real Academia: Insolvencia: “Falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda. Insolvente que no tiene con qué pagar”. Solvencia “Acción y efecto de solver o resolver. Carencia de deudas. Capacidad de satisfacerlas. Cualidad de solvente”. “Solvente” “Desempeñado de deudas. Capaz de satisfacerlas. Que merece crédito. Capaz de cumplir una obligación... y más en especial, capaz de cumplirlas cuidosa y celosamente”.

Justamente en el VIIIº Congreso Argentino de Derecho Concursal VIº Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, con Juan Carlos Veiga sostuvimos “La necesaria integración del sistema concursal con el societario ante la crisis de sociedades”⁴⁵. A esa comunicación remitimos en refuerzo de los argumentos que estamos desarrollando.

4. El tema está vinculado al sistema de contabilidad y prioritariamente a las previsiones de las legislaciones societarias.

La pérdida del capital social opera como causal disolutoria cuando ha sido aprobado un balance del que resulte la constatación. La preparación del balance impone a los administradores la situación, que deberían llevar a conocimiento y resolución de los socios coetáneamente a la aprobación del balance.

El Síndico en los concursos de sociedades debe analizar los balances y señalar si la crisis era una mera cesación de pagos, por desbalance entre activos y pasivos corrientes, o si se había perdido el capital social, con patrimonio neto negativo. Y en este último supuesto si se convocó a los socios o éstos tomaron conocimiento de ese estado patrimonial a fin de adoptar las soluciones previstas por el art. 96 LSA. En caso afirmativo el Síndico debería informar sobre los daños generados y las responsabilidades a tenor del art. 99 LSA.

Sin pérdida del capital social —insolvencia—, puede haber cesación de pagos por un activo inmovilizado no corriente y un pasivo menor

procederé all'accertamento “senza indugio” della stessa sono responsabili per i danni arrecati ai creditori della società”, pág. 1181.

⁴⁵ Libros colectivos *Por un mejor Derecho Concursal - VIIIº Congreso Argentino de Derecho Concursal - VIº Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012: “La necesaria integración del sistema concursal con el societario ante la crisis de sociedades”, tomo II pág. 815.*

pero corriente. En tal supuesto la propuesta en el concurso de esa sociedad no debería proponer nada más que una espera, pues una quita sería innecesaria y abusiva. La causal de disolución por pérdida del capital social se produce cuando el pasivo alcanza el mismo monto del activo en un balance, y es declarada por la resolución social que aprueba ese balance.

5. Las soluciones societarias están previstas en el art. 96 LSA, permitiendo enervar la causal de disolución por pérdida del capital social.

La vía concursal intenta una “donación” a través de las soluciones concursales ante la insolvencia societaria, que impone que el problema lo asuman los acreedores. Ello con quitas desmesuradas y esperas, con incidencia impositiva de las quitas, al considerárselas ganancia⁴⁶, observación que desaparecería si —pese a no asumir los socios la recapitalización— en el “esfuerzo compartido” se capitalizan los pasivos, operación neutra para la sociedad, pero que modifica profundamente su patrimonio, además de la afectación del derecho de propiedad al imponer quitas no aceptadas individualmente a los acreedores, enriqueciendo a los socios que intentan así sustituir su obligación de reintegro del capital social.

Los empresarios han protagonizado “una exigencia cada vez más extensa y apremiante... de condiciones de favor, de inmunidad respecto del derecho común, reclamados como incentivos a la actividad productiva”⁴⁷.

El eje de la cuestión es que los administradores deberán determinar si la sociedad es patrimonialmente apta para el cumplimiento del objeto social, aun frente a la pérdida del capital social. Y a su vez lo deberán someter a la consideración de los socios o accionistas. La integral aplicación de las normas sobre sociedades, como de otras del sistema jurídico, debe permitir prevenir su insolvencia e impedir la transferencia de los daños a los acreedores⁴⁸.

VI. Uniformidad de soluciones preventivas de la insolvencia en el derecho societario

Formalicemos un rápido e incompleto panorama sobre los sistemas de preconcursalidad en el derecho argentino y comparado.

⁴⁶ En el libro colectivo citado *Por un mejor Derecho Concursal* nuestra comunicación con JORGE FERNANDO, FUSHIMI, “La quita en concursos de sociedades y su tratamiento fiscal (y algunos aspectos periféricos)”, t. I, p. 635.

⁴⁷ GALGANO, FRANCESCO, *Las instituciones de la economía capitalista*, Ed. Ariel, Barcelona 1990, pág. 79, en traducción de Carmen Alborch Batalles y M. Broseta Pont.

⁴⁸ Nto. ya citado *Insolvencia societaria y responsabilidad* pág. 380 y ss. en *Jurisprudencia Argentina*, y en *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2000, ed. de la Academia de Córdoba, Capítulo XI Insolvencia societaria y responsabilidad, pág. 481 y ss.

1. Para Argentina⁴⁹ rigen los arts. 94, inc. 5°, 96 y 99 de la ley societaria.

Hemos cuestionado la calificación de las causales de disolución en las que operan de pleno derecho, *ipso jure* u *ope legis*, dentro de las que se señala el vencimiento del término. No nos parece una clasificación adecuada y así lo hemos sostenido⁵⁰. Aún en la causal de vencimiento del término la sociedad podría seguir operando —otro tema es la responsabilidad si ello generara daño—. Así parece valiosa la clasificación entre causales imperativas y voluntarias, y en relación a las primeras las de inmediata constatación o que deben ser declaradas. Todo en vista a la sanción: la responsabilidad.

No hay duda que la pérdida del capital social cuando se formaliza o debió formalizarse el balance con tal revelación aparece como de inmediata constatación ante la aprobación del mismo e impone la convocatoria a los socios, cuando no su tratamiento ante la misma aprobación del que resulta un patrimonio neutro o negativo.

Ante la pérdida del 100% del capital social estatutario corresponde la liquidación o la capitalización (por reintegro o nuevo ingreso de capitales o capitalización de pasivo).

Si hay “recomposición” o reintegración del capital social o su aumento desaparece todo problema aunque hubiera alguna demora, pues ningún daño se ha generado manteniéndose la garantía de los acreedores.

Si la recomposición no se decide y continúa operando la sociedad la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que administradores y socios conocieron o debieron conocer la situación si, como debemos presumir, hay acreedores insatisfechos o que resultan afectados por quitas y esperas en un proceso concursal. La responsabilidad del art. 99 LSA es de plena aplicación ante el daño a acreedores insolutos.

La falta de integración del capital social en la operación de reintegración o recomposición, impondrá en su caso insistir en la liquidación, salvo que los otros socios asuman el derecho —obligación en el caso de no querer la liquidación— de realizar el aporte del socio incumplidor, asumiendo sus derechos sociales en el devenir de la sociedad.

En conclusión sobre el aspecto del reintegro debemos señalar que el mismo debe ser del monto que restablezca en el patrimonio social un patrimonio neto igual al capital nominal, o sea que pueden absorber-

⁴⁹ Nto. “Disolución por pérdida del capital social y concurso”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Año Académico 2010, pág. 37. Ed. Academia, Córdoba 2011.

⁵⁰ RICHARD, E. H. y MUIÑO, O. M., *Derecho Societario*, 2ª edición ampliada y actualizada, Ed. Astrea, Bs. As. 2007, pág. 365 y ss.

se reservas legales y facultativas anteriores, pero no se trata simplemente de aportar un monto igual al capital nominal original, pues de esa forma no se solucionaría el problema si el patrimonio pasivo es superior al activo.

2. Revisemos normas uruguayas, similares a las argentinas, con porcentajes más exigentes: ante la pérdida del 50% del capital social se impone en la sociedad por acciones la reducción obligatoria de ese capital, para evitar la confusión en los acreedores; y cuando la pérdida alcanza más de las tres cuartas partes del capital se impone la liquidación de la sociedad, no pudiendo los administradores realizar otras operaciones —desde que ello es declarado en un balance—, asumiendo responsabilidad solidaria frente a los acreedores con una referencia también a la responsabilidad de los socios.

La continuación de la actividad sin el reintegro obligatorio, o la capitalización —incluso por los acreedores suspendiendo el derecho de suscripción preferente— impone si se llega a perder el 100% del capital social al concursamiento de la sociedad por insolvencia, la que debe efectivizarse dentro de los 30 días.

Claro que ese concursamiento no cubrirá las responsabilidades asumidas pues se evidencia que la sociedad ha continuado su giro. El tema está acotado en el caso de directores de sociedades por acciones en el art. 391 que determina la responsabilidad frente a terceros, cuyo contenido se fija en el art. 394 en la incapacidad patrimonial de la sociedad para satisfacer a los acreedores, que se vincula sin duda a la previsión de liquidación por pérdida de capital social.

A su vez el art. 395 determina la posibilidad, en caso de concurso, que la misma la ejercite el liquidador o los acreedores individualmente.

Adviértase que habiendo perdido más de las tres cuartas partes del capital social⁵¹ una sociedad deberá liquidarse o capitalizarse, y mientras tanto si continúa operando nacerá responsabilidad por daños de administradores —y quizás de socios—, pero no podrá concursarse hasta que no pierda el 100% del capital social por la causal del inc. 1° del art. 4, pudiéndolo hacer si se dan otras de las causales de ese artículo de la ley concursal.

El art. 160 determina que no se disolverá si los socios reintegran total o parcialmente ese capital.

Congruentemente el art. 164 determina la responsabilidad de administradores si continúan el giro en esas condiciones, sin reintegrarse el

⁵¹ La ley de sociedades uruguayas dispone en su art. 159 ap. 6° que es causal de disolución por pérdidas que reduzcan el patrimonio social a una cifra inferior a la cuarta parte del capital social integrado.

capital social, señalando que ello es sin perjuicio de la responsabilidad de los socios.

Y es probable que el grupo de control que no reintegró el capital y continúe el giro se vea afectado por las previsiones del art. 189 sobre inoponibilidad de la personalidad jurídica.

La ley de concursos dispone su aplicabilidad en caso de insolvencia, la que determina entre otros supuestos del art. 4 en su apartado 1° como la pérdida del capital social cuando exista un pasivo superior al activo comprobado por “normas contables adecuadas”, imponiendo a los administradores la presentación dentro de los 30 días de haberse advertido tal situación por los administradores societarios, previsto por el art. 10: “conocido o debido conocer su estado de insolvencia.” A su vez impone que en el caso de sociedades la propuesta de acuerdo debe estar ratificada por el órgano de gobierno.

3. La legislación colombiana, imponiendo las normas societarias preventivas dispone en el art. 10° del sistema de crisis⁵², que la solicitud de reorganización debe presentarse con la acreditación de “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”.

El Código de Comercio dispone la disolución de la sociedad en art. 201, inc. C) que “La pérdida definitiva del cincuenta por ciento (50%) del capital social, salvo que los socios repongan dicho capital o convengan en disminuirlo proporcionalmente”, lo que genera alguna controversia sobre que siendo causal de disolución no corresponde la reducción.

La ley societaria adopta una serie de medidas para la protección del capital social desde los arts. 18 y ss. de su ley del año 1995, imponiéndoles desde el art.172 y ss. “información financiera” anual con “un informe sobre la marcha de la sociedad en el ejercicio, así como sobre las políticas seguidas por los administradores y en su caso sobre los principales proyectos existentes... C. Un estado que muestre la situación financiera de la sociedad a la fecha de cierre del ejercicio”. Si bien más escueto que la Memoria que en el derecho argentino tienen que presentar esos buenos hombres de negocios, el informe impone poner en el debate de los socios cualquier “amenaza” de crisis.

4. La República Dominicana impone similar criterio a los informados para Colombia, con una redacción diferente, conforme su Ley General de Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada n° 479 de 2008, su art. 299 norma “Toda sociedad anónima podrá disolverse por las siguientes causas: ...Por consecuencia de pérdidas que

⁵² DASSO, ARIEL ANGEL, *Derecho Concursal Comparado*, Ed. Lexis.

dejen reducido el patrimonio social a una cantidad inferior de la mitad del capital social suscrito y pagado, a menos que éste se reduzca o aumente en la medida suficiente”.

5. El rol del capital social, la importancia de actuar para solucionar la crisis desde el derecho societario, es recogida en el “Derecho Concurzal Peruano” en 1999. Explica Dasso en su libro *Derecho Concurzal Comparado*: “La entidad de las pérdidas (mayor al tercio del capital social integrado) tiende parejamente, en primer término a evitar el abuso de una presentación que tiene el efecto de paralizar los derechos individuales de los acreedores, cuando la situación económica es considerada a través de la ecuación legal todavía superable y de otro lado, a descartar el uso de la reestructuración como instrumento meramente dilatorio cuando el deterioro económico asumirá tal magnitud que, en el caso de pérdidas mayores al tercio del capital la ley considera insuperable para la recuperación. En el otro extremo, cuando las pérdidas adquieren mayor importancia (superiores al total del capital social integrado), cuya medida se reputa *ex lege* como impeditiva de la recuperación, queda vedada esa vía y al deudor sólo le queda la vía liquidativa. Vale decir que la franja económica de la crisis que habilita al deudor a acogerse al concurso ordinario, conservativo, es el de pérdidas acumuladas no inferiores a la tercera parte del capital social, pero no superiores a su monto total”. Entre ambos límites (un tercio y el total) son los socios los que deben resolver la liquidación o la capitalización.

6. En México la Ley de Sociedades de los 30, con sus modificaciones, impone como causal de disolución en su art. 229 la pérdida de los 2/3 del capital social —67%?—, agravando la solución argentina que requiere el 100% de la pérdida (patrimonio social neutro), haciendo responsables solidariamente a los administradores por la continuidad del giro, con el agravamiento previsto para la Sociedad anónima en art. 158, en la gestión calificada por la información que deben dar conforme al art. 172. Ello se une a las normas sobre la protección al capital y su integración en los arts. 19, 20 y otras normas dispersas en la regulación.

7. La legislación societaria de Chile exige que anualmente los administradores señalen cuál es el capital que debe tener la sociedad para afrontar las actividades del inmediato año. Esto impide las maniobras de contabilidad creativa propias de las legislaciones de capital fijo, con las que se suele encubrir la pérdida del capital social limitándose a una apreciación cuantitativa y no funcional sobre la prospectiva de la actividad.

El art. 299 de la Ley General de Sociedades dispone que la pérdida de 2/3 del capital social es causal de disolución, imponiéndose un deber de información del órgano de administración a la Superintendencia en caso de cesación de pagos, conforme el art. 101 de la ley 18.046 del año 1981, al

igual que si un acreedor solicita la quiebra de la sociedad. También deberá el Directorio citar a junta de accionistas para deliberar dentro de los 30 días, informando ampliamente sobre la situación legal, económica y financiera de la sociedad.

8. En Venezuela⁵³ la doctrina ha analizado la división de esas causales entre aquellas que operan de pleno derecho y las otras. Vivante⁵⁴ entiende a la pérdida del capital social como de las que operan de pleno derecho “la disolución anticipada debe proponerse antes a las deliberaciones de la Asamblea... Por ello, exceptuados los tres casos en que la disolución tiene lugar por derecho: por el transcurso del término, por el cumplimiento del objeto (art. 190) y por la pérdida del capital (art. 146), la disolución no tiene lugar más que por acuerdo de la asamblea”.

Pero la continuación de la actividad de la sociedad no tendrá otros efectos fuera del responsabilizatorio cuando se pudiera formalizar algún daño. En la causal de pérdida del capital social la cuestión toma particulares perfiles, pues la continuidad de la actividad sin asumir los remedios imperativamente previstos por la ley pueden agravar aún más el déficit y la situación de los acreedores.

Conforme al artículo 342 del Código actual se desprende que la sociedad cuyo término se vence queda disuelta y pasa directamente a la etapa de liquidación. Y, a partir de ese momento, los administradores son responsables personal y solidariamente por las nuevas operaciones emprendidas.

Una primera observación, meramente formal, es que la primera parte de la causal de disolución, “pérdida entera” del capital social, sobraría, toda vez que la pérdida parcial de capital prevista en el artículo 264 es también causa de disolución. Apunta Morles que la interpretación correcta es que la hipótesis de pérdida total se aplica a todas las sociedades mercantiles y la pérdida parcial del artículo 264 es causal propia de las sociedades anónimas⁵⁵.

En cuanto al artículo 264 del Código Venezolano, “*si bien el artículo 264 contempla dos situaciones distintas, ambas tienen un supuesto de hecho común, la disminución de capital en más de un tercio al menos. En efecto,*

⁵³ Nto. “La empresa: su organización y crisis”, en *Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández*, AAVV, tomo III, *Derecho financiero y derecho concursal*, Capítulo 67, pág. 645, Ed. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2012.

⁵⁴ VIVANTE, CÉSAR, *Tratado de Derecho Mercantil*. Versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpressa. Volumen II, Las Sociedades Mercantiles, págs. 483/5. Editorial Reus, Madrid, 1932.

⁵⁵ MORLES HERNÁNDEZ, ALFREDO, “La disolución de las sociedades mercantiles” en *El Derecho Privado y Procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Plancharat Manrique*, Caracas 2003, Tomo I págs. 288 y siguientes.

la primera parte del citado artículo 264 prevé que, en caso de que el capital de una sociedad disminuya en más de un tercio, sin alcanzar los dos tercios del capital, los administradores han de convocar a los accionistas para que decidan si optan por reintegrar el capital, limitarlo a la suma que queda o liquidar la compañía. La segunda parte del mismo artículo prevé que, en caso de que el capital social disminuya en más de dos tercios, los administradores han de convocar a los accionistas para que decidan si optan por reintegrar el capital o limitarlo a la suma que queda, y, en ausencia de decisión, la compañía entrará en liquidación ...la disminución o pérdida a que se refiere el artículo citado debe determinarse según los estados financieros, considerando todas las cuentas de patrimonio. El capital social con el que se compara la disminución de capital o pérdida patrimonial es el capital social registrado, y no un capital ajustado por inflación; pues el capital social que habría que reintegrar o limitar, según el Código de Comercio, es el que delimita la responsabilidad de los accionistas, es decir, el expresado en el valor nominal de las acciones, y no este valor ajustado por inflación. Todas las cuentas del patrimonio, entre las cuales figura la reserva legal y cualquier otra reserva, son cuentas preservadoras del capital social, y, por lo tanto, con anterioridad a aplicar el artículo citado, es decir, antes de considerar afectado el capital social, deben tomarse en consideración aquellas cuentas...⁵⁶.

Temas estos últimos que son fundamentales y aplicables a nuestro derecho.

9. En Alemania⁵⁷: “La obligación de convocar a los socios en una situación de crisis, en general también juega un papel en la práctica empresarial. Según la ley la Asamblea General o Asamblea de Socios deberá ser convocada si “lo requiere el bien de la sociedad (art. 121 de la Ley de SA, art. 49 inc. 2 de la Ley de SRL), especialmente si se hubiera consumido el 50% del capital social (art. 92 inc. 1 de la Ley de S.A., art. 49 inc. 3 de la Ley de SRL). Estas obligaciones son de gran importancia en las crisis de las sociedades, porque se trata de posibilidades de saneamiento”. Obviamente ante la constatación en el balance de la pérdida del capital social la acción en Alemania como en el derecho comparado se corresponde a lo que dispongan las normas societarias imperativamente: normalmente recapitalización o liquidación so pena de responsabilidad *ex post*. Es lo que el autor que citamos señala como “Responsabilidad por retraso de insolvencia... Si

⁵⁶ ACEDO SUCRE, CARLOS EDUARDO y ACEDO DE PERVANICHE, LUISA T., “Las reservas de las sociedades anónimas, su relación con el artículo 264 del Código de Comercio y la aplicación de éste a las compañías aseguradoras”. *Estudios sobre Derecho de Seguros, Libro homenaje a los 40 años de la fundación de la Asociación Venezolana de Derecho de Seguros*, págs. 111 y siguientes. Caracas, 2003.

⁵⁷ KARSTEN SCHMIDT, ob. cit., pág. 402.

una sociedad de capital está sobreendeudada o entra en cesación de pagos, el Directorio o los Gerentes deberán solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia si no logran un saneamiento dentro de las tres semanas subsiguientes... Además los acreedores podrán exigir del Directorio o de los Gerentes una indemnización por daños y perjuicios.

Se sostiene que el derecho societario y el derecho falimentar se influyen recíprocamente, bajo las reglas del “corporate government”, imponiendo ante la pérdida total o parcial del capital social la convocatoria a asamblea, configurando el “leitmotiv” de la “profilaxis de la insolvencia” el asegurar la estabilidad de la empresa, adoptando las medidas de saneamiento⁵⁸.

10. La legislación española⁵⁹ regula en su ley societaria a las pérdidas societarias cualificadas, que de no ser atendidas conforme las normas imperativas de la ley —similares a la legislación argentina— imponen un régimen especial de responsabilidad concursal a los administradores de derecho o de hecho, y quienes hubieran tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, condenándolos a pagar a los acreedores concursales total o parcialmente el importe que sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa si el concurso se califica como culpable, siempre que dicha calificación se produzca a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación. Ello se agrega a la acción individual de responsabilidad autorizada por la ley societaria. Se equipara el desbalance contable a la insolvencia, que es un “mecanismo de anticipación exclusivamente societario”. Las pérdidas cualificadas acaecen cuando dejen “reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente”, imponiendo a los administradores el deber de convocar a junta general en el plazo de dos meses desde la concurrencia de la causa de disolución, para que sean los socios los que decidan si continúan con la actividad empresarial eliminando la causal o si optan por disolver la sociedad, debiendo en caso contrario los administradores solicitar la disolución judicial o el concurso si hubiere causales para ello. “Se ha asignado a esta disolución por pérdidas, que encuentra su origen en el modelo francés (art.

⁵⁸ Expresamos la visión de M. S. Spolidoro comentando la tesis de ALEXANDROS N. ROKAS, “Die Insolvenz prophylaxe als Bestandteil der Corporate Governance im deutschen Aktienrecht”, BadenBaden, Nomos 2012, registrada en *Rivista delle Società* anno 57°, noviembre-diciembre 2012 fas. 6°, pág. 1353.

⁵⁹ PULGAR EZQUERRA, JUANA, “Las pérdidas societarias cualificadas: la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital y la solicitud del concurso de acreedores” en *Sociedades Comerciales. Los administradores y los socios. Responsabilidad en Sociedades Anónimas* AAVV directores José M. Embid Irujo - Daniel Roque Vitolo, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, pág. 29 y ss.

241 de la Ley de Sociedades Comerciales francesa), una función anticipadora y preventiva de situaciones de insolvencia, pues el déficit patrimonial que se contempla en el art. 260.1.4. —de la ley societaria española— no es en relación al pasivo exigible, sino el relación al capital nominal, en una situación grave... no parece de nuevo que deba ser el concursal un ámbito empleado prioritariamente para la reorganización empresarial”⁶⁰.

11. Adviértase que en todos esos países la regulación anticipatoria de la crisis es más exigente que en el derecho argentino, donde la causal de disolución del capital social se dispara recién cuando el mismo está agotado, o sea cuando la pérdida alcanza al 100% del capital determinado en el Estatuto.

VII. Para la investigación

Las concepciones dogmáticas carecen de interés si no tienen efectos prácticos.

1. La constatación de pérdida del capital social determina contablemente que los socios han perdido totalmente su inversión. La ley societaria les otorga la posibilidad de reintegrar o aumentar el capital social, evitando la liquidación. El apartarse de tales conductas importa generar responsabilidad a los administradores y a los socios (art. 99 LSA). Esto se integra a la llamada responsabilidad social empresaria, y el apartamiento aparece hoy como una violación al orden público, si se constata que la sociedad ha continuado su giro contaminando al mercado, perjudicando a los acreedores posteriores, comprometiendo la conservación de la empresa y el empleo. En tal supuesto, el intento de homologación de un acuerdo de quita implica un abuso de derecho para no asumir sus obligaciones los socios y enriquecerlos, con empobrecimiento de los acreedores y la posibilidad de un fraude a la ley de sociedades.

Se podría aceptar la quita frente a un empresario individual, pero muy difícilmente ante el concurso de una sociedad. Así también lo sostuvo el Prof. Dr. Vicente Aznar en las 12as. Jornadas de Sindicatura Concursal (Córdoba, 2012) donde disertó magistralmente sobre “Propuestas abusivas”⁶¹.

⁶⁰ PULGAR EZQUERRA, ob. cit. págs. 38 y 41, esto último en forma coincidente con la jurisprudencia de nuestra Corte en el caso Comercial del Plata S.A. - concurso.

⁶¹ Que comentamos en “Insolvencia Societaria (visión reforzada por el Proyecto de Reformas del Código Civil y Comercial)”, posterior conferencia de apertura del día 7 de diciembre de 2012 en las 12as. Jornadas de Sindicatura Concursal, organizadas los días 6/7 por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Córdoba, a la que hemos agregado las notas de control y algunas importantes referencias sobre las conferencias del día 6 y del debate suscitado durante y al término de nuestra exposición, y que puede consultarse en www.acaderc.org.ar.

2. Ese incompleto cuadro del repaso de normas societarias y algunas concursales, genera una serie de preguntas, difíciles de contestar frente a la actuación irregular de administradores y, a veces, de socios: de la necesidad de conservar la empresa viable y que generó empleo; del concursamiento de las sociedades con pérdida del capital social sin haber transitado el camino de las normas imperativas, y si el acuerdo con quita no implica un abuso de derecho y un fraude a la ley societaria. Todo un desafío a la imaginación ante las conductas desviadas. Hay respuestas, pero ellas devendrán en próximos ensayos.

Por ahora es importante centrar la discusión en los aspectos que hemos puesto de resalto para la meditación y el análisis, para el disenso y la construcción de un sistema anticrisis societario integrado.

Enfrentamos un problema metodológico. No podemos exigir eficiencia al sistema concursal si los administradores de la sociedad en crisis no han satisfecho las previsiones de las normas imperativas que resguardan el uso funcional del medio técnico organizativo. Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios inicialmente desde la normativa societaria, similar en todos los países.

La reforma de la ley concursal, es impensable que pueda solucionar los problemas de las crisis societarias, que son abordadas primariamente por la ley específica. El análisis de la legislación integral es fundamental.

Si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es porque no existe un adecuado plan que determine la viabilidad y la rentabilidad de la empresa.

Los socios tienen el deber de reintegrar el capital si este se hubiere perdido y se optare por no liquidar la sociedad. Se trata a toda costa de evitar que la sociedad siga contagiando en el mercado. Obviamente que de no desear reintegrar el capital social, la ley les brinda la posibilidad de recurrir al aumento de ese capital, con la intervención eventual de terceros, incluso a través de la solución normativa del art. 197 LSA de capitalizar el pasivo.

3. La preconcursalidad societaria, con bajo coste de transacción, asegura la conservación de la empresa. La aplicación de las normas imperativas revisadas constituye una obligación para administradores y socios, y un compromiso ético para los asesores en las ciencias económicas y jurídicas, en pos de la paz social y el desarrollo productivo.

Toda la regulación de la preconcursalidad societaria está vinculada a la viabilidad de la empresa. Es una forma de imponer un plan mínimo: reintegrar o capitalizar, por una parte si se entiende que la empresa o el objeto es viable, o liquidar la sociedad en caso contrario. Así se advertirán los congruencias entre las uniformes regulaciones societarias y el derecho concursal ambas en el derecho comparado.

Nuestros artículos, polémicos, intentan incentivar trabajos de investigación, ojalá lo logremos, particularmente en un tema fundamental para fomentar emprendimientos productivos.



TELETRABAJO Y SU INSERCIÓN EN LA LEGISLACIÓN LABORAL, UN NUEVO CAPÍTULO[†]

*Carla Saad de Bianciotti**

Resumen: El teletrabajo en relación de dependencia comienza a insertarse en la legislación del trabajo como figura de prestación de servicios posible y diferenciada de la prestación típica. El artículo supera el análisis conceptual de la figura, para describir y reflexionar sobre la inserción del instituto en el modelo de legislación actual.

Palabras claves: Teletrabajo – regulación – legislación laboral.

1. Introducción

La relación de trabajo tradicional conformada por un trabajador que prestaba su servicio a las órdenes de un empleador en la sede de la empresa, utilizando las herramientas que éste le brindaba para realizar su tarea, constituía la regla general hasta la llegada del teletrabajo. Este, entendido como una forma que cambia los conceptos tradicionales al realizar la prestación mediante el uso TIC en el hogar del trabajador o en otro domicilio que no sea el del empleador, vino a favorecer el mercado laboral en cuanto se sostiene entre sus ventajas que disminuye los índices de desempleo y favorece la inserción laboral de sectores desprotegidos (mujeres, discapacitados, entre otros).

Ante la ausencia de legislación específica hasta casi fines del 2012, se describe y analiza a continuación, los primeros intentos de regular el teletrabajo bajo sus particularidades específicas o por las ventajas de su singular modalidad de prestación.

2. El problema del concepto

Hicimos referencia en trabajos anteriores a la diversidad de conceptos para enunciar esta forma de prestación de servicios mediante el

[†] Recibido el 05/05/2013, Aprobado el 26/09/2013.

* Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Categoría III, directora de Proyectos SECYT-UNC, Profesora de Taller de Jurisprudencia I y Práctica Profesional III, Secretaria de la Revista de la Facultad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. E-correo: carlzaasad@hotmail.com.

uso de tecnologías de la información y comunicación (TIC), llamada Teletrabajo¹.

Para construir una definición, diferenciamos el concepto general del que corresponde a la relación de dependencia. Así denominamos *Teletrabajo* al trabajo (prestación de obra o servicios) realizado a distancia, en domicilios ajenos al locador, mediante la utilización habitual y regular de tecnologías de información y comunicación TIC y al *Teletrabajo en relación de dependencia* como la prestación de actos, ejecución de obras o prestación de servicios de un contrato o relación de trabajo, sea realizada mediante el uso habitual y regular TIC, ejecutada total o parcialmente a distancia, ya sea en el domicilio del teletrabajador o en cualquier otro lugar ajeno a establecimientos del empleador. Se especificó que en el uso de TIC, lo “habitual” podrá ser entendido como *lo que se hace, padece o posee con continuación o por hábito*, y lo “regular” podrá ser entendido como *lo uniforme, sin cambios grandes o bruscos*.

Arribamos a esta definición teniendo en cuenta los elementos esenciales de la relación a fin que resulte omnicomprendiva de la mayor cantidad de trabajadores bajo esta modalidad. Así, se descartaron algunos términos de otras definiciones propuestas en doctrina, tales como el “agregar un valor” al trabajo, ya que se consideró que dicha terminología excluiría una población importante de trabajadores a distancia mediante el uso de TIC.

El concepto enunciado se encontraba en un marco de regulación carente de normativa específica sobre el mismo, sólo eran materia contrastable las otras definiciones construidas en doctrina o las del derecho comparado. Es importante destacar que no podemos hablar de “vacío legal” entendido como falta de regulación, es que un *teletrabajador* en esencia es un trabajador y como tal le corresponde la aplicación del plexo normativo laboral, pero entendemos que la especificidad del tipo de prestación de servicios que se trata requiere de regulaciones que se ajusten a la figura en especial.

Luego de anunciadas leyes para regular específicamente las características de esta modalidad de trabajo (prestación a distancia, medidas de seguridad, provisión de herramientas de trabajo, medidas de control, entre otras) y tras los distintos proyectos de ley ingresados al Congreso, entre los que se cuentan los proyectos con origen en el Ministerio del Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación MTEySS en su Coordinación de Teletrabajo, hasta el momento no han tenido discusión parlamentaria, por

¹ Para profundizar sobre el tema ver nuestro trabajo, “Panorama legislativo actual”, *Anuario XIII*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2012, pág. 495.

lo tanto tampoco sanción. Es entonces que por vía de reglamentaria, la Superintendencia de Riesgos del Trabajo SRT dicta la Resolución 1552/2012 (B.O. 14/11/2012) que en su artículo 1 define qué 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.*

Tal iniciativa no hace más que responder a la realidad sociolaboral del momento: *la creciente demanda de un mercado laboral que tiende a la incorporación de teletrabajadores, lo que responde a una política que incentiva la incorporación de nuevos trabajadores al circuito laboral; *la inclusión de grupos excluidos como son los discapacitados, las mujeres, los jóvenes y los mayores, sumado a *las ventajas que presenta para los empresarios la modalidad (ahorro de costos, mejorar rendimientos, menor infraestructura, entre otros) y *las ventajas para la sociedad en cuanto a la reducción de la tasa de desempleo y la reducción del costo social ecológico (contaminación ambiental).

Este concepto fue construido bajo la mirada proteccionista que inspira todo el sistema normativo laboral. Es que ante la creciente incorporación de teletrabajadores en las empresas y la falta de adecuación de la regulación existente con la especificidad de la prestación, se tornó necesario evidenciar la protección que deberían estar prestando las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART) frente a los infortunios del trabajo, en cuidado de la salud del trabajador.

El concepto es abarcativo de la mayor cantidad de trabajadores que utilicen como medio de trabajo las TIC, en modalidad total o mixta², tanto en el domicilio asiento del hogar del teletrabajador como en otros, excluyendo el domicilio de la empresa y sus establecimientos. Destacamos la amplitud del concepto en cuanto a la cantidad de trabajadores incluidos en este universo, ya que no se exige la necesidad de agregar como propiedad un “valor” al trabajo (cuestión que nosotros descartáramos a la hora de construir uno propio), sino que tampoco se tiene en consideración como diferencia específica, la adjetivación sobre “regular” y “habitual” dada en nuestra conceptualización. Agregar un “valor” o calificar como exigencia aquello que es “regular y habitual” tenía en miras una metodología que permitía precisar la población comprendida en el concepto, a fin de evitar

² Se entiende “modalidad total” cuando el teletrabajador presta su servicio en jornadas completas fuera de la empresa y “modalidad mixta” cuando el teletrabajador alterna jornadas fuera de la sede con jornadas en la empresa.

confusiones con modalidades cuya utilización de TIC sean menos constantes.

3. El teletrabajo en la legislación laboral actual

3.1. Su inclusión en el sistema de riesgos del trabajo

La Resolución 1552/2012³ (B.O. 14/11/2012) de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) es el primer acto legislativo de reconocimiento en el plexo normativo laboral, de la existencia de esta modalidad con características especiales. La normativa es resultado de la propuesta que elevara la Coordinación de Teletrabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, producto de la experiencia de trabajo de ésta con la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) y la Red de Teletrabajo, conforme los resultados recogidos en el “Programa de Seguimiento y Promoción del Teletrabajo en el Sector Privado”⁴ (PROPET) por la aplicación del “Manual de Buenas Prácticas en Teletrabajo” implementado en las empresas adherentes al programa y cuyos resultados motivan la norma.

Entre sus fundamentos se considera la necesidad de regular en forma especial aquellas problemáticas diferenciadoras del teletrabajo en el ámbito del riesgo del trabajo, a fin que “contemple las condiciones mínimas de seguridad e higiene para los trabajadores que se desempeñen bajo la modalidad de teletrabajo en el marco de las Leyes Nros. 19.587 y 24.557”, postulación que adherimos.

Al momento de analizar como objeto de estudio al teletrabajo, nos referimos al grave inconveniente de la identificación del trabajador y su caracterización dentro del grupo de teletrabajadores, más si tenemos en cuenta el porcentaje de trabajadores no regularizados existentes en el mercado laboral. Pero esta cuestión no se limita a la identificación como teletrabajador sino también identificar su localización física (recordemos que la prestación se realiza fuera del establecimiento o sucursales del empleador) y la consecuente posibilidad de fiscalización de los organismos pertinentes.

A efectos de abordar el tema planteado con aplicación al riesgo del trabajo, el artículo 2 de la Resolución 1552/2012 establece la obligación del

³ Vigente a partir del 1 de noviembre de 2012.

⁴ El “Programa de Seguimiento y Promoción del Teletrabajo en el Sector Privado” (PROPET) es un programa piloto implementado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación con el objeto de promocionar la incorporación de teletrabajadores en las empresas adherentes.

empleador de notificar a su ART: *lista de trabajadores (apellido, nombres y C.U.I.L.); *lugar y frecuencia de teletrabajo (cantidad de días a la semana) y *posición o tareas asignadas a los trabajadores (administrativas, ventas, otras).

Este artículo posibilita el control que puede ejercerse sobre las condiciones de trabajo, reglamentándose esta posibilidad en el artículo 4, Resolución 1552/2012. La verificación de las condiciones de trabajo estarán sujetas a dos condiciones: *el consentimiento del trabajador y *la fijación de día y hora. Ambas condiciones relacionadas directamente con la particularidad del teletrabajo, ya que al “confundirse” el ambiente laboral con el ambiente familiar, será el derecho de intimidad del trabajador y su familia, el valor a resguardar con prioridad al control administrativo. Más aún, el “control-visita” deberá ejercerse por parte de la empresa sólo a través de un profesional de Higiene y Seguridad, que podrá ser acompañado por otro técnico de la ART o un representante de la entidad gremial.

Esta cuestión puede suscitar algunos conflictos posteriores, pensemos entonces algunas hipótesis:

1.- No prevé aquí la posibilidad de control directo por parte de la ART, sino que solo contempla la facultad del empleador, cuya única condición será recibir el consentimiento del trabajador y, fijar día y hora. Cabe preguntarnos cuál será la consecuencia en caso de negativa del trabajador ya que no se exige como condición la fundamentación de la misma. Parece ser que ante su sola negativa, el empleador queda sin posibilidad de ejercer su facultad.

2.- El artículo 4, ley 24.557 (LRT), prevé la obligación de trabajadores y empleadores a adoptar medidas tendientes a prevenir eficazmente los riesgos del trabajo, agregando la norma: *dichas partes deberán asumir compromisos concretos de cumplir con las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo. Estos compromisos podrán adoptarse en forma unilateral, formar parte de la negociación colectiva, o incluirse dentro del contrato entre la ART y el empleador.* A su vez el inciso 4°, respecto del “plan de acción” regulado para cada una de las empresas o establecimientos considerados “críticos” conforme inciso 2°, faculta a la ART a controlar dicho plan y obliga ante un incumplimiento a denunciar tal falta a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.

Entre las sanciones previstas ante un infortunio del trabajo ocurrido por el incumplimiento a la ley de higiene y seguridad del trabajo se encuentra la imposición al empleador de una multa (artículo 5, LRT), establecida en una suma de dinero cuya cuantía se graduará en función de la gravedad del incumplimiento, según un tope económico.

Si bien es cierto que en oportunidad de analizar la problemática del control⁵ (del empleador, del sindicato o de la administración) marcamos que todo sistema debe establecer que el límite del control que ejerza el empleador será la *intimidad de la persona (teletrabajador) y su domicilio*. Creemos que la cuestión no es menor porque el control del que se trata está orientado a la protección en la salud del trabajador que en este caso encuentra un agregado indirecto cuando la prestación es en el hogar, su familia. Por lo tanto sería importante pensar la posibilidad de agregar a la condición que la falta de consentimiento del trabajador sea fundada, dando así la posibilidad al empleador de adecuar las previsiones que afecten la intimidad del trabajador o controvertir esa fundamentación frente al organismo jurisdiccional correspondiente.

Si bien podría el empleador fundamentar su incumplimiento ante la negativa del trabajador de su facultad de ejercer el control y así evitar la sanción, creemos que el fin de la norma no es la imposición de una multa sino la protección de la salud del trabajador.

3.- Queda también sin determinar de quién es la facultad de petitionar la participación del representante de la entidad gremial, aunque según la redacción de la norma parece ser que el empleador podrá convocar al acto de control: a nadie, a un técnico de la ART o a un representante del trabajador. Parece obvia la afirmación que también el mismo teletrabajador podrá exigir la participación del acto de su representante gremial atento la naturaleza de la representación que ejerce éste último, pero no parece claro que pueda exigir la participación de la ART, quedando reservada al requerimiento del empleador.

La Resolución 1552/2012 SRT avanza parcialmente en una de las particularidades marcadas por la doctrina y las legislaciones comparadas que regulan al teletrabajo en especial, el problema de las herramientas de trabajo. La cuestión radica en saber cuáles son las herramientas que empleador debe darle a un trabajador que labora total o parcialmente en su domicilio o en otro que no sea la empresa o sus establecimientos.

En este sentido, el artículo 3 indica la obligación del empleador de entregar al teletrabajador: *silla ergonómica; *extintor portátil contra incendio (matafuego de 1 kg. a base de HCFC 123); *botiquín de primeros auxilios; *almohadilla para ratón (*pad mouse*) y *"Manual de Buenas Prácticas de Salud y Seguridad en teletrabajo".

Consideramos un avance parcial por cuanto prevé solo aquellas herramientas que pueden relacionarse con la adaptación ergonómica del

⁵ SAAD DE BIANCIOTTI, 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, Córdoba, 2011, pág. 338.

trabajador al elemento de trabajo y primeros auxilios, pero —pensamos que lo fue en razón que la regulación tiene como objeto la protección en el riesgo del trabajo— deja de lado otros gastos, que inciden directamente en la economía del trabajador como por ejemplo: *hardware*, *software*, gastos de incidencia en los servicios familiares (telefonía, electricidad, entre otros).

Respecto del “Manual de Buenas Prácticas de Salud y Seguridad en teletrabajo” es un documento construido por la Coordinación de Teletrabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación MTEySS conjuntamente con la Red de Teletrabajo y la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. Tuvo como objetivo explicar a quienes participen del PROPET, las medidas destinadas a evitar las enfermedades profesionales y accidentes de trabajo, de acuerdo a las características y riesgos de las tareas a realizar y provee las herramientas necesarias para que el trabajador pueda evaluar si las condiciones de trabajo son las pertinentes para preservar su salud y evitar riesgos⁶.

Este manual que nace con la intención de explicar, evaluar y prevenir, integra ahora uno de los elementos de entrega obligatoria para el empleador, más aún, el artículo 5 de la Resolución, delega en la Coordinación de Teletrabajo del Ministerio la evaluación de las condiciones generales de trabajo, dándole entonces cierta entidad como principio de interpretación a lo prescripto por el Manual, aunque la reglamentación no determina qué alcances tiene la delegación, ya que no se le atribuye ninguna capacidad de control o sancionatoria.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) coinciden en definir “salud” como “bienestar físico, mental y social de los trabajadores”⁷, bajo las salvedades expresadas con anterioridad, pensamos que la inclusión normativa de las características específicas de la modalidad de trabajo a través de medios TIC fuera de la empresa es un comienzo, que respeta el principio protectorio y tiende a aunar criterios sobre la correcta implementación del teletrabajo en el mercado laboral con el fin de preservar la salud del teletrabajador.

3.2. El teletrabajo en el sistema de enfermedades inculpables

Pero ésta no es la sola novedad del sistema. El artículo 81, ley 24.013, faculta al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la

⁶ Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, Red de Teletrabajo y Superintendencia de Riesgos del Trabajo. “Manual de Buenas Prácticas de Salud y Seguridad en teletrabajo”, http://www.trabajo.gov.ar/difusion/teletrabajo/100924_manual-buenas-practicas.pdf, búsqueda del 28 de abril de 2013.

⁷ TOSTO, GABRIEL, *La Responsabilidad Jurídica por daños a la salud del trabajador —visión teórica y jurisprudencial—*, Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2012, pág. 83.

Nación a establecer periódicamente programas destinados a fomentar el empleo de los trabajadores que presenten mayores dificultades de inserción laboral.

En ese marco, el día 15 de marzo de 2013, se dicta la Resolución 239/2013 MTEySS que autoriza al trabajador que se encuentre bajo “reserva de puesto”, es decir se encuentre cumpliendo el plazo de un año, luego de vencidos los plazos de licencia paga en el caso de enfermedades inculpables —artículo 211, ley 20.744 y mod. (LCT)—, a retornar virtualmente al trabajo, adecuando su modalidad a teletrabajo.

Esta posibilidad está fundamentada en el artículo 212 LCT, que prevé ante la situación de disminución de capacidad que le impidiera al trabajador regresar al trabajo en las condiciones que cumplía anterior al infortunio inculpable, la obligación de su empleador de asignarle otras tareas acordes a su nueva capacidad, sin disminución de su remuneración. Justamente la imposibilidad del trabajador de integrarse físicamente a la empresa hace que deje de percibir remuneración ingresando al plazo de reserva de puesto. Esto atenta contra su subsistencia, ya que la naturaleza del salario es la “alimentación”, en sentido amplio, del trabajador y su familia.

Asimismo, respeta el “principio de continuidad” de la relación laboral preservando la relación sobre la ruptura, eventualmente ocasionada por un infortunio y no por voluntad de las partes.

A los fines de determinar el alcance del concepto teletrabajo, en los fundamentos de ésta resolución ratifica el dado por la Resolución 1552/2012 SRT, afirmando el carácter inclusivo de la mayor cantidad de trabajadores de la categoría y estableciendo unidad de criterio.

3.2.1. Fundamentos para implementar una facultad

La ley 24.013, artículo 1 establece: *las acciones del Poder Ejecutivo dirigidas a mejorar la situación socioeconómica de la población adoptarán como un eje principal la política de empleo, entendido éste como situación social jurídicamente configurada. Dicha política, que a través de los mecanismos previstos en esta ley tiende a hacer operativo el derecho constitucional a trabajar, integra en forma coordinada las políticas económico sociales.* En este marco se faculta al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación como autoridad de aplicación de la ley, para reglamentar en favor de diseñar medidas de políticas tendientes a promover y defender el empleo, la capacitación profesional, la protección de los trabajadores desempleados, entre otras, cuyo objetivo hace operativo el derecho a trabajar consagrado no solamente en nuestra Constitución, sino también en diversos tratados internacionales, entre ellos la *Declaración Universal de*

*Derechos Humanos*⁸ que es la primera declaración mundial sobre la dignidad e igualdad inherentes a todos los seres humanos, en sus artículos reconoce como derecho humano, el derecho al trabajo en condiciones dignas y equitativas⁹, el derecho a la protección de la seguridad social del trabajador¹⁰ y el principio de igualdad ante la ley; la *Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominada “Pacto de San José de Costa Rica”*¹¹ reconoce el derecho al trabajo de las personas y establece la igualdad ante la ley de todas las personas que tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley¹².

En esta razón se fundamenta al equiparar la situación de “reserva de puesto” a la situación de desempleo¹³. Es que en el artículo 211 LCT se suspenden las prestaciones recíprocas de las partes, es decir el empleado no presta su servicio y el empleador no paga remuneración, pero la relación se mantiene en “suspensión” y dicha equiparación justifica la aplicación de políticas de empleo orientadas a la reincorporación del trabajador al circuito productivo. La suspensión es por el plazo de un año a contar del vencimiento del pago de la licencia remunerada, pero la doctrina¹⁴ sostiene que el vencimiento de este plazo de conservación del empleo no implica la ruptura automática del contrato laboral, el vínculo subsiste hasta tanto alguna de las partes decida y notifique a la contraria su voluntad rescisoria¹⁵.

⁸ El primer proyecto de la Declaración se propuso en septiembre de 1948 y más de 50 Estados Miembros participaron en la redacción final. En su resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General, reunida en París, aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos. En Argentina es un Tratado Internacional con Jerarquía constitucional desde 1994. <http://www.un.org/>, búsqueda del 9 de febrero de 2012.

⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 23, Cit.

¹⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 22, Cit.

¹¹ Adoptado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entrada en vigor: 18 de julio de 1978; Argentina: signataria el 2 de febrero de 1984, refrendada el 14 de agosto de 1984 y hecho el depósito el 5 de septiembre de 1984. Ley 23.054, la Provincia de Córdoba adhirió a esta ley nacional por Decreto N°4196 del 31 de agosto de 1984. Es un Tratado Internacional con jerarquía constitucional desde 1994. <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2a.htm>, búsqueda del 31 de mayo de 2011.

¹² Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, ya citada, artículo 24.

¹³ Existe doctrina que critica dicha equiparación al “desempleo” fundamentado en que “1° el trabajador sigue presumiblemente enfermo o incapacitado y 2° en el período de reserva de puesto no puede concertar nuevo empleo”.

¹⁴ MAZA, MIGUEL ÁNGEL, *Ley de Contrato de Trabajo —comentada—*, La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 343.

¹⁵ Compartimos el criterio seguido pero aclaramos que no podemos aceptar la existencia indefinida del contrato ya que, a modo del “abandono de trabajo” el tiempo transcurrido entre el término normativo y la notificación de reincorporación debe guardar el criterio de “razonabilidad” exigido en las relaciones contractuales.

Sostiene la fundamentación de la Resolución 239/2013 MTEySS que el transcurso del plazo de un año de reserva estaba establecido por la ley en virtud de una expectativa de mejoría en la salud del trabajador, mientras que la novedad normativa propone utilizar el plazo de suspensión en la recuperación y en la adecuación en la modalidad de prestar servicios mediante la figura del teletrabajo, en pleno “aprovechamiento” de las nuevas tecnologías.

Ackerman¹⁶ sostiene que para el caso de reasignación de funciones, sin desbordar los límites impuestos al ejercicio de sus poderes de organización y dirección (artículo 66 LCT), el trabajador *debe* aceptar la realización de las nuevas tareas ya que, el no acatamiento del trabajador, en tales circunstancias, supondría un incumplimiento al *deber de obediencia* impuesto por la ley y posibilitaría al empleador aducir *injuria laboral*.

Esta postura pondría en dudas la posibilidad de negativa del trabajador a transformar su modalidad a teletrabajo ante la propuesta del empleador y si fuera así, como se vería respetada la figura del consentimiento del trabajador en una de las prestaciones esenciales ya que, ante su negativa de transformación, podría incurrir en injuria tal que posibilite un despido causado.

Una interpretación posible ante la armonización de normas, permitiría afirmar que el artículo 212 LCT establece una excepción al principio del *ius variandi* posibilitando a las partes a alterar una de las modalidades esenciales del contrato de trabajo que las une, la prestación de servicios. Pero esta excepción cuyo fundamento es a favor del trabajador, no puede volverse en su contra. El contrato requiere, como condición de existencia, del consentimiento (en la tríada discernimiento-intención y libertad) del trabajador, por lo cual no puede considerarse su negativa a la transformación de la modalidad a teletrabajo, como una injuria que posibilite al empleador justificar un despido causado con la consiguiente falta de obligación en el pago de una indemnización.

El criterio seguido por la Resolución 239/2013 MTEySS es establecer una transformación voluntaria de las partes. Para ello regula requisitos, obligaciones e incentivos para la “transformación” bajo el supuesto planteado por el artículo 212 LCT de reincorporación al empleo con capacidad laboral disminuida.

3.2.2. Requisitos, obligaciones e incentivos

El requisito para su ejercicio es la “participación voluntaria y consensuada tanto de la empresa como de la trabajadora o del trabajador en la

¹⁶ ACKERMAN, MARIO E. (Dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Tomo VI, Rubinzal Culzoni Editores, 2009, pág. 595.

implementación". Mientras que el supuesto de reincorporación del trabajador con disminución definitiva de su capacidad planteado en el artículo 212 LCT es una facultad del empleador, ya que el incumplimiento acarrea un incremento en la indemnización del trabajador¹⁷ y no su reincorporación; la transformación de la modalidad a teletrabajo es una facultad que requiere el consentimiento de ambas partes para su ejecución. Entendemos que hay un cambio en las condiciones esenciales de contratación del trabajador, el cambio de modalidad. Este *ius variandi* no puede ser impuesto. Ahora bien, queda claro que será el empleador quien tendrá la decisión final ya que, de no aceptar o proponer el cambio de modalidad, la relación puede quedar extinguida con el solo requisito del pago indemnizatorio con monto reducido por falta de culpabilidad (artículo 247, LCT) ó agravado por el incumplimiento de reincorporar al trabajador a pesar de contar con lugar de trabajo apropiado a su capacidad reducida (artículo 245, LCT). Este consentimiento resultante de un consenso entre las partes no debe causar daño ni patrimonial, ni moral al trabajador, regla del artículo 66 LCT.

Las obligaciones impuestas por la resolución tienen relación con la capacitación. No solo para el trabajador en acciones de formación profesional, sino también para el trabajador y la empresa en el caso que se trate de una actividad diferente a la realizada anteriormente, o en el "Programa de Inserción Laboral". Creemos que ésta es una acción coordinada con los programas de capacitación para teletrabajadores existentes en el ámbito de la Coordinación de Teletrabajo¹⁸ del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.

En orden a la capacitación del trabajador recordemos que en el año 1995, por ley 24.576 se incorpora el capítulo VIII al título II de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744, titulado "De la formación profesional"¹⁹. Allí

¹⁷ Ley 20.744 y mod., artículo 212: "Vigente el plazo de conservación del empleo, si del accidente o enfermedad resultase una disminución definitiva en la capacidad laboral del trabajador y éste no estuviere en condiciones de realizar las tareas que anteriormente cumplía, el empleador deberá asignarle otras que pueda ejecutar sin disminución de su remuneración. Si el empleador no pudiera dar cumplimiento a esta obligación por causa que no le fuere imputable, deberá abonar al trabajador una indemnización igual a la prevista en el artículo 247 de esta ley.

Si estando en condiciones de hacerlo no le asignare tareas compatibles con la aptitud física o psíquica del trabajador, estará obligado a abonarle una indemnización igual a la establecida en el artículo 245 de esta ley..."

¹⁸ Se puede ampliar la información sobre programas de capacitación en www.trabajo.gov.ar.

¹⁹ Ya por entonces, 1995, existía preocupación por asegurar capacitación a los trabajadores cuya modalidad de prestación se veía modificada por la incorporación de tecnología a la empresa. El nuevo capítulo VIII al título II de la LCT permite a la organización sindical solicitar al empleador "la implementación de acciones de formación profesional para la mejor adecuación del personal al nuevo sistema".

se regula estableciendo distintas pautas en *pos* de asegurar capacitación para todos los trabajadores, considerando la promoción y formación en el trabajo como un derecho fundamental del trabajador, en condiciones de acceso igualitario. Entre otras cuestiones, prevé la obligación del empleador de indicar en el certificado de trabajo que ordena el artículo 80 LCT, la capacitación recibida por el trabajador, obligación que creemos debe cumplirse en los casos cuya modalidad fue reconvertida y capacitada luego de su regreso al trabajo.

Los incentivos que otorga la resolución con el fin de fomentar su implementación son orden impositivo favorable a la economía empresarial. Consisten en la entrega de certificados de crédito fiscal por los gastos efectuados en los cursos de formación profesional o para el desempeño en teletrabajo por la nueva empresa contratante, que se implementará a través de los mecanismos o circuitos previstos para la aprobación de proyectos del régimen de crédito fiscal.

Se advierte aquí cierta incoherencia. La Resolución 239/2013 MTEySS tiene como finalidad la reinserción al trabajo del empleado disminuido en su capacidad laborativa bajo el supuesto del artículo 212 LCT, es decir la hipótesis de reincorporación al mismo empleo que tenía antes de sufrir el infortunio inculpable del que derivó la incapacidad relativa, entonces no se comprende la referencia hacia el desempeño del teletrabajo en la “nueva empresa contratante”, ya que la posibilidad no encuadra en el supuesto regulado.

3.2.3. Consecuencias del reingreso al trabajo

La reestructurada relación laboral está entendida bajo el principio de continuidad que rige el derecho del trabajo. Bajo esa inteligencia, el espíritu que inspira la norma del artículo 212 LCT, no interesa para qué tipo de tareas haya sido contratado el trabajador, sino cuáles han de ser aquéllas que pueda realizar después de una enfermedad o accidente a efectos de hacer primar la continuidad del vínculo sobre su disolución²⁰. La facultad de organización otorgada por el artículo 65 LCT al empleador estaba condicionada en una medida razonable en tanto no le exigía al mismo crear un nuevo puesto de trabajo, sino quedaba bajo la posibilidad organizativa de la empresa ocupar otro puesto o crear uno nuevo. Ahora el empleador sigue manteniendo su facultad de organización de la empresa, al necesitarse

²⁰ CNAT, Sala VII, Expte n° 17524/08, Sent. 41805, 13/5/09, “Taboada, Lucas c/ Nueva Chevallier SA s/ despido”, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo - “Boletín Temático de Jurisprudencia (Enfermedades Inculpables)”, Noviembre 2009, www.pjn.gov.ar; búsqueda del 12 de abril de 2013.

el consentimiento de ambos (trabajador-empleador) para reestructurar la modalidad al teletrabajo, pero abre los supuestos al considerar incorporar también una nueva forma de trabajar.

Reconvertido el “período de reserva de puesto” y vuelto a trabajar bajo la modalidad de teletrabajo, renacen los derechos y obligaciones de las partes bajo un nuevo esquema de modalidad.

Si el teletrabajador padeciera una recaída de su enfermedad impidiéndole ejecutar el servicio aún bajo esta nueva circunstancia, entendemos que debe comenzar un nuevo período anual de conservación²¹.

4. Conclusiones

Ambas resoluciones analizadas son producto de la necesidad de adecuar particularidades de la prestación laboral bajo modalidad de teletrabajo que no estaban incluidas en las regulaciones del trabajo existentes hasta fines del 2012. Implican un avance que responde a la inclusión de políticas destinadas a paliar ciertos conflictos sociales y esta razón es esgrimida, no sólo en Argentina para el problema desocupación o la inserción de sectores vulnerables, sino también como sucede en países nórdicos (por ej. Suecia), el teletrabajo es fomentado como una medida a favor de aumentar los índices de natalidad.

Las ventajas del teletrabajo no se reducen al teletrabajador. Hemos referido²² a la disminución del costo para las partes (para el trabajador disminuye el costo de transporte, gastos de comida, etc.; para el empleador disminuye el costo proporcional de los servicios de la empresa); reducción de tasas de ausentismo laboral; incremento de la capacidad de contratación y la posibilidad de conservar a los mejores trabajadores sin restricciones geográficas, entre otros.

Pero también esta relación presenta desventajas, entre ellas las referidas a las condiciones de trabajo. Por ello, consideramos positiva la reglamentación analizada pero no suficiente, resta avanzar: a) sobre el riesgo: *inclusión en el listado de enfermedades propias de la relación bajo uso de TIC; b) sobre las relaciones individuales: *provisión de herramientas de trabajo, *delimitación de traslado de costos al trabajador (impuestos y servicios) en la relación hogar/trabajo, *cuestiones sobre el control y la invasión a la intimidad del trabajador y su núcleo familiar, *control sobre

²¹ En este sentido: CNAT, Sala VI, 18/2/74, “Méndez, Marta c/ Mead Jonson Internacional Ltd”; CNAT, Sala II, Expte n° 5326/03, sent. 9669, 5/8/05, “Córdoba, Miriam c/ Banco de la Nación Argentina s/ despido”, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo - “Boletín Temático de Jurisprudencia (Enfermedades Inculpables)”, ob. cit.

²² SAAD DE BIANCIOTTI, CARLA, *Teletrabajo, su inserción en la legislación laboral argentina*, ob. cit., pág. 331.

la jornada limitada; c) sobre las relaciones colectivas del trabajo: *estudio sobre la articulación del control del empleador y representación del trabajador bajo teletrabajo.

Por supuesto que las problemáticas planteadas no se agotan en las enunciadas, el trabajo conjunto de trabajadores, empresas, sindicatos y gobierno, con el acompañamiento de estudios de investigación apoyarán acciones en pos de lograr la mejor articulación en el cuidado del trabajador y la dinámica laboral.

Bibliografía

ACKERMAN, MARIO E. (Dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Tomo VI, Rubinzal Culzoni Editores, 2009.

MAZA, MIGUEL ÁNGEL, *Ley de Contrato de Trabajo —comentada—*, La Ley, Buenos Aires, 2006.

SAAD DE BIANCIOTTI, 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, Córdoba, 2011.

SAAD DE BIANCIOTTI, CARLA; CHECA, MAGALÍ; GATTESCO, MATÍAS y MURACCIOLE, LORENA, "Panorama de la legislación actual en materia de teletrabajo en relación de dependencia", *Anuario XIII*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2012.

TOSTO, GABRIEL, *La Responsabilidad Jurídica por daños a la salud del trabajador —visión teórica y jurisprudencial—*, Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2012.

Páginas Web consultadas

www.cidh.oas.org

www.infoleg.gov.ar

www.pjn.gov.ar

www.trabajo.gob.ar

www.un.org



DERECHOS PERSONALÍSIMOS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL PROPIO CUERPO[†]

*Patricia Stein**

Resumen: Entre los aspectos valorativos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, se destaca la recepción de la constitucionalización del derecho privado. Este fenómeno se irradia en el ámbito de la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales donde tiene pleno reconocimiento la inviolabilidad de la persona humana y el respeto por la dignidad. En materia de derechos de la personalidad, el Proyecto incorpora un régimen sistemático, algo reclamado desde hace tiempo por la doctrina nacional. En relación a los actos de disposición del propio cuerpo, se regulan las cuestiones relativas a las prácticas prohibidas, las investigaciones en salud humana, el consentimiento informado, las directivas médicas anticipadas y las exequias.

Palabras clave: Derechos personalísimos - persona humana - dignidad - disposición del propio cuerpo - directivas médicas - consentimiento informado.

1. Introducción

En materia de derechos personalísimos, el proyecto toma en especial consideración los tratados de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. Entre otros, pueden mencionarse, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de derechos políticos, económicos y sociales, la Convención de los derechos del niño, la Convención sobre eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, la Convención sobre discapacidad.

Entre los aspectos valorativos, los autores destacan la recepción de la constitucionalización del derecho privado, estableciendo una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado¹.

[†] Recibido el 25/05/2013, Aprobado el 23/09/2013.

* Abogada, Especialista en Enseñanza de la Educación Superior, Adjunta de la asignatura Derecho Privado I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Profesora Adjunta de la asignatura Derecho Civil I de la Universidad Blas Pascal, Co-directora Proyectos de investigación con subsidio de Secyt, e-mail: patristein@hotmail.com.

¹ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

En este sentido se destaca que “la persona y su haz de derechos es punto de articulación del sistema tanto en el orden constitucional como en el privado. Normas constitucionales protectorias de la persona que se aplican al Derecho Privado y derechos personalísimos iusprivatistas adquieran significación constitucional”².

Este fenómeno se irradia claramente en el campo de la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales. En este sentido, el proyecto se perfila como un código humanista, en el que tiene pleno reconocimiento la inviolabilidad de la persona humana y el respeto por la dignidad.

El art. 51 contiene una verdadera declaración de principios al expresar:

ARTÍCULO 51.— Inviolabilidad de la persona humana. *La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.*

La inviolabilidad de la persona humana presupone el derecho que corresponde a todo ser humano a ser respetado en su propia dignidad (honor, intimidad, imagen), como así también en su integridad física (vida, cuerpo y salud)³.

Al igual que lo hace el Proyecto del año 1998, se incorpora un régimen sistemático de los derechos personalísimos, reclamado desde hace tiempo por la doctrina nacional.

2. Actos de disposición del propio cuerpo

Dentro del régimen de los derechos de la personalidad, varias son las normas que corresponden a los de derechos de la personalidad física, regulándose los actos de disposición del propio cuerpo con limitaciones fundadas en principios bioéticos y estableciendo directivas sobre la disposición del cadáver.

A continuación se realizará el análisis de las disposiciones relativas a estos actos, para luego efectuar el cotejo con las prescripciones contenidas en el Proyecto del año 1998.

ARTÍCULO 56.— Actos de disposición sobre el propio cuerpo. *Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la*

² LORENZETTI, RICARDO, “El derecho privado como protección del individuo particular”, *RDPyC* N° 7, Derecho Privado en la reforma constitucional, p. 77

³ Conf. RIVERA, JULIO CESAR, “La Constitucionalización de Derecho Privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., año 2012, pág. 11.

moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial.

El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable.

En relación a los actos de disposición del propio cuerpo, la norma establece limitaciones a su ejercicio. Así, en principio se prohíbe llevar a cabo tanto los actos que produzcan una disminución permanente de la integridad corporal del sujeto, como los que resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, como por ejemplo las auto-mutilaciones.

Sin embargo, los actos que produzcan una minoración permanente de la integridad física serán permitidos, con la condición de que sean requeridos para el mejoramiento de la salud, de la propia persona, y excepcionalmente de otra, como en el caso de la dación de órganos en vida para ser implantados en otras personas, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

Como puede observarse, del texto legal surge con claridad la vigencia de los principios bioéticos de beneficencia y no maleficencia.

Además, se especifica que la ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial, manteniendo la ley 24.193 plena vigencia.

En la parte final de la disposición normativa se evidencia otro de los principios liminares en materia bioética, que es que el consentimiento es libremente revocable, tópico que será desarrollado *supra*.

A continuación se establecerán las similitudes y diferencias con lo proyectado en el Proyecto del año 1998.

En el art. 110 del mismo se establece: "Actos de disposición sobre el propio cuerpo. Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resultan contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, salvo que sean requeridos para la curación o el mejoramiento de la salud de la persona.

La dación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial.

El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo, no puede ser suplido y su revocación no causa responsabilidad alguna".

Del cotejo de los dos primeros párrafos, se advierte textos similares salvo que este Proyecto no prevé la posibilidad de llevar a cabo actos de

disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente en la integridad corporal, para mejorar la salud de otra persona, como lo hace el Proyecto del año 2012.

En el segundo párrafo se advierte el empleo del término “dación”, en lugar de “ablación” y en lo que respecta al consentimiento, en ambas disposiciones se expresa que no puede ser suplido, y que puede ser revocado.

3. Prácticas prohibidas

ARTÍCULO 57.- Prácticas prohibidas. Están prohibidas las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia, excepto las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas.

En esta disposición se prohíben las prácticas eugenésicas, que son aquellas tendientes a la selección de genes, sexo o caracteres físicos o raciales de seres humanos, y que han sido denominadas “prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia” ya que según expresan los autores, esta fue la denominación aconsejada ante consultas realizadas a la comunidad científica⁴.

La prohibición de llevar a cabo estas prácticas cede cuando se realicen con el fin de prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas.

En el Proyecto del año 1998 en el artículo 111, se regulan estos tratamientos, disponiendo: “Prácticas eugenésicas. Quedan prohibidas las prácticas eugenésicas tendientes a la selección de genes, sexo o caracteres físicos o raciales de seres humanos.

Ninguna modificación puede ser realizada a los caracteres genéticos con la finalidad de alterar los caracteres de la descendencia de la persona, salvo que tenga por objeto exclusivo evitar la transmisión de enfermedades o la predisposición a ellas.

Es prohibida toda práctica que afecte la integridad de la especie humana, o que de cualquier modo tienda a la selección de las personas, o la modificación de la descendencia mediante la transformación de los caracteres genéticos. Quedan a salvo las investigaciones que tiendan a la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas”.

Del cotejo de esta disposición con la contenida en el art. 57 del Proyecto 2012, surge la excesiva simplificación de esta última. Recientemente se informó que un grupo de científicos estadounidenses consiguió por

⁴ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

primera vez obtener células madre embrionarias clonadas, es decir, con el mismo ADN, de un adulto, lo que podría conducir al tratamiento de diversas enfermedades, como el mal de Parkinson y la diabetes⁵.

Estimamos que prácticas de tal naturaleza requieren mayores precisiones, como las previstas en el Proyecto del año 1998.

4. Investigaciones en salud humana

ARTÍCULO 58. — Investigaciones en salud humana. *La investigación médica en salud humana relativa a intervenciones (tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas) cuya eficacia o seguridad no están comprobadas sólo puede ser realizada si se cumplen los siguientes requisitos:*

a) ser precedida de una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas para las personas que participan en la investigación en relación con los beneficios previsibles para ellos y para otras personas afectadas por la enfermedad que se investiga;

b) contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que se sujeta a la investigación; el consentimiento es libremente revocable;

c) no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación;

d) asegurar al participante la atención médica pertinente, durante y finalizada la investigación;

e) ser parte de protocolos de investigación para determinar su eficacia y seguridad;

f) contar con la aprobación previa por parte de un comité de evaluación de ética en la investigación;

g) contar con la autorización previa del organismo público correspondiente.

En relación a la investigación médica experimental con seres humanos, se fijan requisitos claros y concluyentes y se reitera el principio básico en materia bioética que el consentimiento es libremente revocable.

En términos generales la disposición normativa sigue la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial sobre principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos.

Resulta razonable fijar como principio, que los médicos puedan utilizar nuevas técnicas, tratamientos, procedimientos, siempre que ellos

⁵ *La Voz del Interior*, "Logran obtener células madre de embriones humanos clonados", Secc. Salud, 16/05/13.

sean recomendables para restablecer la salud del paciente y no existan ya otras terapéuticas que sean más apropiadas. Con esta prescripción “se trata de evitar la utilización del paciente como un elemento puro de investigación o desarrollo de nuevas técnicas”⁶.

El Proyecto del año 1998 no contiene una norma que regule la investigación médica en salud humana.

5. Consentimiento informado

ARTÍCULO 59. — Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. *El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a:*

- a) su estado de salud;*
- b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;*
- c) los beneficios esperados del procedimiento;*
- d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;*
- e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;*
- f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;*
- g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;*
- h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.*

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento, excepto disposición legal en contrario.

Si el paciente no está en condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica ni la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente.

⁶ RIVERA, JULIO CÉSAR, *Instituciones de derecho civil. Parte general*, T. 1, 5ta. ed., editorial Abeledo Perrot, Bs. As, 2010, p. 735.

En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

La disposición normativa comienza definiendo el consentimiento informado como la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a diversos aspectos relacionados con su salud, el tratamiento, los riesgos, beneficios, los procedimientos alternativos, consecuencias de la no realización del tratamiento, el derecho que le asiste a rechazar medidas de soporte vital cuando estuviera padeciendo una enfermedad terminal y el derecho a recibir los cuidados paliativos para mitigar el sufrimiento.

El consentimiento informado es libremente revocable, siendo este un principio básico en materia bioética.

Se establece que nadie puede ser sometido a exámenes, tratamientos o procedimientos quirúrgicos sin su consentimiento, excepto disposición legal en contrario, como en el caso de exámenes médicos prescriptos con carácter obligatorio como por ejemplo el examen exigido para obtener el certificado prenupcial, o el que deben cumplir los interesados en acceder a empleos públicos. Además, el profesional interviniente, podrá prescindir del consentimiento en caso de urgencia.

El supuesto en que la persona no está en condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica ni ha dado directiva anticipada, está previsto en el artículo 59. En este caso el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente. Este último enunciado puede generar alguna controversia dada la vaguedad del término "allegado", generando la inquietud respecto a quien se considera como tal.

En relación a la persona que podrá dar el consentimiento en el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de darlo a causa de su estado físico o psíquico, la ley 26.742 que modifica la ley 26.529 de derechos del paciente, establece que, el consentimiento podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la ley 24.193 de trasplante de órganos, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. Este orden que es más exhaustivo que el previsto en el artículo 59 en análisis, es el siguiente:

- a) El cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido, o la persona que sin ser su cónyuge convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de TRES (3) años, en forma continua e ininterrumpida;
- b) Cualquiera de los hijos mayores de DIECIOCHO (18) años;
- c) Cualquiera de los padres;

- d) Cualquiera de los hermanos mayores de DIECIOCHO (18) años;
- e) Cualquiera de los nietos mayores de DIECIOCHO (18) años;
- f) Cualquiera de los abuelos;
- g) Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive;
- h) Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive;
- i) El representante legal, tutor o curador;

En lo posible, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso médico.

En el Proyecto de año 1998 son los artículos 112, 113 y 114 los que se refieren al consentimiento informado. Se establece que nadie puede ser sometido sin su consentimiento a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos, cualquiera que sea su naturaleza, salvo disposición legal en contrario. Se prevé quien debe dar el consentimiento si el paciente es incapaz de ejercicio o no está en aptitud de expresar su voluntad.

Se establece que la negativa injustificada de las personas mencionadas a consentir un acto médico requerido por el estado de salud del incapaz, se suple por autorización judicial y se prevé que en ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación tiene por objeto evitar un mal grave al paciente, esto no fue receptado por el Proyecto 2012.

En relación a la edad para dar este consentimiento informado, debemos cotejar otras normas del Proyecto.

Conforme lo prescripto por el Art. 26... *Se presume que el adolescente entre TRECE (13) y DIECISÉIS (16) años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.*

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, se requiere que el adolescente preste su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los DIECISÉIS (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Como vemos, en las cuestiones relacionadas con el propio cuerpo cobra plena efectividad el principio de capacidad progresiva. La norma

presume que el adolescente entre los 13 y 16 años, cuenta con la madurez y desarrollo necesario para decidir respecto de prácticas no invasivas y las que no impliquen un riesgo para su vida o salud, como por ejemplo ejercer su derecho a la salud sexual y reproductiva.

Debemos destacar que este reconocimiento legal a los jóvenes del derecho a ejercer una sexualidad responsable no es novedoso, ya que esta facultad está prevista en el Decreto Reglamentario de la ley nacional de salud sexual y procreación responsable (año 2003).

En el régimen vigente, conforme al decreto reglamentario de la ley nacional de salud sexual y reproductiva, a partir de los 14 años los menores pueden tomar decisiones relacionadas con su sexualidad. Esta edad coincide con la que Vélez Sarsfield estableció para que los menores pudieran reconocer hijos sin consentimiento paterno (art. 286 C.C.).

6. Derecho a morir dignamente

El derecho que le asiste a todo ser humano a morir dignamente ha sido receptado en los incs. g) y h) del art. 59 del Proyecto 2012. En el primero, se prevé que en el caso que el paciente padezca una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, tiene el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; en el segundo, se prevé el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Un texto similar contiene el art. 5, inc. g y h de la ley 26.529 modificado por ley 26.742. El paciente tendrá el derecho de rechazar medidas de soporte vital tanto extraordinarias como ordinarias (procedimientos de hidratación o alimentación). Se establece que en todos los casos la negativa o el rechazo de estos procedimientos, no significarán la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente (cuidados paliativos).

Por su parte la ley provincial 10.058, en términos generales sigue los lineamientos de la ley nacional, pero en lo que respecta a la negativa o rechazo de las medidas de soporte vital, es más restrictiva ya que admite la posibilidad de rechazar sólo las extraordinarias, más no las medidas mínimas ordinarias, como la hidratación y nutrición.

Una novedad la constituye la creación del Registro Único de Voluntades Anticipadas, dependiente del Ministerio de salud de la provincia.

El proyecto del año 1998 no contiene prescripciones en relación al derecho a morir dignamente.

7. Directivas médicas anticipadas

Las directivas médicas anticipadas están reguladas en el art. 60 del proyecto 2012. Las mismas no estuvieron previstas en el proyecto del año 1998.

ARTÍCULO 60.- Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanasias se tienen por no escritas.

Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento por quien la manifestó.

La ley 26.529 de derechos del paciente, en el art. 11, que ha sido modificado por la ley 26.742, prevé las directivas anticipadas en términos similares a los del Proyecto 2012. Sin embargo esta disposición normativa, no prevé la facultad del sujeto de conferir mandato respecto de su salud previendo su propia incapacidad, lo que con acierto hace el Proyecto.

Respecto de las directivas médicas anticipadas, recientemente en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁷, se reconoció la plena validez de una directiva dada ante escribano público, en el año 2008, la que no fue revocada, en donde la persona expresó que es testigo de Jehová y que no acepta transfusiones de sangre completa, glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas o plasma bajo ningún concepto, aunque el personal médico las crea necesarias para salvarle la vida.

En este sentido se ha sostenido que “el paciente es el árbitro único e irremplazable de la situación, aun cuando medie amenaza de vida, en función de su derecho personalísimo a disponer de su propio cuerpo que debe ser respetado”⁸.

Una cuestión de importancia agregada por la ley que modifica la ley de derechos del paciente en el art. 11, es que establece la forma que deberá revestir la declaración de voluntad, estableciendo que ésta deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos.

⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, autos: “Albarracini Nieves, Jorge W. s/medidas precautorias”. 01/06/ 2012.

⁸ AIZENBERG, MARISA; ROITMAN, ADRIEL, “Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional”, *La Ley* 2010-A, 826.

Si bien este aspecto hubiera correspondido a la reglamentación de la ley de derechos del paciente, su previsión en la ley ha contribuido a zanjar cuestionamientos que pudieran presentarse en relación a las formalidades que debían observar estas directivas.

En relación al tema, un juez se pronunció en el sentido que una futura reglamentación de la ley, previera también la posibilidad de instrumentar las directivas anticipadas, con todas las garantías del caso, a través de la propia institución de salud en la cual el paciente pudiera atenderse o encontrarse internado, de modo de evitar lo engorroso que pueden ser los trámites como los que se llevaron a cabo en el caso, para obtener la resolución. Además, sostuvo que en la medida en que efectivamente el trámite judicial incluya una entrevista personal del juez con la persona solicitante a fin de evaluar en toda su dimensión la existencia de un consentimiento libre y esclarecido, parecería innecesaria —por sobreabundante— la presencia de testigos⁹.

8. Actos de disposición del propio cuerpo y ley 26.743 de identidad de género

La ley 26.743 de identidad de género en su art. 11, reconoce a las personas mayores de edad, la facultad de someterse a los tratamientos y cirugías que permitan adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa.

En esta cuestión, cobra especial significación la definición que la Organización Mundial de la Salud ha dado de salud al considerarla “un estado general de bienestar físico, mental y social, y no mera ausencia de enfermedades o dolencias”.

Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales y a la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial, se requerirá, además de ser mayor de edad, únicamente, el consentimiento informado de la persona.

En el caso de las personas menores de edad será necesaria la intervención de sus representantes legales, la expresa conformidad del menor, y la autorización judicial. En definitiva será el juez quien conforme al principio de capacidad progresiva e interés superior del menor, deberá evaluar si cuenta con la madurez y desarrollo necesario para dar el consentimiento a la intervención quirúrgica.

Para facilitar el acceso a estas intervenciones, se establece que todas las prestaciones de salud contempladas en el presente artículo quedan

⁹ Juzgado en lo Correccional Nro. 4 de Mar del Plata con fecha: 05/07/2012.

incluidas en el Plan Médico Obligatorio, o el que lo reemplace, conforme lo reglamente la autoridad de aplicación.

9. Exequias

Artículo 61. — Exequias. La persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Si la voluntad del fallecido no ha sido expresada, o ésta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad.

La norma reconoce a la persona plenamente capaz, la facultad de disponer todo lo relacionado con sus exequias, sin exigir forma especial para ello.

Sólo en el caso que la voluntad del fallecido no haya sido manifestada o la misma no se presume, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, se advierte que éstos no podrán dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad.

El proyecto del año 1998 en su art. 116 establecía: “Exequias. La persona capaz de otorgar testamento puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Si no se expresa la voluntad del fallecido, la decisión corresponde al cónyuge no separado judicialmente, y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino contrario a los principios religiosos del difunto”.

Del cotejo de esta disposición con la del artículo 61 del proyecto 2012, se observa que en este último hay una expresa referencia a la posibilidad de presumir la voluntad del difunto, que no tiene el Proyecto del año 1998.

10. Conclusión

En el presente, hemos intentado un paneo del tratamiento que el Proyecto 2012 hace de los actos de disposición del propio cuerpo, describiendo en forma suscita las cuestiones relativas a las prácticas prohibidas, las investigaciones en salud humana, el consentimiento informado, las directivas médicas anticipadas y las exequias.

Estimamos que el Proyecto 2012 en materia de derechos de la personalidad, no merece mayores objeciones. Si bien tiene algunos matices de técnica legislativa perfectibles, ello no opaca el mérito de establecer, como también lo hace el Proyecto del año 1998, un régimen integral y sistemático en la materia, algo reclamado hace tiempo por la doctrina, siendo el reconocimiento de la inviolabilidad de la persona humana y el respeto por su dignidad, el principio liminar sobre el que se construye todo el sistema.

11. Bibliografía

AIZENBERG, MARISA; ROITMAN, ADRIEL, "Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional", *La Ley* 2010-A, 826.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, autos: "Albarracini Nieves, Jorge W. s/medidas precautorias". 01/06/2012.

"Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Juzgado en lo Correccional Nro. 4 de Mar del Plata con fecha: 05/07/2012.

La Voz del Interior, "Logran obtener células madre de embriones humanos clonados", Secc. Salud, 16-05-13.

LORENZETTI, RICARDO, "El derecho privado como protección del individuo particular", *RDP* y *C* N° 7, Derecho Privado en la reforma constitucional.

RIVERA, JULIO CÉSAR, "Instituciones de derecho civil. Parte general", T. 1 5ta. Ed., editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 2010.

RIVERA, JULIO CESAR, "La Constitucionalización de Derecho Privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial", en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., año 2012.



SECCIÓN III
DERECHO PROCESAL

NULIDADES PROCESALES DE LOS ACTOS DEL JUEZ Y LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS Y PROCESALES EN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD: SUS ACTUALES DESAFÍOS[†]

*Rosa A. Ávila Paz de Robledo**

Resumen: Abordamos la nulidad procesal en tres de sus conceptualizaciones: a) Vicios nulificatorios de la forma de los actos procesales. b) Vicios nulificatorios de la voluntad del autor del acto procesal. c) Vicios nulificatorios por el “clare loqui”, en base al análisis de doctrina y legislación nacional, local y de derecho comparado y de jurisprudencia argentina. Nuestras conclusiones reflexivas son que: 1) Desde la Teoría General del Proceso se realice en la nulidad procesal una labor de armonización con el propósito de aportar claridad y precisión en esta temática compleja. 2) Es necesario dejar de lado las ambigüedades que afectan el derecho de defensa (art. 18 CN), y a la par se debe utilizar un lenguaje que, respetando las exigencias técnicas necesarias, sea claro, preciso y comprensible para la persona humana y la sociedad. 3) Propiciamos que en los Códigos Procesal Civil y Comercial de la Nación y Provincia de Córdoba, se incorpore un capítulo de parte general, y en él —entre otras disposiciones—, se recepte al principio “clare loqui” (hablar claro) o de “claridad discursiva”, como vicio de nulidad procesal, legislándose por separado sus aplicaciones para los actos procesales del juez y de las partes.

Palabras claves: Nulidad procesal - Actos procesales del juez - Clare loqui.

1. Preliminares

El presente trabajo procura analizar la nulidad procesal de los actos del juez o tribunal por quebrantamiento o inobservancia de las formas esenciales de los actos procesales. Ello, en función tanto de los decretos que debe ordenar durante la instancia correspondiente, como de las sentencias y autos que dicta para decidir la causa principal o sus incidencias.

En particular, se abordan los siguientes aspectos: **a)** Vicios nulificatorios de la forma de los actos procesales. **b)** Vicios nulificatorios de la

[†] Recibido el 23/07/2013, Aprobado el 24/09/2013.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Doctora Honoris Causae, Universidad Nacional de La Rioja, UNLaR. Profesora Titular (Catedrática) Cát. “A” de Teoría General del Proceso, Catedrática, Cát. “B” de Derecho Procesal Civil y Comercial, Profesora Responsable en la Carrera de Especialización de Derecho Procesal y Profesora del Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales, U.N.C. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Docente Investigadora, UNC. Categoría 1- Ministerio de Educación de la Nación. E-mail: rosaavilapaz@gmail.com.

voluntad del autor del acto procesal. c) Vicios nulificatorios por el “clare loqui”, o de “claridad discursiva”.

Sin embargo, y teniendo en cuenta la amplitud de esta temática, en este trabajo vamos a tratar, centralmente, el principio del “clare loqui” y sus alcances en materia de nulidad procesal de los actos del juez.

2. Actos Procesales

Nuestro sistema jurídico procesal recepta el *principio de legalidad de las formas* con arreglo al cual las formas procesales resultan impuestas por la ley.

Bajo esta perspectiva, todos los **actos procesales** tienen su regulación procesal en lo que hace a su **estructura** comprensiva de estos **tres elementos**:

- a) **Sujeto** que los realiza (juez, partes —en sentido lato— y terceros interesados y terceristas).
- b) **Objeto** sobre el cual recae el acto, ya sea una cosa (vgr. un embargo) una persona (vgr. exclusión del hogar conyugal) o un hecho (vgr. el dictamen pericial). Aquí hacemos hincapié que el objeto del acto procesal debe tener idoneidad para poder lograr el objeto jurídico perseguido (vgr. la declaración de un testigo para probar un hecho) o que no se encuentre prohibido por la ley.
- c) **Actividad** en cuanto a los requisitos de forma o formalidades subjetivas y objetivas (vgr. el actor al entablar la demanda, el juez al dictar la sentencia, etc.) y al tiempo, que bajo las modalidades de plazo o término deben producirse en el proceso judicial (vgr. por ante el juez y en los tribunales, por regla) y en la instancia correspondiente (vgr. 1ª instancia, 2ª Instancia en los procesos civiles escritos e única instancia en los procesos civiles orales).

Una constante que debemos destacar es que los actos procesales del juez se legislan con menor libertad y más formalismo que los actos procesales de las partes, como consecuencia que las mismas, cuando ejercen su garantía de defensa en juicio (vgr. el actor: el rol activo de la defensa y; el demandado: el rol pasivo de la defensa) lo hacen en ejercicio de su propia libertad, lo cual les aporta mayores amplitudes y alcances.

3. Sanciones procesales

El cumplimiento de las formas procesales da lugar a una actividad procesal regular y válida, que brinda una cabal tutela a los intereses en disputa.

En esta línea, a los fines de asegurar su cumplimiento, se prescriben las **sanciones procesales**, con un campo de aplicación restrictivo por sustentarse en el *principio de taxatividad legal*, el cual impone que las sanciones procesales deben estar reguladas en las leyes procesales.

En el presente trabajo nos enfocaremos —principalmente— en una de las especies de sanciones procesales relativas a la **nulidad procesal**.

Al respecto, la *premisa* de la cual debemos partir es que no todo acto procesal defectuoso —irregular— resulta pasible de nulidad procesal, toda vez que para su configuración es preciso invocar y acreditar un perjuicio, esto es, la lesión al derecho de defensa en juicio, quebrantándose así el principio de igualdad y el contradictorio.

4. Nulidad procesal

4.1. Antecedentes históricos

El estudio de la nulidad procesal exige remontarnos al Derecho Romano atento la significativa influencia que tuvo y tiene en nuestra tradición jurídica.

El primero de los antecedentes reside en la **Ley de las XII Tablas** dictada —aproximadamente— a mediados del siglo v a.C. En esa época, el panorama político social se caracterizaba por las diferentes clases de patricios y plebeyos. En este sentido, Silvia Pereira Puigvert sostiene que la aprobación de esta ley representa “el fundamento esencial del “*ius civile*” (derecho civil)¹.

A su vez, la Ley de las XII Tablas contenía disposiciones concernientes al proceso, tipificación de delitos penales, derecho sucesorio y de familia, los sistemas de propiedad y posesión, el régimen de las obligaciones y el derecho funerario.

En referencia al Derecho Procesal, establecía un sistema absolutamente formalista, conforme al cual si una parte incurría en cualquier error, se declaraban nulas todas las actuaciones hasta el momento del error y por supuesto perdía el juicio. A su vez, los actos anteriores al del error, también dejaban de tener efectos para el autor de la equivocación, dándose una situación equivalente a una inexistencia de las actuaciones anteriores.

Sin embargo, el instituto que nos interesa es la “**restituciones in integrum**”, que implicaba una reposición a un estado jurídico anterior. “*Se producía mediante una declaración del magistrado en la que afirmaba no*

¹ PEREIRA PUIGVERT, SILVIA, *La ineficacia de los actos procesales-Sistematización y clarificación de conceptos*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011, p. 18.

tener conocimiento de los efectos de un determinado acto. Los presupuestos de adopción se referían a la necesaria existencia de un daño irreparable o a otros motivos estipulados en el edicto. Se podía dar en casos de dolo, intimidación o error y antes o después de la celebración del juicio”².

Otro antecedente valioso, es la “**appelattio**”, que —en una primera etapa— se trataba como un procedimiento extraordinario, mas luego de Diocleciano y su restructuración del Imperio, pasa a ser un procedimiento ordinario que se reservaba para los casos de injusticia del fallo y su procedimiento se sustanciaba ante el tribunal superior al que dictó la sentencia.

Luego, con la germanización del Derecho Romano surge la denominada “**querela nullitatis**” que implica un avance de la concepción de inexistencia al concepto de nulidad de modo tal que la “*sentencia nula o viciada de algún defecto pero impugnabile y, por consiguiente, existente*”. A su vez, a la par también tenemos el instituto de la “**exceptio nullitatis**”³.

La nulidad procesal tiene recepción en el derecho español, a través del cual se va pergeñando nuestro derecho patrio, lo que —*a posteriori*— da sustento a nuestro derecho nacional y provincial.

4.2. Conceptualizaciones

Lino Palacio enseña que la nulidad procesal “*es la privación de efectos imputada a los actos del proceso que adolecen de algún vicio en sus elementos esenciales y, que por ello, carecen de aptitud para cumplir el fin al que se hallen destinados*”⁴.

Por lo tanto, en una **primera aproximación**, de acuerdo a la doctrina pacífica, la nulidad procesal se vincula con la ilegalidad, toda vez que tiene una directa relación con los vicios formales en la estructura de un acto procesal y, por ende, con la actividad procesal que se hubiese cumplido.

Asimismo, en una **segunda aproximación** la nulidad procesal se amplía a los fines de comprender también a los vicios en la voluntad de autor de acto procesal, como motivo nulificadorio.

En este sentido, existe un sector de la doctrina, entre los cuales se enrola Jorge Peyrano, quien expresa que “*el acto procesal en particular y el proceso en general son organismos teleológicos que como tales no pueden permanecer indiferentes cuando la respectiva finalidad no se cumple, se cumple mal o sólo aparentemente*”. Y agrega, “*No nos cansaremos de repetir*

² *Ibidem*, p. 21.

³ *Ibidem*, ps. 21-22.

⁴ PALACIO, LINO E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Décimo Octava Edición Actualizada, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 14 de mayo de 2004, p. 331.

que durante mucho tiempo el formalismo inherente y aún necesario para la buena marcha del proceso, se transformó en un rictus crispado que desterró sin miramientos todo intento de 'humanizarlo', si por tal se entiende que el respeto principista a la forma no debe hacer perder de vista la calidad instrumental del proceso y su consiguiente carácter de sirviente de los protagonistas del drama que involucra. 'El proceso por el proceso' no puede ni debe existir. La 'justicia robótica' (aquella que sólo se preocupa por construir silogismos perfectos sin parar mientes en que el silogismo judicial es imperfecto porque en su elaboración interfiere un sistema de valores), tampoco"⁵.

Dentro de este orden de ideas, Lino E. Palacio, nos enseña que "no existen razones válidas que autoricen a excluir, del concepto enunciado, aquellos vicios que afecten a los requisitos propios de los restantes elementos del acto procesal (falta de competencia del órgano o de capacidad de las partes, vicios del consentimiento cuando ellos fueren invocables, ilicitud del acto). De allí el término genérico que utiliza el art. 169 párr. 2ª CPN"⁶.

Enrolándose en esta misma línea, Enrique Véscovi, reseña que los vicios de la voluntad del autor del acto procesal en cuestión, pueden derivar en cuestiones de fraude. Es así que nos plantea las diferencias existentes entre el acto nulo y el acto ilícito. En el primero —es decir en el acto nulo— se da una omisión o un erróneo cumplimiento de las formas procesales y ello se sanciona con la invalidez, con lo cual nos manejamos únicamente en el ámbito procesal. Mientras que el acto ilícito es contrario a derecho y puede dar lugar a una condena penal (vgr. el cohecho pasivo del juez que recibe la coima). A su vez, en el plano procesal, dicho vicio nulificador puede acarrear la nulidad de la sentencia y también del proceso judicial. En síntesis, el citado autor nos precisa que "los actos ilícitos violan normas jurídicas prohibitivas e imperativas; los nulos, normas imperatorias, las que se fijan el orden y las formalidades de los juicios"⁷.

En el proceso judicial, las nulidades procesales se rigen por los ordenamientos procesales civiles y comercial de carácter nacional y provincial, respectivamente, mas cuando se trata de nulidades de los actos jurídicos se aplican las disposiciones que correspondan, como el Código Civil (arts. 1037 y ss.).

En este siglo XXI, se pergeña una **tercera aproximación de la nulidad procesal** a los fines de atender la aplicación del principio del "clare loqui" durante el trámite del proceso judicial y en los fallos.

⁵ PEYRANO, JORGE W., "Nulidades por vicios intrínsecos del acto procesal (vicios de la voluntad del actor del acto)" en *Primeras Jornadas Chaqueñas de Derecho Civil y Procesal Civil*, en Jurisprudencia Argentina, Bs. As., 20 de mayo de 1987, Nº 5516, p. 15.

⁶ *Ibidem*, p. 332.

⁷ VESCOVI, ENRIQUE, *Teoría General del Proceso*, Temis, Bogotá, Colombia, 194, ps. 257-258.

5. Vicios nulificatorios del acto procesal

Los vicios nulificatorios del acto procesal, pueden ser —como regla— **extrínsecos**, es decir, de carácter procesal o formal.

A ello cabe agregar otros de orden excepcional, tales como los **intrínsecos**, referidos a los vicios de la voluntad del autor de dicho acto procesal y también, el supuesto particular de los vicios nulificatorios por la aplicación del “**clare loqui**”.

5.1. Vicios nulificatorios de la forma de los actos procesales

Existe consenso doctrinario en que los vicios nulificatorios intrínsecos son aquellos que hacen a la forma del acto procesal.

Los **vicios extrínsecos**, se dan en el proceso judicial y responden a criterios objetivos y subjetivos, respectivamente.

Por un lado, el **criterio objetivo**: es el que atiende a los defectos de forma como son las formalidades del acto procesal y el plazo dentro del cual debe cumplirse el mismo.

Por otro lado, el **criterio subjetivo**: es el que atiende —centralmente— a los defectos del poder para pleitos, en lo que hace a su vigencia y a las facultades otorgadas en sus diversas modalidades (poder general para pleitos, poder especial para pleitos y los poderes judiciales como son el poder *apud acta* y la carta poder).

5.2. Vicios nulificatorios de la voluntad del autor del acto procesal

Los **vicios intrínsecos** representan la ausencia de los requisitos que exigen las leyes de fondo, razón por la cual, se rigen por la legislación material.

Al respecto, existen divergencias en la literatura procesal en torno a si la voluntad constituye un requisito subjetivo del acto procesal. En este sentido, podemos sistematizar las que se detallan a continuación:

a) En la **primera corriente doctrinaria**, se enrolan Chiovenda y Calamandrei —entre otros— y, en nuestro país, Jorge A. Clariá Olmedo.

Esta tesis sostiene que el derecho sustancial es el que delimita los vicios sustanciales mientras que el derecho procesal es el que configura y enmarca a los vicios procesales. Ello, a su vez, opera como una solución clara e inequívoca presentando, de este modo, una gran ventaja.

Por consiguiente, esta teoría prioriza a la forma como elemento externo del acto procesal y, prácticamente, deja de lado a la voluntad del autor del acto procesal, como elemento interno.

Es por ello que identifican el elemento interno con la voluntad declarada por el autor del acto procesal, no admitiendo la posibilidad de que los mismos existan en los actos procesales. Por cuanto:

- La *falta de discernimiento* excluye la capacidad procesal de las partes o del juez, lo cual constituye uno de los presupuestos de la relación jurídica procesal.
- El *error de hecho propio o provocado a través del engaño* (dolo) resulta incompatible con la naturaleza del proceso.
- La *violencia* debido a la presencia del juez o provocada por una de las partes o de un tercero físicamente para obtener un acto procesal, es motivo para la inexistencia del acto procesal. La *coacción moral o psicológica* no impide la existencia pero si la eficacia del acto procesal.

Esta corriente doctrinaria fue muy importante en su época porque permite afianzar la autonomía del derecho sustantivo y del derecho procesal.

b) En la *segunda corriente doctrinaria*, tenemos autores de la talla de Redenti, y en nuestro país a Hugo Alsina, entre otros.

Esta teoría no identifica el requisito interno de la voluntad con la voluntad declarada del autor del acto procesal, pero si admite que se investiguen los vicios de la voluntad únicamente en los actos procesales que son los “negocios jurídicos”.

En efecto, admiten que en los negocios jurídicos procesales tiene importancia la discordancia que puede existir entre la voluntad que se declara y la efectiva voluntad que tiene el declarante. Por consiguiente, propician que se apliquen al acto procesal, las disposiciones del derecho privado referidas a los vicios de la voluntad.

Esta otra corriente doctrinaria supera en forma parcial a la anterior, dado que admite atender a los vicios de la voluntad del autor del acto procesal, en un solo supuesto específico: los negocios jurídicos⁸.

c) La *tercera corriente doctrinaria* es liderada por Augusto M. Morello, Roberto I. Berizonce, entre otros más.

En esta tesis no se identifica al requisito interno con la voluntad declarada, mas si se acepta investigar los vicios de la voluntad del autor del acto procesal cuando “el elemento intencional influya en la existencia o eficacia del acto”⁹.

⁸ Cfr. E. de MIDON, GLADIS, “Nulidades por vicios intrínsecos del acto procesal (vicios de la voluntad del actor del acto)” en *Primeras Jornadas Chaqueñas de Derecho Civil y Procesal Civil*, en Jurisprudencia Argentina, Bs. As., 20 de mayo de 1987, N° 5516, p. 5.

⁹ *Ibidem*, p. 6.

En efecto, se propicia que no basta la voluntad declarada, sino que es menester que la voluntad interna sea una voluntad conciente y libre como se requiere en los actos jurídicos.

En realidad, esta teoría se perfeña cuando, a partir de la década de 1960, se atemperan los ordenamientos procesales civiles y comerciales en las nulidades procesales, dado que sus alcances trascienden los aspectos procesales y el carácter formalista del derecho procesal, como consecuencia que se atiende al contenido y a los fines del acto procesal.

Esta última teoría trasciende al plano de los efectos, toda vez que sienta las bases para forjar la **acción autónoma de nulidad**, en orden a la anulación del proceso fraudulento y, por ende, de la cosa juzgada fraudulenta o irrita.

En este aspecto, señala Morello que: *“En aquel momento, en el sesenta y siete, el incidente de nulidad se había constituido un poco en la vedette del derecho procesal. Era el micro proceso de los errores o vicios de actividad —indefensión de por medio— pensado, imaginado para las peripicias del procedimiento (cédulas, notificaciones, etc.). Vicios de actividad que pasaban en el proceso durante su estructuración y avance: una desviación en la notificación. Y un manto de silencio o de desinterés, como sucedía con la mayoría de los tópicos del negocio jurídico extraprocesal, cubría las deficiencias ‘básicas’ del acto procesal. Quiero decir, que se ponía entre paréntesis y amortiguaba la esencia del fenómeno, lo que le había pasado al acto jurídico producido en el proceso y desde el punto de vista de su validez y eficacia. Sobremanera no había cobrado el torso, la dimensión que años después se terminaría por acordar a los vicios que están dentro o debajo de la superficie”*¹⁰.

Bajo esta perspectiva, en el horizonte jurisprudencial nacional —como novedad— se declara las nulidades de actos procesales de los sujetos procesales necesarios como son el juez, las partes y los terceros por los vicios intrínsecos del acto procesal (vicios de la voluntad del autor del acto)¹¹. Es más, a esta vía pretoriana de la CSJN, se la conoce con el nombre de “acción autónoma de nulidad”, sin embargo, este interesante aspecto de la nulidad procesal dada su índole, bien merece ser objeto de otro trabajo.

En este aspecto, hacemos hincapié que en las “Primeras Jornadas Chaqueñas de Derecho Civil y Procesal - En Homenaje a Augusto M. Morello”, se trabajó el tema de las Nulidades por vicios intrínsecos del acto

¹⁰ MORELLO, AUGUSTO M., *Estudios de nulidades procesales*, Ed. Hammurabi, p. 152 citado por E. de MIDON, GLADIS, “Nulidades por vicios intrínsecos...”, ob. cit. p. 6.

¹¹ SCJN, caso “Tibold, José y otros”, 23-11-1962, Fallos, vol. 254, p. 320, publicado en La Ley, vol. 110, p. 363.

procesal (vicios de la voluntad del autor del acto)¹² propiciándose su recepción.

5.2.1. Panorama nacional y local

En Argentina, se ha receptado legislativamente esta corriente doctrinaria de atender a la nulidad por los vicios de forma y por los vicios de la voluntad del autor de los actos procesales, en forma restrictiva mediante la acción impugnativa de revisión, que constituye *“una demanda de nulidad de carácter extraordinario que procede por los motivos fijados en la ley procesal para atracar una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada”*¹³.

En efecto, **en la Provincia de Córdoba, el recurso de revisión** se reguló en el Código de Procedimiento Civil y Comercial, Ley Provincial N° 1419, del 9 de diciembre de 1896, dentro del Libro Cuarto, De los recursos y de la segunda instancia, en la Sección Cuarta, De Recurso de Revisión, en el art. 1272, cuyas causas o motivos se correspondían con la casación, con la unificación de jurisprudencia contradictoria y con la revisión *strictu sensu*. Dentro de ésta, la causal que nos interesa rescatar es la que prescribe que se puede recurrir *“la sentencia firme (que) se hubiera obtenido en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta”* (art. 1272 inc. 11). En este aspecto, nos referencia Olsen A. Ghirardi y Juan Carlos Ghirardi¹⁴, que el TSJ. Cba. interpreta que la maquinación fraudulenta se refiere a elementos extraños al juicio¹⁵. Luego, si bien se deroga el ya citado CPC. Cba. Ley N° 1419 y en su lugar entra a regir a partir del 23 de junio de 1996, el actual CPC. Cba., Ley Prov. 8465, destacamos que se mantiene el recurso de revisión, con ampliación de sus causales e inclusive también se mantiene y amplía la causal que referenciamos a los fines de comprender también al “prevaricato” (art. 395 inc. 4).

En cambio, **a nivel nacional** recién la flamante **Ley N° 26.853**¹⁶, crea la Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial y le

¹² Adhesión a las Primeras Jornadas Chaqueñas de Derecho Civil y Procesal Civil - Homenaje a Augusto Mario Morello en Jurisprudencia Argentina, Bs. As. mayo 20 de 1987 N° 5516, ps. 1-26.

¹³ ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA, *Manual de Teoría General del Proceso*, T° II, Ed. Advocatus, Córdoba, mayo de 2006, p. 265.

¹⁴ GHIRARDI, OLSEN A. y JUAN CARLOS, GHIRARDI, *El Recurso de Revisión en la Jurisprudencia Civil Cordobesa*, Ediciones García Torralba, Córdoba, 22 de octubre de 1973, p. 149.

¹⁵ BJC., XIII, 1969,125, TSJ. Cba. *“La maquinación fraudulenta a que se refiere el inciso apunta a elementos extraños al juicio y ocurridos fuera del mismo que se hayan utilizado para llegar a consumir la maniobra que configura el vicio. Esa es la interpretación de la jurisprudencia española desde sus primeros fallos al examinar el art. 1796 inc. 4, que ha servido de modelo al inc. 9 de nuestro art. 1272”*.

¹⁶ La Ley, 26.853, de creación de Cámaras Federales de Casación, fue sanc. 24/04/2013, promulg. 9/05/2013 y publ. B.O. 17/05/2013. La citada ley 26.853, integra el paquete de Nor-

asigna competencia para conocer en el recurso de revisión (art. 4). A la par, legisla en forma expresa al **recurso de revisión**, el cual procede en contra de sentencias y resoluciones equiparables, que hubiesen sido dictadas por las cámaras de apelación y que hayan quedado firmes, “*si la sentencia hubiera sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta cuya existencia se hubiere declarado en fallo posterior irrevocable*” (art. 297).

En este aspecto y a título informativo, señalamos que por una medida cautelar innovativa se suspendió la integración de las nuevas Cámaras de Casación, con lo cual el recurso de revisión —en el ámbito nacional— aún no ha sido aplicado¹⁷.

En ambos ordenamientos procesales, uno el nacional y otro el de la provincia de Córdoba, tienen en común que regulan el prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta como causal de revisión. Sin embargo, el CPC cordobés acuña en el recurso de revisión, más de un centenario de vigencia y de jurisprudencia, en tanto que en el ámbito nacional, el flamante recurso de revisión se encuentra vigente a partir del 17 de mayo de 2013, mas todavía se encuentra pendiente de su aplicación a causa de la ya referida cautelar innovativa.

En otro aspecto más, podemos apuntar que la regulación expresa de la nulidad procesal por los vicios de la voluntad del autor del acto procesal sólo se corresponde de manera específica con el recurso de revisión. No habiéndose regulado —hasta el momento— dentro de la parte general de la nulidad procesal.

5.2.2. Panorama de derecho comparado: España

En España, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000 del 7 de enero, regula dentro de las actuaciones judiciales y más precisamente dentro de las **nulidades de pleno derecho**, a la nulidad de los actos proce-

mativa para la Reforma Judicial-Hacia la Democratización de la Justicia, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, Gráfica Campichuela, Cooperativa Gráfica Campichuela Ltda., junio de 2013, ps. 23-33.

¹⁷ Diario Jurídico de Córdoba, jueves 18 de julio de 2013, Año 11 N° 2577, ps. 1-7, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal, N° 6. 10.07.13, “*Fargosi Alejandro Eduardo c/ Estado Nacional —Poder Ejecutivo Nacional— Ley 26.853*”. En este fallo se declara la inconstitucionalidad de los artículos de la ley 26.854, en cuanto se opongan al ejercicio de la actora al derecho constitucional de la tutela judicial efectiva (*Fallos*: 324:3219), en la presente causa, por resultar ello violatorio de las garantías constitucionales y de los pactos internacionales ya citados y se hace lugar a la medida innovativa a los fines de suspender la aplicación del art. 7 2ª y 3º párrafo de la Ley 26.853.

sales “cuando se realicen bajo violencia o intimidación” (art. 225 inc. 2). Y, renglón seguido, legisla en forma específica lo siguiente:

Artículo 226. Modo de proceder en caso de intimidación o violencia. 1. Los tribunales cuya actuación se hubiere producido con intimidación o violencia, tan luego como se vean libres de ella, declararán nulo todo lo practicado y promoverán la formación de causa contra los culpables, poniendo los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal.

2. También se declararán nulos los actos de las partes o de personas que intervengan en el proceso si se acreditan que se produjeron bajo intimidación o violencia. La nulidad de estos actos entrañará la de todos los demás relacionados con él o que pudieren haberse visto condicionados o influidos sustancialmente por el acto nulo.

Entendemos que esta normativa presenta varios aspectos interesantes, a saber: a) Su ubicación dentro de la parte general de la nulidad de las actuaciones judiciales y no en función exclusiva de una única vía impugnativa. b) Solo recepta a la intimidación o violencia como vicios de la voluntad pasibles de nulidad procesal. c) Se establecen dos modalidades de actuación para la nulidad procesal según se traten de los actos procesales del juez o de las partes o de las personas que intervengan en el proceso.

En efecto, cuando la nulidad procesal corresponde a los actos del juez, los propios tribunales —cuando se vean libres de la intimidación o violencia— son quienes van a declarar la nulidad de los actos procesales y, también deben formar una causa contra los culpables, de todo lo cual se pone en conocimiento al Ministerio Fiscal. En cambio, cuando se trata de la nulidad procesal de los actos de las partes en sentido lato, son éstos quienes deben acreditar que actuaron bajo intimidación o violencia y, entonces, el juez declara la nulidad del acto procesal viciado y de todos los demás que se relacionen con dicho acto viciado.

En este aspecto, Silvia Pereira Puigvert sostiene la necesidad de integrar a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil con su Ley Orgánica del Poder Judicial. Ello por cuanto, la LOPJ de 1985, prescribía que la violencia o la intimidación fuera racional y fundada de un mal inminente y grave. Mas luego la reforma que realiza la LO 19/2003 hace desaparecer esta exigencia (art. 239 LOPJ y art. 226 LEC)¹⁸.

Por último, y aun cuando del citado art. 226 LEC no se prescribe en forma expresa la posibilidad de subsanación, Richard González entiende que lo mismo cabe la posibilidad de subsanación, porque sino se pueden llegar a afectar los propios derechos de las partes¹⁹.

¹⁸ PEREIRA PUIGVERT, SILVIA, *La ineficacia de los actos...*, ob. cit., p. 76.

¹⁹ *Ibidem*.

5.3. Vicios nulificatorios por el “clare loqui”

En este punto, entendemos necesario efectuar un análisis más completo, a cuyos fines nos permitimos desarrollar por separado la doctrina y jurisprudencia del “clare loqui”. Todo lo cual, lo integramos y complementamos con las normativas específicas de las Cartas de Derecho de los ciudadanos ante la Justicia.

5.3.1. La doctrina y el “clare loqui”

La reforma constitucional de 1994 de nuestra Carta Magna incorpora como novedad al denominado “bloque de constitucionalidad”, como consecuencia que el art. 75, inc. 22, incorpora y les atribuye jerarquía constitucional a los tratados que se enumeran en esa normativa constitucional.

Esta reforma constitucional de 1994, tiene una directa incidencia en los alcances de las nulidades procesales porque determina que la sanción procesal de la nulidad no solo se debe enmarcar en los códigos procesales y en función de sus principios propios y de nuevos principios que se vienen acuñando.

- **En primer lugar** buceando entre las primeras fuentes en la Antigüedad, recordamos a Marco Fabio Quintiliano (42 d.C.), y a sus enseñanzas de Retórica en Roma, quien sostenía que: *“La claridad depende de la propiedad de las palabras y de la precisión o adecuada relación del pensamiento y la palabra... Pero si la oscuridad resulta de la abundancia verbal, también nace de la excesiva brevedad o laconismo. La claridad se halla en el justo medio. ‘Yo tengo por la principal virtud la claridad, la propiedad de las palabras, el buen orden, el ser medido en las cláusulas, y, por último, que ni falte ni sobre nada. De este modo el razonamiento será de la aprobación de los sabios e inteligible para los ignorantes’”*²⁰.

- **En segundo lugar**, corresponde destacar al principio del “clare loqui” (hablar claro), como **“subprincipio del favor argumentativo prima facie”**. En este sentido, Armando S. Andruet (h), sostiene que en el proceso judicial tiene cabida un proceso de argumentación forense, que requiere para su realización de *“una tarea recíproca de colaboración entre los que conforman el circuito de tal proceso discursivo y que vendrá a conformarse la mencionada gestión como una labor mancomunada y acerca de la cual ninguno de los intervinientes se podrá excluir deliberadamente.*

²⁰ QUINTILIANO, MARCO FABIO, *Instituciones oratorias*, VIII, cap. II, 2, citado por ALBERTO VICENTE FERNANDEZ, *Educación y palabra (Ensayo sobre Quintiliano)*, Astrea, Buenos Aires, 1987, ps. 70-71.

Desde esta perspectiva toda argumentación forense es al final de cuentas una búsqueda por el logro de una realización de cooperación dinámica (RCD)²¹. Y agrega que “...no se puede desconocer que dicha gestión aparece como posible, sólo en cuanto los argumentantes participen a su vez de una serie de elementos comunes por los cuales se puedan integrar intelectualmente y generar así una finalidad participada por todos ellos. Es decir, que tiene que existir una regla de razón (RR) entre los hablantes”²². De esta manera, explica que el **principio de cooperación dinámica**, deviene de la propia realización de cooperación dinámica (RCD), que se construye en base a cinco subprincipios que se “*presentan como agentes facilitadores para la conclusión de una condición satisfactoria para que se brinde la relación argumentativa*”²³.

El primero de estos subprincipios, y en el único que nos centraremos es el **principio del favor argumentativo prima facie**, “...que en realidad aparece como una suerte de regla de hermenéutica argumentativa y por la cual, como personas razonables que son —o deberían serlo— quienes están argumentando, se impone que los argumentos utilizados por ellos sean claros, evidentes y explícitos. De tal manera que no resulta posible que se argumente, como tampoco que se interprete la misma, por los canales que resulten o parezcan contradictorios, entimemáticos, oscuros u opuestos con el sentido común, con lo que habitualmente acontece o con lo que la práctica corriente ordena”²⁴.

El subprincipio del favor argumentativo *prima facie* o principio “clare loqui” tiene su fundamento constitucional en el art. 18 CN por sus proyecciones en la garantía de defensa en juicio.

• **En tercer lugar**, corresponde puntualizar el **principio de “clare loqui” como carga procesal de las partes y como deber funcional de los jueces**²⁵.

Por un lado, esto es, como **carga procesal**²⁶, Jorge W. Peyrano, precisa que el “clare loqui” es “...una ‘nueva’ carga procesal en el firma-

²¹ ANDRUET, ARMANDO SEGUNDO (h), “El principio de cooperación dinámica en la argumentación jurídica”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2007-2, Sentencia 1, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 23 de octubre de 2007, p. 148.

²² *Ibídem*.

²³ *Ibídem*, ps. 158-159.

²⁴ *Ibídem*.

²⁵ Confr. PEYRANO, JORGE W., “Del ‘clare loqui’ (hablar claro) en materia procesal”, *La Ley* 1992-B, 1159, LLP 1992, 447.

²⁶ Jorge W. Peyrano toma como punto de partida el pensamiento goldschmidtiano de la teoría de la situación jurídica, que tiene la peculiaridad de centrarse en los actos procesales de las partes, y cuyas manifestaciones para las partes son las cargas procesales. Al respecto, según Jorge H. Zinny, quien comparte en gran medida la posición de Devis Echandía, “la carga procesal es la posibilidad que la norma les otorga a las partes, de ejecutar

mento de la procesalística nacional". Ello, por cuanto los ordenamientos procesales "...expresamente imponen la carga procesal de "hablar claro" ante determinadas circunstancias. Así, por ejemplo, cuando se reputa que media una confesión ficta ante las respuestas evasivas del absolvente; cuando se estipula que la contestación de la demanda debe ser "categórica" y que las respuestas elusivas formuladas respecto de hechos constitutivos invocados por el actor podrán ser consideradas como un reconocimiento de su verdad y también cuando se cita al demandado para que efectúe el reconocimiento de su firma en miras a preparar la vía ejecutiva, y el citado comparece pero "no contestara categóricamente", se procederá como si el documento hubiera sido reconocido"²⁷. Entre otros ejemplos más, da la excepción de defecto legal que procede precisamente cuando la demanda es oscura o ambigua y ello le provoca indefensión al demandado. Como asimismo, da el caso del actor que después de entablada la demanda y trabada la litis, quiere corregir errores iniciales con nuevos planteamientos²⁸.

Por otro lado, como **deber funcional**, de los magistrados judiciales, el citado autor destaca que el "clare loqui" "...el "hablar claro" no es solo una carga procesal, sino que también tiene que aplicarse a los jueces y allí opera como un deber funcional. Esto es, el juez debe "hablar claro" para no dar motivo a equívocos o a interpretaciones descaminadas", por ende, y a modo de ejemplo que un tribunal disponga "la modificación en el cómputo de un plazo procesal legalmente establecido; iniciativa atípica y extraña a la secuela normal de la causa, por lo que de no haber sido el oficio absolutamente claro, sus decisiones se prestan a que se incurra en yerros que pueden afectar al derecho de defensa de las partes"²⁹.

Concluye, Jorge W. Peyrano diciendo: "carga procesal de las partes, deber funcional de los tribunales o, si se prefiere una locución 'menos jugada', 'imposición procesal', el 'clare loqui' constituye —en cualquier caso— un valioso reaseguro para la preservación de la buena fe procesal y del principio de contradicción, y con eso es bastante para que merezca un puesto entre las doctrinas 'de punta' de la procesalística 'aggionarda' que, por suerte, nos toca conocer, apreciar y utilizar"³⁰.

los actos procesales que les incumben, libremente y en su propio beneficio, por lo que su inobservancia no acarrea sanción alguna" ("Carga de la prueba" en *Homenaje Escuela Procesal de Córdoba*, Marcos Lerner Editora Córdoba, noviembre de 1995, tº 2, p. 479.

²⁷ PEYRANO, JORGE W., "Del 'clare loqui' (hablar claro) en materia procesal", La Ley 1992-B, 1159, LLP 1992, 447.

²⁸ Confr. PEYRANO, JORGE W., "Del 'clare loqui' (hablar claro) en materia procesal", La Ley 1992-B, 1159, LLP 1992, 447.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

En este mismo sentido, vienen a nuestra memoria los versos del Martín Fierro, que dicen así: *“La ley es tela de araña, en mi ignorancia la explico”*, que son más que nada un decidido reclamo a que exista claridad en la letra de la ley y en su aplicación en el proceso judicial. En otras palabras, las ideas, la claridad discursiva y el lenguaje técnico son necesarios e importantes en la actividad judicial.

Así, cuando el juez dicta un fallo, que no resulta claro ni preciso, porque adolece de conceptos oscuros, omisiones, o errores materiales, las partes le pueden plantear una “aclaratoria” y a su vez, el juez resuelve estas aclaraciones³¹.

Magistralmente, estos dos maestros clásicos, nos enseñan y ponderan la claridad judicial. Así, Santiago Sentís Melendo, remarca que *“el lenguaje necesita correspondencia con la realidad, con la eficacia”*. Y agrega, *“Más aún la requieren, mediante exigir realidad, cuando se trata de quien no es profesional del derecho y, por lo tanto, nada se puede exigir obligatoriamente de él. Es de los órganos judiciales de los que se ha de exigir que reflejen, de la manera más real, lo que sucede en las actuaciones del proceso”*³². En tanto que Piero Calamandrei entiende que sentencia motivada no es lo mismo que justa, y viceversa, *“una motivación descuidada y breve indica que el juez, al decidir, estaba tan convencido de la bondad de la conclusión, que consideró tiempo perdido el que se empleara en demostrar su evidencia; como otras veces, una motivación difusa y muy esmerada, puede revelar en el juez el deseo de disimular, ante sí mismo y ante los demás, a fuerza de arabescos lógicos, la propia perplejidad”*³³.

5.3.2. La jurisprudencia y el “clare loqui”

Hemos consultado la jurisprudencia provincial, que se publicó en los últimos tres años, y así hemos podido construir una muestra paradigmática de tres fallos del TSJ Cba. y de una Cám. Civ. y Com. de Cba., para hacer su análisis, en función del “clare loqui” y sus aplicaciones en la nulidad procesal de los actos del juez, como un deber y, en los actos procesales de las partes, como carga procesal.

³¹ C.P.C.C. Nac. arts. 36 inc. 6 y 166 inc. 2, como facultad del juez y art. 166 inc. 2, como articulación mal llamada recurso para cualquier parte. C.P.C. Cba, Ley Prov. 8465, arts. 336 y 337, sólo con el alcance de articulación mal llamada recurso de las partes.

³² SENTÍS MELENDO, SANTIAGO, “El lenguaje jurídico. Claridad idiomática y exactitud conceptual” en *R.D.P. Iberoamericana* N° 4, 1972, ps. 864-865.

³³ CALAMANDREI, PIERO, *Elogios de los jueces. Escrito por un abogado*, Ed. El Foro, Buenos Aires, 1997, p. 158.

5.3.2.1. Principio de “clare loqui” y la nulidad procesal de los actos del juez

En este *primer caso*³⁴, tenemos a una parte demandada, la cual deduce un recurso de queja por ante el TSJ. Cba., quien admite la queja, y por consiguiente, concede y abre el recurso de casación.

Los datos relevantes que nos interesan remarcar son los siguientes:

- Es una ejecución de sentencia, en la que el juez de 1ª Instancia aprueba la planilla de liquidación, intereses y costas y, ello motiva, que la *demandada apele por 1ª vez*.
- El sentenciante le concede la 1ª apelación, con efecto suspensivo.
- Luego, el actor solicita que se prosiga con la ejecución parcial de la sentencia, a lo cual el judicante le ordena que previamente fundamente su monto.
- El actor interpone recurso de reposición y apelación en subsidio en contra de dicho decreto.
- El juez rechaza a estos recursos *in limine*, mas a la vez, también modifica el efecto con el cual había concedido la *1ª apelación de la demandada*.
- Esta nueva situación, le acarrea a la demandada tener que *apelar por 2ª vez*. De ello se colige que la demandada articula dos (2) apelaciones en contra de resoluciones judiciales diversas, aunque conexas.

Sin embargo, el tribunal de alzada dicta el siguiente decreto: “*Imprímase trámite al recurso interpuesto. Del recurso de apelación, córrase traslado al apelante para que exprese agravios por el término de ley (Art. 371 C.P.C.C.)*”.

Es así que la demandada, expresa sus agravios exclusivamente por su *segunda apelación*.

Frente a ello, la Cámara, a pedido del actor, declara la deserción de la *primera apelación de la demandada* y, por ende, declara abstracta a la cuestión recurrida.

En función de ello, el TSJ. Cba. al fallar, admite la casación y, por el “clare loqui” anula las actuaciones y, en consecuencia, ordena el reenvío al tribunal que corresponda para que nuevamente tramite y juzgue la causa (art. 389 CPC. Cba., Ley Prov. 8465).

³⁴ TSJ. Cba. Sala Civ. y Com., Auto Interlocutorio N° 131, 5 de mayo de 2011, autos “Tissera, Heriberto Juan c/ Municipalidad de Villa María -Ordinario- Cuadernillo de tramitación de recurso de apelación- Recurso directo” (Expte. “T”, 14/09).

En este aspecto, destacamos que —el fallo, en análisis—, pondera la omisión en que incurrió la Cámara al darle trámite a una (1) apelación de la demandada, y no a sus dos (2) apelaciones. Luego, el mismo tribunal de alzada, falla las dos (2) apelaciones.

En apoyo a nuestra conclusión, reseñamos los fundamentos del fallo, que dicen así:

VIII. 3. Como no puede ser de otro modo, porque también son operadores jurídicos y participantes del diálogo forense, sobre los **órganos judiciales** pesa igual exigencia de hablar claro (*clare loqui*). Sin embargo, por razones obvias, tal regla se impone no a título de “carga procesal” sino como un verdadero “deber funcional” de expresarse con claridad de modo de evitar ambigüedades, y —por carácter transitivo— equívocos o malentendidos en los litigantes.

El **segundo caso**³⁵ se trata de un actor que después que venció el plazo para recurrir, plantea su apelación porque —antes— había pedido la suspensión de términos. Sin embargo, el juez incurrió en la omisión de no decretar dicha suspensión. Es así que por el principio “clare loqui” decreta la concesión del recurso de apelación.

Aquí, de nuevo se valora la conducta omisiva del juez, que da motivo a la nulidad procesal y, por consiguiente, por aplicación del “clare loqui” se concede el recurso de apelación.

5.3.2.2. Principio de “clare loqui” y la nulidad procesal de los actos de las partes

En este **“único caso”**³⁶, la perito inventariadora, tasadora y partidora, es un sujeto eventual, que intervine como parte en calidad de tercera interesada y deduce un recurso directo ante el TSJ Cba, porque la Cámara le denegó su recurso de casación. A su vez, el Alto Cuerpo Provincial resuelve declarar formalmente inadmisibles a este recurso de queja. En el fallo en cuestión, se destaca que la recurrente no cumplió con su carga procesal perito de “claridad discursiva” (*clare loqui*), por lo que su recurso resulta inadmisibles. La consecuencia legal, es que el fallo recurrido, queda firme y consentido.

A continuación transcribimos los fundamentos pertinentes de este fallo:

La (difícil) lectura del escrito del recurso de queja evidencia que la recurrente lejos está de haber satisfecho la carga procesal explicada más

³⁵ Cámara 6a Civ. y Com. Cba., autos Verduna, Carlos Bautista c/ Ochoa, Julio Antonio - Recurso Directo (Civil) - Expte. N° 2314769/36, Semanario Jurídico N°: 1871, 23/08/2012.

³⁶ TSJ. Cba. Sala Civ. y Com., Auto Interlocutorio N° 16, 18/02/2013, autos “Moscovic, Alberto Leonardo-Declaratoria de herederos-Recurso de apelación-recurso directo (m-42/11)”.

arriba. En efecto, aún cuando no se requieren fórmulas sacramentales, la sola lectura del escrito referenciado evidencia que la interesada no expresó —de un modo claro y concreto— por qué la providencia cuestionada había denegado indebidamente la concesión del recurso extraordinario. Además, la ostensible falta de claridad discursiva puesta de manifiesto, así como la total desatención de todas las herramientas y reglas gramaticales que se constatan —de un modo palmario— en el escrito impugnativo (cuya lectura y comprensión es poco menos que imposible), son extremos que —ab initio— atentan contra la “claridad discursiva”, condición indispensable de toda argumentación legítima, con especial significación en el ámbito forense, donde impera la dialéctica y la retórica. Efectivamente, el principio “clare loqui” impone a todos los sujetos intervinientes en el proceso un ineludible deber de ser claro al tiempo de asumir una determinada posición discursiva, de modo de aventar equívocos, anfibologías, o confusiones en sus destinatarios. Ocurre que, sólo de cumplirse con el postulado de claridad se hace cognoscible el contenido de un argumento, de modo que es un requisito inexcusable para habilitar su ulterior inspección.

5.3.3. Cartas de Derechos de los ciudadanos ante la justicia y el “clare loqui”

En este punto, nos vamos a referir a cuatro (4) Cartas de Derechos de los ciudadanos ante la justicia, que corresponden dos (2) de ellas al derecho comparado y las otras dos (2) a nuestras provincias argentinas de Río Negro y Chubut.

En efecto, en los umbrales del siglo XXI, surge en España una demanda social necesaria y urgente por *“una justicia más abierta que sea capaz de dar servicio a los ciudadanos con mayor agilidad, calidad y eficacia, incorporando para ello métodos de organización e instrumentos procesales más modernos y avanzados”*³⁷.

Ello va a dar lugar al Pacto de Estado para la reforma de la Justicia firmado el 28 de mayo de 2001, el cual tiene, entre sus prioridades la *“elaboración de una Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia que atienda a los principios de transparencia, información y atención adecuada y que establezca los derechos de los usuarios de la justicia. Idéntica prioridad se encuentra en el acuerdo quinto de los adoptados por la Conferencia Sectorial en materia de Administración de Justicia celebrada en Las Palmas de día 22 de mayo de 2001”*³⁸.

³⁷ Preámbulo de la Carta de Derechos de los ciudadanos ante la justicia, Ministerio de Justicia de España, Proposición no de Ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, por unanimidad de todos los Grupos Parlamentarios, el 16 de abril de 2002.

³⁸ *Ibidem*.

Rescatamos como dato valioso para nuestra temática que en esta Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia/2002³⁹, se proclama bajo el Título 1. ***Una Justicia moderna y abierta a los ciudadanos***, el tema de ***“Una justicia comprensible”***, en el cual tiene cabida como derechos del ciudadano:

- La utilización de términos sencillos y comprensibles, evitándose el uso de elementos intimidatorios, en las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos (numeral 5º);
- En las vistas y comparencias se debe usar un lenguaje, que con respeto de las exigencias técnicas necesarias, sea comprensible para los ciudadanos que no sean especialistas en derecho. A estos fines, se establece que: “Los Jueces y Magistrados que dirijan los actos procesales velarán por la salvaguarda de este derecho” (numeral 6º).
- Las sentencias y demás resoluciones judiciales se deben redactar “de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, empleando una síntesis y estructura sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico” (numeral 7º).

A partir de la citada Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia/2002, y dentro sus lineamientos, se fueron aprobando otras cartas más.

Una de ellas, es la *“Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el espacio Judicial de Iberoamérica dictada en la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia”*, que se celebró los días 27 a 29 de noviembre de 2001, en Cancún, México, con la participación de 22 países de Iberoamérica. Aquí, bajo el Título 1. ***Una Justicia moderna y accesible a los ciudadanos***, se desarrolla el tema de ***“Una justicia comprensible”*** (numerales 6º, 7º, 8º y 9º), con los mismos alcances anteriores.

En Argentina, también contamos con iguales instrumentos.

En este sentido, destacamos que el Foro Patagónico de los Superiores Tribunales de Justicia (Órgano del Tratado Fundacional de la Región de la Patagonia del 26 de junio de 1996) aprueba la ***“Carta de Derechos de los Ciudadanos de la Patagonia Argentina ante la Justicia”***, la cual se

³⁹ Esta Carta, según da cuenta su Preámbulo, fue redactada por un Grupo de Trabajo constituido en el seno de la Comisión de Seguimiento del Pacto de Estado, por acuerdo unánime de todos sus integrantes, en el cual intervinieron representantes de distintos Grupos Parlamentarios y del Ministerio de Justicia. Asimismo, recogieron las iniciativas presentadas por las fuerzas políticas de la Cámara y las opiniones y sugerencias de las Instituciones y organizaciones vinculadas con la Administración de Justicia.

instrumenta por la Acordada N° 103/02 del S.T.J. de Río Negro. Más, luego la misma se convierte en la Ley N° 3830⁴⁰ para la provincia de Río Negro.

En esta Carta, se establece bajo el Título 1. ***Una Justicia moderna y abierta a los ciudadanos***, el tema de ***“Una justicia comprensible”*** (numerales 5º, 6º, 7º y 8º), con iguales lineamientos a las anteriores Cartas, que ya hemos referenciado. Posteriormente, se suma la provincia de Chubut, que por Ley N° 108 (antes Ley 5442), de fecha 19 de octubre de 2009, legisla la ***“Carta de Derechos de los ciudadanos de la provincia de Chubut ante la Justicia”***, en la cual se regula bajo el Título 1. ***Una Justicia moderna y abierta a los ciudadanos***, el tema de ***“Una justicia comprensible”*** (numerales 5º, 6º, 7º y 8º).

6. Conclusiones reflexivas - Propuesta

Nuestras conclusiones reflexivas y propuestas son las siguientes:

1. La nulidad procesal es objeto de tres conceptualizaciones con contenidos diversos, de: **a)** Vicios nulificatorios de la forma de los actos procesales. **b)** Vicios nulificatorios de la voluntad del autor del acto procesal. **c)** Vicios nulificatorios por el “clare loqui”. De ahí la necesidad que desde la Teoría General del Proceso se atienda a construir su armonización con el propósito de aportar claridad y precisión en esta temática compleja.

2. En el proceso judicial del siglo XXI es menester dejar de lado las ambigüedades, a la par que se requiere el uso de un lenguaje que, respetando las exigencias técnicas necesarias, sea claro, preciso y comprensible a fin de construir en el día a día para la persona humana y para la sociedad, un proceso judicial humanizado, con particular referencia a la nulidad procesal.

3. Nuestra propuesta atiende a que en los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de la Nación y de la Provincia de Córdoba, se incorpore un capítulo de parte general, y dentro de él, entre otras disposiciones más, se recepte al principio de “clare loqui” (hablar claro) o de “claridad discursiva”, como motivo de nulidad, legislándose por separado sus aplicaciones, según, se traten de nulidad de los actos procesales del juez y de nulidad de los actos procesales de las partes.



⁴⁰ Prov. de Río Negro, Ley 3830, sanc. 25/03/2004; promulg. 7/04/2004-Decreto N° 293/2004; publ. B.O.P. N° 4194, 19 de abril de 2004, p. 3.

EL RECURSO DE CASACIÓN Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA[†]

*Eduardo Cima**

Resumen: A través del estudio de los fines del recurso de casación en la Provincia de Córdoba, se procura indagar respecto de si existe la posibilidad de efectuar, en la instancia casatoria, valoración respecto de la prueba rendida en el proceso.

Palabras clave: Proceso judicial – Provincia de Córdoba – Recurso de Casación – Valoración de la prueba.

Introducción

La ley adjetiva local establece la primera instancia como la oportunidad procesal para la producción de prueba en el proceso, que debe ser valorada por el juez de primer grado en su resolución. Con carácter excepcional, se admite la actividad probatoria en segunda instancia, reservándose únicamente para casos expresamente establecidos en la ley.

El tribunal casatorio aparece así alejado *prima facie* de los hitos procesales relativos a la actividad probatoria. Sin embargo, y tal como será motivo de análisis en la presente investigación, el recurso de casación se erige como un remedio procesal idóneo a través del cual se puede lograr por parte del máximo tribunal local el control de las decisiones de los tribunales inferiores en lo atinente a su actividad argumentativa, con especial énfasis en la apreciación jurídica de los elementos probatorios vertidos en el proceso. Ello es así ya que, tal como lo expresa Guibourg, los hechos reales penetran en el sagrado recinto judicial mediante las pruebas que se producen en la causa¹.

A través de un cotejo acerca de los fines o funciones que tiene el recurso casatorio, se arribará a la conclusión de que la casación va abriendo paso a la recepción de una visión dikelógica a la que le interesa procurar una solución justa para el caso concreto que se adecue a los parámetros del

[†] Recibido el 01/05/2013, Aprobado el 24/09/2013.

* Abogado, Universidad Nacional de Córdoba. Magíster en Derecho Empresario, Universidad Empresarial Siglo 21. Adscripto a la cátedra de Derecho Privado IV (Sociedades) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Correo electrónico: e_cima@outlook.com.

¹ GUIBOURG, RICARDO A., "Proceso y verdad", JA, 2004-I-1111.

razonamiento judicial correcto, con miras a hacer realidad el principio de la verdad jurídica objetiva.

La principal hipótesis de nuestro trabajo consiste, pues, en determinar si a través del recurso de casación se puede revisar la valoración de los elementos probatorios que hubieren realizado los tribunales de mérito, delimitando los casos en que puede hacerlo el Tribunal Superior y las facultades que le asisten a dicho órgano jurisdiccional.

Es preciso señalar que el esquema clásico de la casación, edificado sobre el axioma de que el tribunal casatorio sólo puede revisar la aplicación del derecho, ha sido blanco de severos cuestionamientos por parte de la doctrina y la jurisprudencia. En efecto, las nuevas corrientes propugnan dotar al órgano casatorio de mayores potestades funcionales, para que éste, trascendiendo el ortodoxo control de los errores de derecho, pueda fiscalizar también —bajo ciertas condiciones— la cuestión fáctica, en busca de la justicia del caso².

En este nuevo ángulo de análisis se inscribe el presente trabajo, en donde se intenta mostrar cómo el recurso de casación, a través de los motivos establecidos en nuestra legislación local, puede admitir la revisión de cuestiones probatorias suscitadas en el proceso.

Es claro que el recurso en estudio no acuerda una nueva instancia jurisdiccional para procurar una nueva valoración de los hechos de la causa. A través de este estudio no se pretende sostener tal tesitura sino referirnos al control de la valoración de la prueba. Es en tal sentido que los aciertos o desaciertos de una sentencia, en orden a los elementos fácticos que ella fija, no son, a nuestro juicio (y tal como se verá a lo largo del presente), ajenos a la instancia casatoria si se demuestra la existencia de errores o vicios en el trayecto argumentativo de los tribunales inferiores que resulten en el dictado de sentencias arbitrarias o de incorrecta o aparente fundamentación.

I. Fines del recurso de casación

El instituto de la casación no es de creación reciente, sino que ha ido recogiendo diversos componentes en su génesis a lo largo del tiempo. Para entender su regulación actual y previa a adentrarnos en el meollo de la presente investigación, es necesario hacer mención al origen histórico del recurso casatorio y a su desenvolvimiento posterior.

² FERREYRA DE DE LA RÚA, ANGELINA y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, CRISTINA, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Ley 8.465. Comentado y concordado*. Buenos Aires: La Ley, 1999, p. 672.

I.1. Control de la función jurisdiccional

Se puede encontrar el nacimiento de la casación en el derecho francés, más precisamente en la época de la Revolución, donde el Tribunal Casatorio era un órgano constitucional que tenía como función ejercer un control nomofiláctico sobre las sentencias de los magistrados. De esta manera, el legislador francés buscaba controlar la actividad de los magistrados de instancias inferiores.

Teñido de un marcado tinte político, estaba enderezado a controlar que los jueces del antiguo régimen —que no fueron cesanteados por la Revolución— no se apartaran ni un ápice de las nuevas leyes sancionadas al socaire de la nueva ideología burguesa³. En tal marco de ideas, el control ejercido a través del recurso de casación buscaba impedir que los jueces, so pretexto de interpretar la ley, la desvirtuaran en su aplicación.

Por otro lado, los miembros del Tribunal de Casación creado en 1790 no eran “jueces”, sino funcionarios del Poder Legislativo, que no podían ocuparse de los “hechos”, pues les estaba prohibido componer positivamente el litigio —función reservada al juez—⁴. Ello explica la obligación que tenía el Tribunal de Casación —una vez casada la sentencia— de “reenviar” la causa al tribunal de grado, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto.

I.2. Unificación de la interpretación legal

Por su parte, el derecho español concibió a la casación de distinta manera al modelo francés, entendiendo como finalidad de la misma, además de la función nomofiláctica, la unificación interpretativa respecto de la ley. Es así como a la casación española se la llamó “bastarda” por haberse apartado del modelo francés, extendiendo la labor de los tribunales casatorios más allá del control nomofiláctico de las sentencias de los jueces inferiores, en la búsqueda del logro de la unidad jurídica⁵ y de la uniformación de la jurisprudencia.

I.3. El recurso de casación en la actualidad

A la luz de lo reseñado precedentemente, se pueden observar dos maneras distintas de concebir al instituto de la casación: como una instan-

³ HERRERO, LUIS R., “Breve estudio sobre la casación (Recurrentes reflexiones sobre su alcance)”, JA, 1998-IV-878.

⁴ HERRERO, LUIS R., *op. cit.*, JA, 1998-IV.

⁵ FERREYRA DE DE LA RÚA, ANGELINA y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, CRISTINA, *op. cit.*, p. 674.

cia para ejercer un control de lo actuado en el proceso, por un lado; y como la facultad de fijar una interpretación uniforme de las leyes que se proyecte a los casos análogos.

Nuestra casación ostenta caracteres atenuados de ambos modos de concebir el instituto⁶. En efecto, tiene rasgos de la casación pura francesa (que niega el control de los hechos) y de la casación bastarda española (que ampliaba originariamente el ámbito material de conocimiento del tribunal de casación)⁷.

Más allá de los dos fines clásicos de la casación mencionados anteriormente, en la actualidad surgen nuevas tendencias⁸ que tratan de gestar una visión superadora del instituto procurando arribar a la justicia en el caso concreto.

El modelo francés se limitaba a configurar una mera instancia de control de la actividad jurisdiccional, sin competencia para administrar justicia y por ende para llevar la cuestión a decisión. El sistema hispano, por su parte, abrevó en la jurisdiccionalidad procurando otorgarle al tribunal casatorio la posibilidad de resolver el caso de manera definitiva.

Ahora bien, la necesidad de que los recursos estén dirigidos a proteger los derechos de los contendientes en el proceso llevó a la necesidad de que la casación creara estrategias que permitieran abrir el instituto a cuestiones de hecho que escaparan de las reglas de actuación procedimentales. De tal modo, se intenta ir más allá de pensamientos dogmáticos como el de que la función de la casación no es hacer justicia⁹, a los fines de encarar el análisis desde otras perspectivas.

De esta forma, se busca proveer la solución justa para el caso concreto, permitiendo la revisión de las sentencias judiciales a través del análisis de las reglas lógicas empleadas en la motivación de las mismas, incluidos los juicios sobre valoración y apreciación de las pruebas rendidas en la causa, quedando sometido el decisorio de los jueces a un control de logicidad respecto del mismo, control en el cual a través de la verificación de su correcto razonamiento se podrá inspeccionar la correcta motivación del mismo.

⁶ VÉNICA, OSCAR HUGO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Concordado, comentado y anotado*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 2001, tomo IV, p. 1.

⁷ FERNÁNDEZ, RAÚL E., *Impugnaciones ordinarias y extraordinarias en el CPCC de Córdoba*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2006, p. 343.

⁸ FERREYRA DE DE LA RÚA, ANGELINA y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, CRISTINA, op. cit., p. 675.

⁹ FERREYRA DE DE LA RÚA, ANGELINA y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, CRISTINA, op. cit., p. 675.

II. Vicios revisables en el recurso de casación

Los vicios o errores que aquejan al proceso son diversos, pero pueden agruparse en 3 categorías: vicios *in procedendo*, vicios *in iudicando* y vicios *in cogitando*. La distinción entre cada uno de ellos adquiere relevancia en el estudio de la casación, ya que la incorrecta alegación de un determinado vicio o error puede determinar el no acogimiento del recurso.

Los vicios *in procedendo* (o vicios en el actuar) tienen lugar cuando el error se vincula con la tramitación judicial de la cuestión. En cambio, se incurre en un vicio *in iudicando* cuando se yerra el camino respecto de la relación jurídica sustancial¹⁰. A su vez, en uno y en otro caso, el error puede recaer en los hechos (*in factum*) o en el derecho (*in iure*).

Por su parte, los errores *in cogitando* se configuran cuando el juez razona mal, desoyendo las reglas de la lógica formal o las propias de la teoría de la argumentación¹¹. En tales circunstancias, el error puede recaer tanto respecto de cuestiones procesales como de cuestiones sustanciales en debate.

La anterior disquisición tiene singular importancia en relación al recurso de casación, toda vez que el mismo únicamente admite como posibilidad para su articulación y procedencia la existencia y alegación de los vicios que expresamente se contemplan como susceptibles de ser analizados en dicha instancia revisora.

En efecto, la casación es un recurso extraordinario establecido por la ley para atacar sentencias definitivas o autos equiparables a tales dictados por la Cámara de Apelaciones. Como medio impugnativo de carácter extraordinario, la casación no puede ser ejercitada mediante la invocación de cualquier agravio, sino que requiere para la puesta en funcionamiento del trámite recursivo que el gravamen sea vehiculizado¹² a través de los motivos que la ley establece a tales fines.

El régimen casatorio cordobés prevé dos grandes motivos de procedencia del recurso¹³.

Por un lado, encontramos el motivo "formal" de casación, cuyo objetivo radica en la fiscalización de los aspectos formales de la sentencia y del procedimiento. A través de dicho propósito, interesa al tribunal de casación controlar la correcta observancia de las reglas que hacen al razo-

¹⁰ FONTAINE, JULIO, *Casación y revisión en el proceso civil*. Foro de Córdoba, n° 2, Córdoba: ed. Advocatus, 1987, p. 61.

¹¹ FERNÁNDEZ, RAÚL E., op. cit., p. 14.

¹² FERREYRA DE DE LA RÚA, ANGELINA y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, CRISTINA, op. cit., p. 677.

¹³ En el análisis de este punto seguimos a Raúl Fernández en FERNÁNDEZ, RAÚL E., op. cit., p. 344.

namiento correcto, como asimismo el justo cumplimiento de las normas procedimentales y el respeto a la defensa en juicio.

El motivo formal de casación encuentra su recepción legislativa en los incisos 1 y 2 del artículo 383 de nuestra ley procesal local. Aquí, la norma parte de una concepción estrictamente jurisdiccional de la casación (cuyos orígenes se remontan a la casación francesa), procurando controlar el correcto razonar de los magistrados y el derecho de defensa de las partes en el litigio.

A través del motivo formal de casación, se busca verificar la existencia o no en la sentencia de vicios *in cogitando*, *in procedendo* (ya sea *in factum* o *in iure*) e *in iudicando in iure* (cuando se esté frente a la hipótesis excepcional de arbitrariedad normativa sustancial, en donde la decisión judicial se aparta en tal manera de la correcta interpretación legal que se la considera como carente de justificación legal y receptada, por ende, en el inciso 1 del artículo 383 de la ley procesal local).

Por otro lado, y en paralelo al motivo “formal”, se halla el motivo “sustancial” de casación, cuya finalidad reside en la necesidad de que el tribunal casatorio establezca una genuina interpretación de la ley aplicable a una determinada situación y, de ese modo, se supere la divergencia existente en la materia a nivel de las diferentes hermenéuticas que hubieren hecho los tribunales inferiores. El objeto de análisis propio de este motivo lo constituyen los vicios *in iudicando in iure* e *in procedendo in iure*.

Este motivo se halla receptado en las causales previstas en los incisos 3 y 4 del artículo 383 de nuestro ordenamiento procesal. El objetivo del mismo es superar las divergentes interpretaciones acerca de la ley y el apartamiento de la jurisprudencia fijada por el Tribunal Superior, a través de la armonización y unificación de los criterios interpretativos realizada por el tribunal casatorio.

II.1. Importancia de la correcta identificación de los vicios objeto de tratamiento en la instancia casatoria

La correcta apreciación y diferenciación de los vicios en que pueden incurrir las decisiones jurisdiccionales, si bien puede no revestir demasiada importancia en relación a la articulación de recursos ordinarios, en el recurso de casación adquiere especial relevancia a los fines del éxito del remedio impugnativo, en particular cuando se vincula al vicio *in cogitando* con situaciones relativas a la valoración de la prueba¹⁴ y a la observancia del principio lógico de razón suficiente por parte de los tribunales de mérito en el *iter* argumental de sus decisiones.

¹⁴ FERNÁNDEZ, RAÚL E., op. cit., p. 17.

Por regla general, y salvo la hipótesis del motivo sustancial de casación previsto en los incisos 3 y 4 del artículo 383 de nuestra ley procesal, la instancia casatoria es reacia a la alegación de vicios *in iudicando* (con excepción de la hipótesis de arbitrariedad normativa sustancial¹⁵), siendo únicamente posible la alegación de errores en el actuar (vicio *in procedendo*) o en el pensar (vicio *in cogitando*) de los tribunales inferiores.

Lo señalado anteriormente adquiere especial relevancia cuando a través del remedio casatorio se intenta lograr por parte del Tribunal Superior de Justicia una revisión de la valoración de las pruebas efectuada por los tribunales inferiores.

En relación a los vicios *in iudicando in factum* (aquellos errores causados en la relación jurídica sustancial por una incorrecta reconstrucción de los hechos), la regla es que el Tribunal Superior no tiene competencia para volver a examinar la cuestión fáctica, materia cuyo conocimiento es potestad soberana de los jueces de mérito, toda vez que la casación es una instancia procesal extraordinaria con competencia delimitada. En forma excepcional, cuando el vicio que se endilgue al decisorio atacado importe un error ostensible en la consulta de las constancias de la causa de tal magnitud, que conspire contra la motivación y conclusión a la que se haya arribado, y por lo tanto importe una evidente injusticia, se admite el control casatorio¹⁶.

En efecto, y tal como lo pone de relieve Fernández¹⁷, resulta conocido el “latiguillo” con que el tribunal casatorio desestima los recursos deducidos, por entender que el impugnante meramente discrepa con la valoración probatoria. En cambio, si en la actividad recursiva se señala un vicio lógico en la actividad jurisdiccional valorativa de las pruebas rendidas en el proceso, tal cuestión deberá ser analizada por el tribunal casatorio, quien deberá verificar si el razonamiento jurisdiccional ha cumplido con los principios lógicos que sustentan el proceso de decisión de los tribunales.

III. El control de logicidad de las sentencias

El problema de la valoración en la instancia casatoria de las pruebas rendidas en el proceso es generalmente introducido a conocimiento

¹⁵ OCAMPO, PATRICIA A., “El recurso de casación en el proceso civil de la Provincia de Córdoba” LNC, 2005-5-469. Expresa la citada autora que “un ostensible o grosero apartamiento del derecho que exceda el marco de lo opinable (arbitrariedad normativa) dejaría al fallo huérfano de la fundamentación legal requerible para que alcance el grado de acto jurisdiccional válido”.

¹⁶ FERREYRA DE DE LA RÚA, ANGELINA y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, CRISTINA, op. cit., p. 680.

¹⁷ FERNÁNDEZ, RAÚL E., op. cit., p. 17.

del Tribunal Superior, según se ha destacado en los apartados anteriores, mediante el cuestionamiento a la fundamentación lógica de los dispositivos sentenciales.

Por control de logicidad de las piezas decisorias se entiende el examen de la regularidad del juicio desde el punto de vista lógico, para verificar que el tribunal de mérito no haya razonado incorrectamente, sin sujeción a los principios del entendimiento humano y a las reglas de la experiencia común¹⁸. Es la verificación que se realiza para conocer si un razonamiento es lógicamente correcto¹⁹.

Como acertadamente lo ha señalado la doctrina²⁰, la exigencia de fundamentar las sentencias tiene por objeto permitir al justiciable conocer cuáles han sido las razones en las que el tribunal ha asentado sus conclusiones como así también cuál ha sido el camino que transitó el juez para arribar a tal conclusión y no a otra, a fin de poder controlar si el “razonamiento” por éste desarrollado ha sido correcto. Tal como lo sostiene Ocampo²¹, la tarea de motivar las sentencias exige la presencia de la racionalidad, razonabilidad e integración clara de sus argumentos. Esto es, requiere la manifestación del mecanismo descriptivo y justificante que, según los cánones racionales y jurídicamente válidos, sustente la decisión.

Más allá que compartimos la idea de que todos los tribunales realizan un control de logicidad²², entendemos que dicho control adquiere especial importancia en la instancia casatoria, toda vez que a través de la misma el supremo órgano judicial de la provincia realiza un examen acerca de la adecuación de las sentencias de los tribunales inferiores a los principios de la lógica, erigiéndose de esta forma en el último resguardo del correcto desempeño de la función jurisdiccional del Estado cordobés.

En tal sentido, la propia legislación procesal local en el inciso 1 del artículo 383 del código ritual habilita al tribunal de casación a realizar un control acerca de la observancia de las reglas de la lógica y de la argumentación en el razonamiento efectuado por los jueces inferiores en sus piezas sentenciales, debiendo el Alto Tribunal, en dichos casos, ahondar en los

¹⁸ FERRER MARTÍNEZ, ROGELIO (dir.), *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Comentado*. Tomo I. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2000, p. 731.

¹⁹ GHIRARDI, OLSEN, *Lógica del proceso judicial*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1987, p. 87. El citado autor define al control de logicidad como “el examen que efectúa una Corte de Casación o un Tribunal Superior para conocer si el razonamiento que realizaron los jueces inferiores es formalmente correcto, desde el punto de vista lógico”.

²⁰ FERREYRA DE DE LA RÚA, ANGELINA y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, CRISTINA, op. cit., p. 685.

²¹ OCAMPO, PATRICIA A., op. cit., LNC, 2005-5-469.

²² GHIRARDI, OLSEN y otros, *Teoría y práctica del razonamiento forense*. Córdoba: ed. Advocatus, 1999, p. 128.

razonamientos de los tribunales *a quo* a los fines de poder establecer si se está frente acto decisorio válido en sus conclusiones.

En efecto, la sentencia lógicamente defectuosa es pasible de ser conocida por el tribunal de casación cuando se infringen las leyes lógicas²³ ya que la misma, de tal modo, se encontraría vulnerando las formas y solemnidades prescriptas para el dictado de resoluciones judiciales.

III.1. Nuestra opinión

Entre los fines del recurso de casación, encontramos el de realizar un control acerca de las formas y solemnidades con que deben ser efectuados los actos decisorios jurisdiccionales. La vigilancia del correcto razonamiento por parte de los jueces implica indagar en el *iter* argumentativo que efectuaron los magistrados de instancias inferiores y ahondar en las premisas sobre las cuales construyeron sus conclusiones, premisas que se referirán, por cierto, a cuestiones relativas a los hechos probados en la causa y a los derechos esgrimidos por las partes litigantes.

En tal sentido, entendemos que, en el ejercicio del control de logicidad, el tribunal casatorio puede (y debe) realizar el análisis de los procesos lógicos de los razonamientos que se refieren a las pruebas rendidas en la causa. En efecto, no se produce una nueva valoración del material probatorio (similar a la que hubieron realizado los tribunales intervinientes), sino que se busca controlar los razonamientos sobre los hechos²⁴. No se trata de volver a valorar prueba sino de controlar el proceso de valoración de prueba llevado a cabo con anterioridad.

El investigar si la sentencia está correctamente fundada o contiene vicios lógicos implica adentrarse en la plenitud del camino argumentativo de los tribunales inferiores. No se trata únicamente de controlar el silogismo efectuado en el razonamiento del tribunal inferior, sino indagar acerca de la verdadera validez de las premisas aceptadas en los argumentos esgrimidos por los dispositivos sentenciales inferiores.

Una sentencia será nula cuando sus conclusiones no deriven de la prueba y, por ende, no se haya observado en su estructuración el principio

²³ GHIRARDI, OLSEN, op. cit., p. 92.

²⁴ GHIRARDI, OLSEN, op. cit., p. 96. En igual sentido se pronuncia el citado autor en GHIRARDI, OLSEN, "Patologías lógico-formales de la sentencia (La lógica y la fundamentación)", JA, 2004-II-1297, al manifestar que "cada cuestión litigiosa debe tratarse en función de una norma y de un hecho que la pone en acto, lo que significa que la conclusión a que se arriba va precedida de dos proposiciones: una sobre la norma y otra sobre el hecho. No hacerlo así puede llevar a errores, entre ellos a errores *in cogitando*, que, en su caso, deberán ser corregidos por el superior ejerciendo el debido control de logicidad".

de razón suficiente²⁵. En dicho orden de ideas, es exigible que las sentencias estén debidamente fundadas tanto jurídica como fácticamente. Únicamente de ese modo constituirán una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las específicas circunstancias del caso concreto y se erigirán en un acto decisorio válido.

IV. Valoración de la prueba en la casación

Es correcto sostener que el recurso de casación no acuerda una nueva instancia jurisdiccional, si lo que se pretende es una nueva valoración de los hechos de la causa. Sin embargo, y tal como lo señala acertadamente Fernández²⁶, estos últimos no están ajenos al control del tribunal casatorio si se demuestra la existencia de un error *in cogitando* en el método de valoración probatoria, o un desborde de la actividad jurisdiccional.

Así es como mediante la casación es dable censurar y controlar el *iter* del razonamiento seguido por los juzgadores, que debe responder no sólo a las reglas de la lógica formal (principios de identidad, de tercero excluido, de no contradicción y de razón suficiente) sino también a las de la teoría de la argumentación²⁷.

Éste es el intersticio mediante el cual se infiltran —con mayor o menor disimulo— las zonas grises de la casación: las cuestiones de hecho y la valoración de la prueba²⁸ con las que se intenta vertebrar su nuevo rostro. No puede dejarse de lado en el análisis que la interpretación y calificación de los hechos son asuntos notoriamente jurídicos, debiendo por lo tanto ingresar al núcleo del esfuerzo revisor si ese aspecto es de suficiente significación o relevancia²⁹.

²⁵ PÉREZ, JORGE SANTIAGO, *Casación Civil: Reseña Histórica, Teoría General de la Casación y Práctica Procedimental del Recurso (basada en el Código Procesal Civil de Córdoba)*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 1996, p. 210. En el mismo orden de ideas, el citado autor agrega que “la no derivación necesaria y excluyente de la conclusión con base (antecedentes) en las pruebas de la causa implica una fundamentación aparente o, lo que es lo mismo, una falta total de fundamentación”. En igual sentido se pronuncia Ghirardi al sostener que “una motivación lógica incorrecta equivale a una falta de motivación” (cfr. GHIRARDI, OLSEN, op. cit., p. 89).

²⁶ FERNÁNDEZ, RAÚL E., op. cit., p. 340.

²⁷ OCAMPO, PATRICIA A., op. cit., LNC, 2005-5-469.

²⁸ En similar sentido se pronuncia Morello. El citado autor expresa que la evaluación de la prueba por parte de los tribunales inferiores puede ser revisada por los tribunales casatorios cuando “no se han respetado los criterios legales —los textos específicos, positivos, vigentes en los Códigos procesales, que disciplinan la valoración—” y cuando se está frente a “desvíos del raciocinio, del juicio lógico del sentenciante, que anidan como vicios en la órbita de la doctrina del absurdo”. Sobre el tema, cfr. MORELLO, AUGUSTO M., *La casación: un modelo intermedio eficiente*. Buenos Aires: Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, 1993, p. 258.

²⁹ MORELLO, AUGUSTO M., op. cit., p. 259.

De manera clara lo expone Perrachione³⁰ al sostener que si bien el juez de mérito debe analizar los hechos en función de su valor convictivo para dictar el fallo, el mismo, al realizar esa función, debe aplicar como método de conocimiento las reglas procesales vigentes que disciplinan cómo debe valorarse la prueba y fundarse la sentencia, reglas éstas que, a su vez, son susceptibles de ser controladas por el tribunal de casación.

El examen acerca de la regularidad de la valoración probatoria efectuada por los tribunales inferiores puede ser realizado por el tribunal casatorio a través de la alegación de vicios *in procedendo* (verbigracia, cuando el juez en su *iter* decisorio no obedece la normativa procesal de valorar las pruebas según la sana crítica racional y las reglas de la experiencia), vicios *in iudicando* (por ejemplo, cuando la decisión interpretativa del tribunal niega la fuerza convictiva privilegiada que tienen algunos medios probatorios, como la prueba documental o confesional) y vicios *in cogitando* (por ej., cuando en su trayecto argumentativo, el juzgador ha sentenciado, de manera dogmática y sin dar ninguna razón suficiente de sus dichos, que se inclina por la eficacia probatoria de un determinado medio de prueba).

En la fijación del cuadro fáctico, el juez no constata hechos indiscriminadamente sin orden ni reglas, sino que, por el contrario, para efectuar esa tarea debe guiarse por consideraciones jurídicas³¹. De esta forma, si la adecuada fundamentación de la sentencia requiere una descripción y apreciación del material probatorio, la forma en que es realizada esa operación no puede ser ajena a los alcances del recurso de casación. La aplicación o no de una norma que establece una directriz para la valoración de un elemento probatorio puede ser motivo de estudio por parte del tribunal casatorio, permitiéndose de esa manera a la casación entra elípticamente a considerar la evaluación de las pruebas rendidas en la causa.

IV.1. Supuestos en los que el tribunal de casación dirige su actuación al análisis de la valoración de las pruebas rendidas en la causa

Conforme acertadamente sostiene Ocampo, es cierto que el tribunal casatorio debe circunscribirse al continente de hechos y prueba moldeado por los tribunales de mérito. Pero ello es y debe ser así en tanto no se alegue ni demuestre una desinterpretación de la lógica interior de los hechos, un apartamiento o discordancia de la realidad debatida, una

³⁰ PERRACHIONE, MARIO C., *La casación como método de control de la función jurisdiccional*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2003, p. 71.

³¹ PERRACHIONE, MARIO C., *op. cit.*, p. 143.

transgresión a las reglas de la lógica, experiencia y demás disposiciones que gobiernan el sistema de valoración de la prueba, todo lo que conforma una regla de juicio de sometimiento ineluctable para el tribunal³².

Diversos son los supuestos en los que el tribunal casatorio se inmiscuye en el estudio de la meritación de las pruebas rendidas en la causa, efectuada por los tribunales inferiores³³. A continuación, nos referiremos a algunos.

IV.1.a. Inobservancia del principio de congruencia

Actuando procesalmente el principio de congruencia, y en alusión a un ensanchamiento de dicha noción, podemos sugerir que debe existir una relación de congruencia procesal entre las pruebas rendidas por las partes y lo resuelto sobre ello en la sentencia. De no darse dicha relación lógica de congruencia, el decisorio podría ser atacado a través de la casación en mención a la violación al principio de congruencia.

IV.1.b. Violación a la regla de la fundamentación lógica de la sentencia

Uno de los motivos más claros en el control de la existencia de un vicio *in cogitando* lo constituye la violación al principio de razón suficiente ontológico³⁴, que se configura cuando se omite valorar prueba dirimente o se valora genéricamente la prueba producida.

Debe dejarse en claro que para que la omisión de valoración de elementos probatorios se constituya en el motivo determinante de una declaración de nulidad de un razonamiento judicial, es necesario que la prueba cuya meritación se omitió sea de tal trascendencia que su consideración hubiera podido cambiar la suerte del pleito.

La errónea percepción de los elementos probatorios, si bien podría entenderse que escapa al control casatorio, se inscribe dentro de la esfera del control de logicidad (propio del recurso de casación) cuando se advierte que la equivocada inteligencia de los elementos probatorios desarticulan la validez del razonamiento en tanto éste haya partido de una falsa o incompleta percepción de la realidad del caso.

³² OCAMPO, PATRICIA A., "El recurso de casación en el proceso civil de la Provincia de Córdoba". LNC, 2006-6-560.

³³ En este punto, seguimos a Raúl Fernández en FERREYRA DE DE LA RÚA, ANGELINA (dir.), *La prueba en el proceso: doctrina y jurisprudencia*. Córdoba: ed. Advocatus, 2007, p. 66.

³⁴ GHIRARDI, OLSEN, op. cit., p. 210.

IV.1.c. Violación a la regla de la fundamentación legal de la sentencia

La violación al principio de fundamentación legal de la sentencia es, en principio, un argumento no propicio para vehicular ante el órgano casatorio la pretensión de revisión de la merituación de las pruebas efectuada por los tribunales inferiores, admitiéndose únicamente la vía de la existencia de sentencias contradictorias para obtener un control acerca de la valoración de la prueba aduciendo la falta de fundamentación legal del decisorio judicial.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, es posible entender que, cuando se está frente a una arbitrariedad normativa sustancial manifiesta (según la cual a simple vista se haga ostensible la ausencia de todo fundamento jurídico en el razonamiento judicial), se podrá tener por configurado el motivo formal de la casación y, en virtud de ello, proceder al control de la valoración de los elementos probatorios.

IV.1.d. Violación a las formas y solemnidades previstas para el procedimiento o la sentencia

La violación de las formas y solemnidades previstas para el procedimiento o la sentencia también puede vincularse a la actividad probatoria, cuando se hubiere estado frente a un vicio de procedimiento probatorio, ya sea en primera instancia o en segunda, y dicho vicio se hubiere mantenido en el procedimiento o en la sentencia de los tribunales de mérito, siendo posible corregir el mencionado error a través de la actuación del órgano casatorio.

IV.1.e. Unificación de la interpretación legal

Por último, las reglas que rigen la actividad probatoria pueden ser llevadas directamente en casación por vía de los incisos 3 y 4 del artículo 383 de la ley ritual local.

En tal caso, el error en la cuestión de derecho derivado de la inexacta interpretación de la norma sustancial o procesal puede implicar un nuevo análisis sobre la subsunción de la norma en el supuesto fáctico.

IV.2. Nuestra opinión

El proceso judicial pretende aplicar la norma al caso. Para hacerlo no sólo requiere averiguar cuál es la norma (errática tarea que conocemos como interpretación). También precisa averiguar cuál es el caso: es decir,

articular acerca de los hechos relevantes un relato que pueda estimarse verdadero³⁵.

En referencia al análisis de la valoración probatoria, se suele aducir que los reproches efectuados en torno a la selección y meritación del material probatorio están excluidos del conocimiento del tribunal casatorio por configurar una función que compete en forma exclusiva a la órbita de los tribunales ordinarios. Asimismo, se suele impedir el acceso a la instancia de casación aduciéndose que no se ha demostrado que el material probatorio tenga la entidad y trascendencia esencial suficiente para subvertir la conclusión a la que hubiere arribado el tribunal de mérito y llevar a un resultado diferente de la resolución. En efecto, en materia de prueba, predomina la idea de restringir el acceso a los reparos construidos respecto de la selección y juicio crítico de la prueba, por configurar una función que en principio pertenece al dominio propio de los tribunales de alzada.

Sin embargo —reconociendo la necesidad de librarse de un encasillamiento absoluto—, se admite la atenuación de tales principios cuando se impute y justifique la existencia de un error en el razonamiento que, adscripto a la noción de vicio *in procedendo*, afecte la motivación de la sentencia, o cuando se evidencie mediante el método de inclusión mental hipotética la trascendencia que la prueba omitida habría tenido en el desenlace del litigio. Como refiere Ocampo, en esta hipótesis, captada como inobservancia al principio de razón suficiente en su faz ontológica, el impugnante debe desarrollar la incidencia de la prueba pretendidamente omitida y, por ende, su impacto en la solución final de la causa³⁶.

Se deberá entonces tener especial cuidado en la manera de abordar el camino de arribo a la instancia casatoria en busca de una revisión de los hechos sucedidos en la causa y de la valoración jurídica de los mismos. Ello reviste fundamental importancia en el orden local donde aduciendo la violación a la fundamentación lógica de la sentencia se busca abrir el remedio casatorio³⁷.

³⁵ GUIBOURG, RICARDO A., op. cit., JA, 2004-I-1111.

³⁶ OCAMPO, PATRICIA A., op. cit., LNC, 2006-6-560.

³⁷ FERRER MARTÍNEZ, ROGELIO (dir.), op. cit., p. 731. Se afirma expresamente que “a tal motivo es al que más frecuentemente se acude en la práctica del foro porque permite a las partes censurar las conclusiones de hecho contenidas en la sentencia, no por cierto en forma directa —lo que estaría reñido con la estructura dogmática de la casación— pero sí indirectamente cuando respecto de esas conclusiones la argumentación no se considera lógicamente convincente. Y aunque en ocasiones esto se niegue o no se reconozca abiertamente, es indiscutible que por este conducto, a través de la inspección del itinerario lógico seguido por los jueces de mérito, se consiente en sustancia al tribunal de casación un control bastante penetrante de la decisión recaída sobre la cuestión de hecho, sobre la valoración de la prueba”.

Conclusión

Se ha dicho acertadamente que la determinación de las cuestiones de hecho y las cuestiones de derecho constituyen una manifestación de la eterna controversia entre “seguridad jurídica” y “justicia”³⁸.

Ahora bien, en el razonamiento jurisdiccional, es claro que se desdibuja la diferencia entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, entre la constatación de los hechos y la apreciación jurídica que debe llevarse a cabo en dicha constatación. Nos parece acertada la reflexión que sobre el punto realiza Ocampo al sostener que “la instancia casatoria, sin olvidar que sus funciones clásicamente reconocidas son la correcta y uniforme aplicación del Derecho y el control de legitimidad del proceso formativo de la sentencia y de los requisitos de validez de los actos procesales que la han precedido, nuevamente deberá inclinarse en su funcionalidad con blanda resistencia ante la idea superior de hacer justicia en la litis sujeta a resolución. El mayor protagonismo del tribunal de casación, sin que ello importe desnaturalizar el carácter extraordinario de su intervención, porque de idéntico carácter es el mecanismo recursivo que lo habilita, no puede escindirse de la justicia que reclama el legitimado que ante él acude, como tampoco puede desentenderse de las consecuencias sociales que se proyectan de sus actos decisivos”³⁹.

Tal como lo señala Ferrer⁴⁰, las limitaciones propias del recurso de casación no excluyen la posibilidad de fundar este recurso en ciertos vicios derivados de la valoración o apreciación de la prueba. Lo expuesto en apartados anteriores al tratar los distintos supuestos en los que el tribunal de casación dirige su actuación al análisis de la valoración de las pruebas rendidas en la causa demuestra cómo las cuestiones probatorias son susceptibles de ser revisadas por el órgano casatorio.

En efecto, es función del tribunal casatorio examinar todas aquellas cuestiones que atenten contra la obtención de una sentencia fundada en forma lógica y legal, circunstancia en la que puede entrar en juego la valoración que de las piezas probatorias hayan hecho los tribunales de mérito. El sólo hecho de que la instancia de casación no constituya una tercera instancia en donde puedan reeditarse las pretensiones de las partes no autoriza *per se* a permitir la petrificación de razonamientos incorrectos o infundados basados en erróneas o infundadas apreciaciones de los elementos de prueba vertidos a lo largo del proceso.

³⁸ FERRER, SERGIO, “Valoración de la prueba y recurso de casación”, LLCba, 1990-1013, p. 1013.

³⁹ OCAMPO, PATRICIA A., op. cit., LNC, 2006-6-560.

⁴⁰ FERRER, SERGIO., op. cit., LL Cba, 1990-1013, p. 1022.

Cuando la errónea percepción de material probatorio resulte ostensible o evidente por más que tal cuestión corresponda en principio al plano ontológico, la parte agraviada podrá denunciar el vicio por la vía casatoria, porque de no admitirse tal control se estaría negando conscientemente la verdad jurídico objetiva, valor que la Corte Suprema ha custodiado celosamente en pro de un adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio⁴¹. En efecto, en lo lógicamente incorrecto no entra en juego valoración alguna, ya que lo que se viola es la ley del pensar. No intervenir en semejante caso, equivale tanto como admitir que cualquier motivación es un buen fundamento⁴².



⁴¹ FERREYRA DE DE LA RÚA, ANGELINA y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, CRISTINA, op. cit., p. 694.

⁴² GHIRARDI, OLSEN, op. cit., p. 93.

EL RECURSO DEL “*ESPÍRITU DE LA LEY*” EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CIVIL[†]

*Manuel Antonio González Castro**

Resumen: El recurso del “espíritu de la ley”, como instrumento de interpretación de la ley posee consagración normativa en el Código Procesal de la Provincia de Córdoba. No obstante, los tribunales y doctrinarios no hacen uso de tal herramienta como consecuencia de su indeterminación. No se le ha atribuido significado alguno al método, utilizando en su lugar fórmulas análogas, como la denominada invocación a la *ratio legis*.

Palabras clave: Ley procesal civil - interpretación - espíritu de la ley - ratio legis.

1. Introducción

La cuestión de la interpretación del derecho ha sido reconocida en cuanto a su importancia y como núcleo de investigación por la ciencia jurídica actual.

Tal reconocimiento cruza los fijos límites establecidos por la exégesis decimonónica tradicional.

El diagnóstico aquí expresado conlleva también cuestiones de interés respecto de la indagación acerca de las causas de este despertar hermenéutico de la ciencia jurídica.

Dicho interés no esconde la situación actual de la interpretación jurídica y los grandes debates que entorno ella se mantienen como disputas irresueltas.

[†] Recibido el 30/04/2013, Aprobado el 11/09/2013.

¹ El presente trabajo desarrolla algunas de las cuestiones investigadas y tratadas en el proyecto: “La interpretación según el *Espíritu de la ley*: análisis de los presupuestos, procedimientos y alcances metodológicos en el derecho privado, internacional privado y procesal civil argentino”. Proyecto de Investigación tipo A, presentado a la Secretaría de Ciencia y Tecnología (SECYT) de la Universidad Nacional de Córdoba (U.N.C.), Aprobado Código 05-D498. Radicación del Proyecto: Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Años 2012-2013. En ejecución, dirigido por el Prof. Dr. Aldo M. Azar, y del cual el autor se desempeña como Co-director.

* Doctor en Derecho. Magíster en Derecho Procesal. Coordinador de la Carrera de Especialización en Derecho Procesal UNC. Profesor en la Carrera de Especialización en Derecho Procesal UNC. Profesor en las Cátedras de Introducción al Derecho “B” y Derecho Procesal Civil “A” de la UNC. Director del Programa para la Enseñanza de la Práctica Jurídica UNC. manugc_31@hotmail.com.

Entre las disputas base en la cuestión de la interpretación del derecho podemos citar a modo solo de ejemplo, las denominadas corrientes objetivistas o subjetivistas en materia de interpretación, lo atinente a la jerarquía interpretativa en cuanto a su impacto de funcionamiento sistémico, interpretación institucionalizada o creación paradigmática, la cuestión del reconocimiento o descubrimiento del significado (tesis tradicional), o la noción de la interpretación como atribución de significado, hasta aquélla de Guastini² que entiende a la interpretación como generación normativa.

Todo esto, sin entrar también en el problema de los modelos jurídicos convivientes que fijan los límites a la interpretación desde las dimensiones a considerar en la labor o tarea hermenéutica.

Lo cierto es que ha sido demostrada la insuficiencia de la interpretación literal en materia jurídica, y quizás, desde dicha insuficiencia se ha generado la necesidad de profundizar nuevas investigaciones en este terreno lo que ha llevado a este despertar de la cuestión hermenéutica.

Han contribuido también en este tema los aportes de la teoría de la argumentación, de la antropología como paradigma de la interpretación integral y la axiología comprometida desde el redescubrimiento de la función teleológica de la norma, y en el Derecho Procesal el descubrimiento de la necesaria interpretación también de lo fáctico, todo dentro del despliegue de la serie procedimental, entendiéndolo a lo fáctico no como acontecimiento sino como acto comunicativo de lo acontecido en forma litigiosa o confirmatoria.

De este modo, si aceptamos como cierta la insuficiencia de la interpretación literal denunciada, y como válidos los aportes ya citados, tenemos como necesario el tratamiento del recurso interpretativo denominado "*espíritu de la ley*", y como hipótesis de partida del presente, diremos que dicha invocación aparece en la letra de la ley y que la misma no ha sido atribuida de significado específico por la doctrina ni la jurisprudencia actual, siendo que su invocación pocas veces es utilizada y en su lugar surgen otras invocaciones tampoco definidas y que adolecen de notoria vaguedad.

El límite al objeto del presente trabajo está dado por el complejo normativo del Derecho Procesal Civil de la Provincia de Córdoba.

2. El espíritu de la ley

Al operador del derecho argentino, la expresión "*espíritu de la ley*" remite en forma inmediata al menos a tres fuentes: 1) La obra de Mon-

² GUASTINI, RICCARDO, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, Barcelona, 1999, p. 100.

tesquieu titulada “*El espíritu de las leyes*”; 2) A la fuente material del romanticismo jurídico en la versión de SAVIGNY y 3) al art. 16 de Código Civil Argentino que hace mención a este recurso interpretativo cuando dice que si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se debe atender a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se debe resolver por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

Lo cierto es que, esta cuestión del *espíritu de la ley*, a veces como criterio de interpretación, otras como correctora de la letra y hasta como invalidante del texto ya tenía tratamiento en la antigüedad.

Muestra de lo dicho es la tesis jurídica del cristianismo primitivo, tanto en la proposición paulina como en las diversas tesis patrísticas, en las que se invoca el espíritu de la ley y aforismos tales como la letra de la ley mata mientras que el espíritu vivifica, o la ubicación de la ley y su letra al servicio del hombre de modo instrumental y no a la inversa.

En el Derecho Procesal Civil, su invocación es expresa en la literalidad del art. 887 CPC, cuando se expresa que en caso de silencio u obscuridad de este Código, los tribunales deben arbitrar la tramitación que deba observarse, de acuerdo con el *espíritu que le domina*, leyes análogas y los principios generales que rigen en materia de procedimientos.

No obstante lo expreso de la norma procesal que refiere al espíritu que le domina, no se encuentra invocación clara de ella en las decisiones de nuestra jurisprudencia ni en la labor doctrinaria local.

3. Problemas que surgen del referido recurso del espíritu de la ley en la interpretación del Derecho Procesal Civil

Dentro de los problemas que trae la aplicación del referido recurso encontramos entre otros: 1) su indeterminación y consecuente ambigüedad, 2) su utilización como modo de interpretación de la ley o como modo de integración.

3.1. El problema de su indefinición

Entendemos que en cuanto *recurso* la invocación al *espíritu de la ley* adolece de indefinición, tanto en la Teoría General del Derecho Procesal como en su formulación por el Derecho Civil, ello sin desconocer el valiosísimo aporte conceptual de Isidoro de Sevilla sobre la cuestión.

Estas mismas deficiencias surgen a la hora de su invocación en el Derecho Procesal Civil.

En este sentido, y siguiendo los exégetas más citados en nuestra jurisprudencia local, nos encontramos con autores como Vénica, que re-

conoce la cuestión como similar a la regulada en el art. 16 del CC, entendiéndola a la misma como “*el fin social al cual queda adscripto el sentido de la norma*”, todo siguiendo a comentario de Llambías³.

En concreto, no brinda una definición propia, sino que transcribe la del civilista Llambías, como un modo de remisión de la cuestión al derecho sustancial.

Además Vénica circunscribe el recurso a la integración de la ley y no a su interpretación.

Concentrados, ahora, en la obra de las Profesoras Angelina Ferrera de de la Rúa y Cristina González de la Vega⁴, in comento al art. 887 CPC advertimos que aluden al espíritu de la ley, pues así lo reza la norma en cuestión, y a diferencia de la posición de Vénica, distinguen correctamente, con enseñanzas de Clariá Olmedo, la diferencia entre interpretación e integración, reconociendo la posibilidad de invocación del espíritu de la ley para cualquiera de ambas operaciones.

Lo cierto es que de dicha lectura, surge que es un *posterius* a la ausencia de claridad de la textualidad normativa y tendiente a la aplicación de la tramitación que deba aplicarse.

Por último, Rogelio Ferrer Martínez, al abordar el comentario a la misma norma interpretativa, nada dice respecto del espíritu y se dedica a laborar el método analógico y el problema de los principios generales del derecho y su aplicación conforme criterios de equidad y justicia⁵.

En concreto, desde la doctrina local mas citada, advertimos la in advertencia que se da al recurso del espíritu de la ley en la interpretación de la ley procesal como consecuencia, quizás, de su indefinición y ausencia de atribución de significado.

Otra de las razones existentes es el canon de formación de la cultura jurídica procesal nacional, pues si recordamos las enseñanzas de Rocco y de Chiovenda, ambos privilegian por razones de seguridad la literalidad de a norma respecto de su espíritu, debiendo prevalecer la letra sobre el espíritu en situaciones de conflicto entre éstos⁶. Sin embargo los problemas de insuficiencia de la interpretación literal han sido ya

³ VÉNICA, OSCAR HUGO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Comentario*, t. VI, Lerner, Córdoba, p. 507.

⁴ FERREYRA DE DE LA RÚA, ANGELINA y GONZÁLEZ DE LA VEGA, CRISTINA, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Comentario y concordado con los Códigos de la Nación y provinciales*, La Ley, Buenos aires, 2012, t. III, p. 2242 y ss.

⁵ FERRER MARTÍNEZ, ROGELIO, *Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Córdoba*, Advocatus, Córdoba, t. II, 2005, p. 638 y ss.

⁶ ROCCO, ALFREDO, *La interpretación de las leyes procesales*, Valletta Ediciones, Florida, 2005, Trad. De Rafael Greco, p. 48 y ss.

denunciados⁷, lo cual nos lleva a preguntarnos, una vez más, si atento a que dicha interpretación deviene insuficiente ¿cuál es la razón del no uso del recurso invocatorio en análisis?

Al concluir sobre este tópico, recordar que para Isidoro de Sevilla se trata de un estado legal, y así sostiene que: “*Del estado legal también toman su origen la letra y el espíritu, las leyes contrarias, la ambigüedad, la deducción o interpretación, y la precisión legal. La letra y el espíritu se manifiestan contrarias cuando las palabras se muestran en discrepancia con lo que el redactor quería expresar*”⁸.

De lo que se desprende es que para este autor la cuestión del espíritu se vincula a la intención del redactor de la ley, manifestándose la cuestión para el supuesto de contradicción.

3.2. El problema de su ambigüedad

La primera cuestión que nos lleva a comprender el no uso del recurso estaría dada por el problema de la ambigüedad de la expresión. ¿Qué significa? ¿A cuántos objetos diversos refiere? ¿Cuál es el objeto que supone con su expresión?

De no hacerse los cortes analíticos pertinentes, la respuesta deviene imposible. Lo cierto es que la ambigüedad es innegable y de este modo se confunde el espíritu de la ley procesal con la *ratio legis*, el aspecto sistemático, los bienes sustanciales y constitucionales protegidos, la teleología de la norma, el marco axiológico protegido, una determinada ideología procesal subyacente, y lo que es más grave, hasta una especie de *ratio decidendi*, que como sabemos, es de diversa índole que la *ratio interpretandi*.

Sin embargo, la cuestión, en el marco del Derecho Procesal Civil, parece ser trascendente, pues la interpretación aparece enmarcada cada vez más en un marco de constitucionalismo imperante, y en consecuencia, tales valores constitucionales no pueden ser abandonados en el marco de la invocación.

En concreto, podemos decir ahora que, si bien no luce en nuestras letras procesales locales una invocación a tal recurso, al mismo se lo utiliza por diversas vías como la *ratio legis* o la invocación teleológica.

Esto es al menos importante, pues se diferenciaría la invocación a tal recurso de dos modos de interpretar: el literal puro y el sistemático por

⁷ GONZÁLEZ CASTRO, MANUEL ANTONIO, “La insuficiencia de la interpretación literal en el derecho procesal” en Centro de Investigaciones Jurídicas y sociales de la Facultad de Derecho de la UNC, Anuario XIII, p. 223 y ss.

⁸ ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*, BAC, Madrid, 2004, pp. 357/359. Todo sin desconocer la posición de Cicerón que ve en la ley la naturaleza y el espíritu del hombre desde el concepto de elección. Las leyes, en CICERÓN, *Obra Política*, Gredos, Madrid, 2009, p. 177.

su lado (salvo que se entendiere como sistemático el avance o presencia de los complejos normativos constitucional y convencional).

Sin embargo, lo sostenido no deja de lado los graves problemas que traen los denominados factores de perturbación o anomalías propios del Derecho Procesal Civil en cuanto a su problema de construcción y manipulación de la interpretación como protección de intereses ocultos en cada una de las decisiones interpretativas en materia procesal. Tomamos por ejemplo algunos criterios de cómputo de la perención o caducidad de instancia *contra legem* y la afirmación irretroactiva del planteo o inicio del beneficio de litigar sin gastos generando el pago de tasas judiciales, de las cuales mediante el inicio del beneficio de litigar se buscaba liberar.

De este modo, lo manipulativo surge con un argumento de apariencia significativo, que conlleva un desconocimiento de la textualidad, sistematicidad y constitucionalidad, imponiendo como prevalente un elemento no propio de la interpretación ni aplicación de la norma a los fines de lograr un efecto no pretendido por la norma ni el sistema, sino por la voluntad del intérprete, generalmente con un objetivo oculto o de prevalencia de pasión⁹ por encima de la razón, es decir, de un mero parecer.

De este modo, la manipulación de textos verificado por una suerte de estrategia de interpretación procesal, llevó a concluir que *“el proceder justificativo que realizan los jueces... es tan solo aparente, y que las verdaderas razones o motivos de sus fallos terminan por ser indicativas de la presencia de intereses privados que ellos mismos desean imponer en determinadas circunstancias”*¹⁰, llegando a un supuesto de interpretación según sus resultados y no a la inversa.

3.3. Su utilización como modo de interpretación o de integración del derecho

Las posiciones al respecto no son coincidentes en la doctrina local, incluso esta ausencia de coincidencia resulta de difícil catalogación, pues

⁹ En un caso donde se debatía el mantenimiento del deber de fidelidad a posteriori de la separación de hecho del matrimonio, y tras una argumentación que traspasó diversas dimensiones se sostuvo que *“la ley no ha sido aplicada conforme a derecho... en tal sentido, no he olvidado que el fin tenido en miras por el legislador en relación al matrimonio es su preservación; es justamente por ello que votar de otra manera (mantenimiento del deber de fidelidad) lejos de intentar cumplir con el espíritu de la ley, fomentaría la idea del matrimonio castigo que lleva a la disminución del mismo, convirtiéndolo en una institución vetusta sin puntos de conexión con la realidad”* (SC Bs. As., del 6/6/2012, en DJ 2/2013, AR/JUR/25164/2012).

¹⁰ MORA RESTREPO, GABRIEL, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de los jueces de las sentencias constitucionales*, Marcial pons, Madrid, 2009, p. 71.

no se trata de corrientes opuestas o divergentes, sino muchas veces son negatorias del problema o incluso pulverizadoras de la cuestión.

Ya dijimos que Vénica entiende a la cuestión en el marco de la integración del Derecho Procesal Civil¹¹, y que sin embargo, el modo de redacción del art. 887 CPC ubica la cuestión tanto en el marco de la interpretación cuanto de la integración.

3.4. Un caso que, si bien en materia arancelaria, puede ilustrar la cuestión que nos preocupa

Hemos encontrado la invocación al *espíritu de la ley* en un reciente fallo de la Sala CC del TSJ¹², pero en materia arancelaria de abogados, en un caso donde se debatió la aplicación del concepto establecido en el art. 104, inc. 5 de la Lp 9459, mediante el cual se establece un honorario de tres *jus* como compensación de las actividades extrajudiciales previas a la presentación de la demanda.

En el caso, una pretensión ejecutiva de honorarios ya regulados, se pretendía la aplicación de este concepto por el ejecutante con la controversia planteada por el ejecutado en el sentido de que la misma o no correspondía o debía ser morigerada, atento la actividad ínfima que significaba la preparación de una demanda ejecutiva de tal naturaleza.

El TSJ hizo lugar a la casación impetrada, y fundó su decisión en la invocación al *espíritu de la ley*, mediante la fórmula clásica de oposición, entendiendo que letra y espíritu de la ley riñen, debiendo seguirse las pautas hermenéuticas que vinculan dichas cuestiones con los principios generales del derecho, las circunstancias del caso y el rechazo del efecto no deseado por el ordenamiento jurídico como consecuencia de la aplicación de la ley.

Estas variables invocadas fueron enmarcadas en la concepción de la equidad como elemento corrector de excesos derivados de la aplicación mecánica del arancel logrando de este modo una retribución que sea digna y a la vez equitativa por la actividad cumplida.

Toma como base o supuesto de la invocación la prerrogativa hermenéutica de los tribunales que no pueden abandonar en “*la moderna concepción del derecho (que) considera como método idóneo para interpretar la ley, el criterio que se guía por la justicia del caso particular y que propugna la búsqueda de soluciones que provengan del buen sentido, de la equidad y del interés general, más allá de lo que en ocasiones literalmente*

¹¹ VÉNICA, OSCAR HUGO, ob. cit., p. 507.

¹² TSJ, Sala CC, Córdoba, 4/12/12, Sent. 231, Zakheim, Jorge Alberto c/ Dirección de Rentas de la Provincia de Córdoba - ejecutivo, en SJ 1901 del 11/4/2013, p. 562 y ss.

*surge del texto legal escrito. Si bien la génesis de esta doctrina constituyó una herramienta para descalificar los pronunciamientos que se basaban en el mero voluntarismo del juzgador en detrimento de la ley escrita, paulatinamente fue abarcando una noción en sentido contrario; o sea, mancillando las decisiones que se fundan en una abusiva aplicación de la ley escrita y que no advierten la notoria injusticia que ello provoca en el caso particular*¹³.

Nuevamente la tensión y confusión de interpretación de la norma y de la aplicación. El tribunal casatorio, a los fines de fallar por fuera de la literalidad de la norma recurre al *espíritu de la ley*, siempre en el marco de un *caso particular, características del caso, etc.*, es decir, la noción de aplicación y sus consecuencias, a las que entiende no deseadas por el ordenamiento, todo en el marco de una noción de equidad que toma más elementos de un derecho libre que de una hermenéutica sistémica.

Decimos esto pues, la norma en cuestión no hace distinción ni enuncia la actividad que se cubre con tal concepto arancelario, solamente refiere a la actividad previa. El monto de tres *jus*, sea cual fuere el momento de aplicación, no es monto de consideración. Luego, si el tribunal casatorio ingresa al análisis de naturaleza y complejidad de las tareas previas, nos preguntamos si en un caso planteado respecto de actividad previa verdaderamente compleja aumentará el monto de tres *jus* a cuatro o cinco...

En concreto, de este fallo podemos concluir la utilización del *espíritu de la ley*, como un elemento de aplicación de la ley y no como interpretación, circunscripto a un caso concreto desde la perspectiva correctora de la equidad, reproduciendo en este punto lo ya sostenido respecto de la manipulación de textos como justificatoria de la *ratio decidendi*.

3.5. Conclusión provisoria y punto de partida

Del análisis de los problemas denunciados, el recurso al *espíritu de la ley* puede encontrarse al menos con dos variantes: la variante que lo enuncia como invocación de la *ratio legis*, o de cualquier posición finalista o, en pocos casos, dentro del marco de una visión sistémica (entendiendo por tal la de marco referencial de la Teoría General del Proceso y del Derecho Constitucional¹⁴), siendo en nuestro criterio correcta la primera posición, pues desde la lectura del realismo clásico, el espíritu que anima la legislación tiene esta función teleológica con diversas variantes.

¹³ *Ibidem*, p. 563.

¹⁴ *Vide*: VELÁSQUEZ G., JUAN GUILLERMO, *Interpretación del Código de Procedimiento civil*, Señal Editorial, Medellín, 1997, 42.

4. Posibles respuestas, desde distintas dimensiones, al problema del recurso del “*espíritu de la ley*” en la interpretación del Derecho Procesal

4.1. Desde lo normológico

Ya hemos identificado la norma que reconoce la invocación al espíritu de la ley en nuestro ordenamiento procesal local, tal el art. 887 CPC que dispone que en caso de silencio u obscuridad de este Código, los tribunales deben arbitrar la tramitación que deba observarse, de acuerdo con el espíritu que le domina, leyes análogas y los principios generales que rigen en materia de procedimientos.

La norma misma circunscribe la cuestión a la tramitación a adoptarse, sin embargo, en muchas ocasiones la cuestión pareciera que la invocación no lo es a los fines de la determinación del trámite sino de la consecuencia propia de una determinada actividad o inactividad procesal.

Luego, desde lo normológico, la respuesta es clara en el sentido en que lo venimos tratando, se trata de un recurso invocatorio tanto en materia de interpretación cuanto de integración del Derecho Procesal Civil, pero viciado de indeterminación conceptual.

4.2. Desde lo ideológico

La invocación al recurso del *espíritu de la ley*, en materia ideológica, se vincula a la actual existencia de al menos dos visiones del Derecho Procesal como paradigmas contrapuestos. Ambos paradigmas han sido designados como Garantismo procesal y Activismo procesal o solidarismo¹⁵. La diferencia entre ambas posiciones radica sobre todo en lo que concierne al sistema procesal adoptado, siendo los primeros de origen dispositivo o acusatorio, en el segundo paradigma la figura del juez es más cercana al del inquisitivo. Es decir, ambas posturas radican en los poderes y facultades del juez.

Estas posiciones tienen reflejo directo en cuestiones estrictamente procesales, tales las medidas probatorias oficiosas, las medidas cautelares sustanciales, el orden lógico procesal, la teleología del proceso, la concepción realista del análisis del fenómeno jurídico procesal *versus* el análisis constructivista genético de tipo postmoderno, y el modelo de jurista.

Sin lugar a dudas, en este marco paradigmático, lo sistemático constitucional adquiere principal relevancia, pues el abandono de determinados principios y la alteración de algunas de las reglas procesales se

¹⁵ Vide: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. *Activismo y Garantismo Procesal*, Córdoba, 2009.

hacen mediante la justificación en el complejo constitucional con diversas lecturas unos y otros.

De este modo, la invocación al *espíritu de la ley* dependerá en cuanto a su contenido al paradigma procesal defendido por cada una de las corrientes. Así por ejemplo la primera Escuela privilegia la defensa en juicio y el debido proceso sin el cual en un estricto marco constitucional, mientras que la segunda lo hace con una confianza en el magistrado donde advierte la posibilidad de decisiones de eficacia.

Como se advierte, la diferencia es sustancial en cuanto a la concepción jurídica procesal, cuestión aún no culminada y en permanente tensión.

No debemos olvidar en este tópico lo que ha dado en llamarse el fenómeno de la institucionalización de la interpretación jurídica, ya que "*el alcance de la interpretación jurídica está condicionado a lo que el sistema jurídico le permite hacer al juez y a lo que el mismo juez entienda sobre lo que sea su labor como intérprete*"¹⁶.

De este modo, el resultante del *espíritu de la ley* invocado, dependerá nuevamente de la manipulación ideológica del texto, pues no será lo que lo inspire sino el paradigma imperante en el modelo de ciencia propio del intérprete.

4.3. Desde lo sistémico

Bajo este acápite, surge palmariamente que el complejo normativo procesal se encuentra vinculado en forma dependiente del complejo normativo constitucional ampliado por el complejo convencional.

Desde este marco, surge así que en muchas ocasiones *el espíritu de la ley* se refleja en la necesidad de interpretar a norma en los complejos normativos ya referidos. Sin embargo, entendemos que esta postura responde a un método sistemático de interpretación de la norma y no solamente de la invocación de su espíritu.

Tan ello es así, que una determinada norma legal pudo haber sido inspirada en determinado sentido el cual debió trocar o actualizarse con el complejo convencional incorporado a nivel constitucional a partir del año 1994.

Recordemos que: "*En los Estados modernos, al tiempo en que se decide sobre la Constitución, se opta por un orden concreto de valores que ha de presidir la hermenéutica del orden jurídico, en un sentido amplio, tanto para cuando hay que desplegar dichos valores en la ley como en las decisio-*

¹⁶ LÓPEZ VILLEGAS, EDUARDO, *Derecho y argumentación*, Universidad Javeriana, Bogotá, 2011, p. 165.

nes particulares; en esta labor le corresponde el primado al legislador para determinar entre la pluralidad de formas posibles de realización de valores la que de acogerse en el sistema jurídico. Para la labor de la hermenéutica del orden axiológico el legislador o el juez deben acudir a argumentos jurídicos, políticos, morales, los que entran a jugar un papel importante respecto de los fines jurídicos, se incorporan al derecho bajo sus restricciones sin perder cada uno su propia lógica, como lo enseña Habermas”¹⁷.

Si bien la línea divisoria entre ambos métodos interpretativos es tan delgada, entendemos no positiva su confusión.

4.4. Desde lo teleológico

La finalidad de una norma en cuanto su contenido hoy no es discutida. Dejamos ex profeso de lado los debates respecto de quién fija tales fines, si los mismos son explícitos, etc., razón por la cual autores como Dueñas Ruiz conciben a la invocación al *espíritu de la ley* dentro de esta dimensión interpretativa a la cual denomina también como *intencional*¹⁸.

Los diversos modelos jurídicos, incluido el unidimensional, refieren a un fin protegido (¿o bien protegido?) por la norma misma. Desde el modelo multidimensional de Fernando Martínez Paz, se advierte la necesidad de la indagación teleológica en la interpretación integral del Derecho y desde el trialismo, en su sistema de reparto, se advierte que se reparten bienes, libertades y vida que se tienden a proteger, todo con un criterio finalista denominado dikelógico¹⁹.

Desde este punto de vista, la invocación al *espíritu de la ley* refiere a los valores protegidos²⁰ y los fines mismos establecidos en la norma por el legislador, es decir, el para qué de su dictado y necesidad de aplicación.

Así, una interpretación o aplicación contraria a la finalidad de la norma, alterará el espíritu de la misma.

Sin embargo, a pesar de la claridad de lo sostenido en este punto respecto de las normas sustanciales, resta preguntarnos si lo mismo es predicable de las denominadas normas instrumentales, siendo que la doctrina entiende a las normas procesales con ese carácter de instrumentalidad.

¹⁷ LÓPEZ VILLEGAS, EDUARDO, *Derecho y argumentación*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2011, p. 103.

¹⁸ DUEÑAS RUIZ, OSCAR JOSÉ, *Lecciones de hermenéutica jurídica*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2008, p. 101.

¹⁹ Vide: GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Lexisnexis, Bs. As., 2005.

²⁰ Respecto del problema de determinación conceptual de los valores ver entre otros: PORTELLA, JORGE GUILLERMO, *Una introducción a los valores jurídicos*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008.

El matiz diferenciador radicaría en que “*las normas instrumentales no prescriben fines sino que ordenan medios para quienes quieran obtener un determinado fin, y solo para ellos. Una norma teleológica (o finalista, como algunos prefieren decir) es un enunciado que sí prescribe un fin, sin prescribir, no obstante, ningún medio para obtenerlo. De este modo, una norma teleológica es susceptible de ser cumplida mediante una pluralidad de comportamientos: tantos como medios idóneos para conseguir el fin prescrito*”²¹.

Si las normas procesales son instrumentales, no debería recurrirse en su interpretación a la invocación del *espíritu de la ley* como si se tratara de un recurso teleológico, máxime cuando de la textualidad de la norma hermenéutica del CPC Cba. queda claro que lo es a los fines de la determinación de los procedimientos a seguirse o a imprimir.

No obstante, a pesar de la instrumentalidad de la misma norma procesal, no podemos negar que ese instrumento tiene una finalidad que es la del resguardo de la garantía del debido proceso y de la eficacia procesal en la actuación de la norma. En nuestro caso, lo instrumental posee en definitiva un elemento finalista, al menos indirecto, pues el legislador, aun en materia instrumental debe decidir sobre el equilibrio al que se debe llegar, en este caso, el equilibrio procesal de dos sujetos debatiendo en perfecto pie de igualdad ante un tercero imparcial, imparcial e independiente.

4.5. La invocación del espíritu de la ley bajo el tipo de la ratio legis

Llegamos así a la invocación que es más frecuente en la interpretación del derecho procesal tal la de la *ratio legis*.

Esta razón de la ley, es la que domina el modelo interpretativo de la norma procesal en el TSJ local, unido a criterios argumentales de tipo novo retórico prudencial.

De este modo, la invocación al *espíritu de la ley* que dice la norma del cuerpo normativo local se convirtió en *ratio legis*.

Lo que pareciera una simple razón o invocación, posee en su pedestal varias cuestiones también indefinidas: ¿Quién otorga dicha razón... el legislador o el intérprete? ¿Se encuentra condicionada por el caso confundiendo *ratio legis* con *ratio decidendi*? ¿cuál es el marco de sus posibilidades y el límite de la manipulación del mismo? ¿dicha *ratio*... es objetiva y consustancial con la norma?

²¹ GUASTINI, RICCARDO, ob. cit., p. 115.

Nada de esto responde el TSJ a cada momento de su invocación, quedando solamente la cuestión de la supuesta razón inspiradora de la norma.

4.6. En concreto

Podemos sostener que la invocación al recurso del *espíritu de la ley*, son las razones que han inspirado el dictado de la norma procesal, teniendo en cuenta el despliegue del desarrollo de la serie de actos procesales, en un marco de garantía y eficacia a los fines de la actuación del derecho sustantivo en el caso concreto con miras heterocompositivas del conflicto planteado ante la jurisdicción.

5. Análisis de tres supuestos

A los fines de trasladar o hacer operativas las consideraciones expuestas en este informe, nos proponemos analizar tres situaciones donde el recurso al *espíritu de la ley* deviene necesario. En un primer supuesto, lo haremos desde lo hipotético, en los dos restantes desde la existencia de casuística jurisprudencial local.

5.1. Cuando el estándar interpretativo es contrario al espíritu de la ley. Conflictos a dilucidar en el análisis concreto en la nulidad procesal

Efectuados todos estos análisis previos o al menos haberlos tratado de presentar, podemos advertir que en varios institutos procesales se establecen determinados estándares interpretativos que pueden ser contrarios al espíritu de la ley. Entendemos aquí por estándares de interpretación “*aquellas fórmulas valorativas que uniformizan la interpretación de los mencionados conceptos pero sin la fuerza de fuente del derecho*”²².

Es el caso mismo de la nulidad procesal.

La doctrina distingue una serie de condiciones que deben cumplirse a los fines de poder declarar la nulidad procesal de un determinado acto irregular. Dichas condiciones son denominadas de diversas maneras, desde los denominados principios, reglas o presupuestos de la nulidad procesal.

Nosotros adoptamos la idea de presupuesto, los que se encuentran establecidos a partir del art 76 del CPC.

²² SAMPAIO FERRAZ JR., TERCIO, *Introducción al estudio del Derecho. Técnica, decisión, dominación*. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 219.

El estándar interpretativo es restrictivo bajo el sintagma del favor proceso y de la validez de los actos procesales, todo en un marco de la teoría del finalismo procesal.

Ahora bien, desde la teoría clásica (Alsina) se viene sosteniendo que donde hay indefensión hay nulidad. Luego, si lo protegido (o espíritu de la ley es conminar el vicio de un acto que atente la defensa) el estándar interpretativo debiera ser amplio, pues lo primordial es el resguardo de la defensa en el caso de la duda y no el mantenimiento del acto viciado.

De este modo, se demuestra que, el estándar interpretativo de la nulidad se da bruces con el espíritu que domina el instituto, tal el del mantenimiento incólume del derecho de defensa.

5.2. El caso de la inapelabilidad directa de los autos en los procesos abreviados y ejecutorios

El TSJ²³, como tribunal casatorio, con competencia en base a función nomofiláctica del art. 383,3 del CPC, trató la unificación de interpretación jurisprudencial divergente respecto de la apelabilidad directa o diferida del auto que deniega el incidente de perención o caducidad de instancia en el marco de juicios ejecutivos (aplicable también a juicios abreviados) mediante la aplicación de los arts. 515 y 559,1 del CPC, o si por el contrario este tipo de auto es apelable en forma directa mediante la aplicación de la regla general contenida en el art. 361,2 CPC.

En ese decisorio, y en cuanto lo que nos atañe (materia hermenéutica procesal), sostuvo claramente que *“el tenor de las palabras que la conforman, o sea en una perspectiva gramatical, parece excluir esta interpretación y más bien llevaría a descartar la proponibilidad de la apelación en el supuesto que nos ocupa”*.

Sin embargo, el TSJ entendió que el auto que decide rechazar el incidente de perención de instancia no es susceptible de encuadrarse en la órbita de dichas normas de excepción, fundando dicha conclusión en *la particular naturaleza del instituto de la perención de la instancia sobre el que se decide, como así también en su función procesal que comporta una extinción anticipada del proceso en curso cuyo trámite se trunca, razón por la cual carece de una justificación razonable y significa una desnaturalización del instituto especial y extraordinario de la caducidad que aparecería operando sin cumplir realmente la finalidad para cuya consecución fue consagrado por la ley*.

De este fallo se advierte claramente que la literalidad de la norma conduce a una solución diversa: los autos de los juicios ejecutivos no son

²³ DJ 41/2012, AR/JUR/16780/2012.

apelables en forma directa, la resolución de la incidencia de perención de instancia se realiza mediante auto y en consecuencia es inapelable.

Desde la aplicación tradicional de normas generales y especiales, tenemos también que desde lo sistémico la norma especial de inapelabilidad debe prevalecer respecto de la general de apelabilidad directa.

En concreto, tanto lo literal cuanto lo sistemático conducen a una interpretación diversa, es decir, la apelabilidad diferida.

No obstante el TSJ apela a la figura de la *naturaleza del instituto y su función*.

Más allá de nuestra coincidencia con lo resuelto por el TSJ, podemos decir que dicha invocación trae aparejados varios problemas a saber: a) la norma hermenéutica del CPC no habla de *naturaleza del instituto*, b) Tampoco refiere a *función procesal*, c) el TSJ ni al invocar a) ni b) definen de qué se tratan dichos recursos hermenéuticos o integrativos; d) no queda claro si se trata de una cuestión interpretativa, de una cuestión de subsunción o de una cuestión de vacío legal, y de tratarse de esta última posibilidad, si nos encontramos ante una laguna del derecho propiamente dicha o de tipo axiológica.

La lectura integral del fallo, que incluye argumentación de tipo histórica, nos lleva a concluir que bajo el ropaje de la *naturaleza y función del instituto de la perención*, de lo que se trata es de justificar la aplicación de la regla general en violación de la especial teniendo en miras la eficacia procesal (argumentado desde la economía y el absurdo), es decir, la finalidad de las instituciones procesales, en definitiva, los recursos utilizados equivalen al recurso discursivo del *espíritu de la ley*.

En concreto, nos encontramos nuevamente ante su indefinición, con el agravante de que ha sido invocado mediante una argumentación oculto o ropaje diverso.

5.3. El caso de la excepción ejecutiva de compensación con crédito líquido y exigible que resulte de documento que traiga aparejada ejecución

La literalidad de la norma (art. 546,7 CPC) reconoce la procedencia como excepción ejecutiva la de compensación con crédito líquido y exigible que resulte de documento que traiga aparejada ejecución.

Los elementos tipificantes de la excepción en su literalidad es la existencia de crédito que a su vez sea líquido y exigible y que a su vez resulte en un título que traiga aparejada ejecución.

La obvia razón de dicha norma (evidentemente clara en su literalidad) es la imposibilidad de invocación de defensas causales en el acotado marco del juicio ejecutivo.

Sin embargo en la aplicación de la norma en un caso concreto, una de las Cámaras Civiles y Comerciales de nuestra Ciudad ha admitido la excepción de compensación de créditos con uno que no se encuentra instrumentado en documento que traiga aparejada ejecución, cuando la existencia del crédito resulta comprobada in continente en el mismo juicio ejecutivo, pues tal decisión puede ser adoptada sin una necesidad e introducirse en una investigación de hecho, que por cierto sólo puede tener lugar en los procesos de conocimiento²⁴.

En este caso la actora había promovido la ejecución de honorarios regulados en segunda instancia. Previamente con la demandada había celebrado un acuerdo de honorarios en el cual se había acordado una suma mayor a las reguladas para el supuesto de la promoción de reconvencción en un juicio ordinario determinado existiendo cláusula de que dichos honorarios no se abonarían si la reconvencción no prosperara. La ejecutante había percibido dicha suma mayor, sin embargo la reconvencción nunca fue articulada.

Opuesta la excepción de compensación la Cámara se encuentra con diversos tópicos a saber: 1) La excepción articulada no podía fundarse en documento que traiga aparejada ejecución, luego y siguiendo la literalidad de la norma (que no producía dificultad hermenéutica), conducía al rechazo de la excepción. 2) de las mismas constancias de la causa surgía: 2.1) el instrumento donde constaba el convenio de honorarios referido a una suma mayor correspondiente para el supuesto de que se articulara reconvencción en un juicio ordinario, percibida por ejecutante, y que quedaría sin efecto en el supuesto del rechazo de la reconvencción. 2.2) Era menester distinguir que la reconvencción nunca fue *rechazada* pues la misma jamás fue articulada, luego 2.3) debía interpretar la cláusula del convenio en lo atinente a reconvencción rechazada y reconvencción no deducida.

Como se advierte el campo hermenéutico se amplió o desplazó de lo normativo general a lo normativo particular del convenio de honorarios traído en la excepción.

La Cámara interpretó que deben compensarse los montos recibidos en tal concepto, con los efectivamente regulados, pues si no prosperaba para el caso de rechazo de reconvencción deducida y tramitada, *cuanto más* debe serlo en la reconvencción no articulada donde no hubo tareas profesionales.

Los argumentos esgrimidos por la Cámara se fundan en la realidad de los hechos, en los principios de justicia, economía, buena fe y proscripción del abuso procesal, sentando un *principio* mediante el cual es posible

²⁴ C3CC, Sent. 168 del 13/10/2009, en Caballero Ortiz, Alicia c/ Centro Mutual de Jubilados y Pensionados de las Municipalidades de Córdoba, en FdC 138.

deducir la compensación siempre y cuando surja todo de las constancias del dossier.

De este caso, y aplicado al objeto que nos convoca: *la invocación del espíritu de la ley*, podemos deducir algunas cuestiones:

Por un lado que la *invocación* no ha sido expresa. No surge del fallo. Sin embargo, la resolución adoptada tiende a respetar o justificar los fines del juicio ejecutivo al resaltar la imposibilidad del análisis de la cuestión causal, y lo amplía a una determinada axiología tanto procesal como jurídica general: invocación de principios procesales y del valor justicia.

La interpretación de lo fáctico, va de la mano con la afirmación de la Cámara de que “*no es sano, en efecto, que por consideraciones puramente dogmáticas o por pruritos de sistema, los jueces consagren soluciones reñidas con la realidad de las cosas, cuando esa realidad se pone de manifiesto, en forma patente ante sus ojos*”.

Ese tipo de argumentación de tipo realista y hasta de *intuición cognoscitiva* implica también una especie de *espíritu fáctico* que golpea al juzgador.

Surge así, que *las razones* invocadas no lo son para *interpretar la ley*, sino para la interpretación de los hechos y la aplicación de la norma aun *contra legem*, o la integración del ordenamiento en el caso de una laguna de tipo axiológica.

En concreto, en este caso *el espíritu de la ley* se vislumbra presente a pesar de que no lo hace explícito el juzgador, pero su actuación silente lo es a los fines de la integración del ordenamiento y no de la interpretación o actividad hermenéutica de norma clara.

5.3. Nuevas conclusiones provisionales

Como puede advertirse, en los fallos traídos in comento, lo que inspira la norma se encuentra frecuente, pero no siempre citada expresamente por el intérprete, siendo la misma sustituida por otros elementos o argumentos similares.

6. Conclusiones

- 1) El CPC de la Provincia de Córdoba, al normar respecto de las reglas hermenéuticas que lo rigen refiere expresamente al recurso de la invocación al *espíritu de la ley*.
- 2) El TSJ, quien se ha atribuido el título de guardián de las formas procesales, en su rol de interpretación en muy raras ocasiones hace uso del recurso en forma expresa.

- 3) Cuando lo hace, utiliza otros recursos interpretativos bajo la fórmula de: a) *ratio legis*; b) función procesal; c) invocación de principios procesales; d) finalidad del instituto procesal; etc.
- 4) El recurso de la interpretación de la ley mediante la invocación del espíritu de la ley, no se encuentra definido por el TSJ, tampoco los límites de su invocación.
- 5) Tampoco se encuentran debidamente definidos los recursos referidos en la conclusión 3.
- 6) Generalmente su invocación, bajo cualquiera de los ropajes, lo es a los fines de abandonar el tenor gramatical o literal de la ley.
- 7) El recurso del *espíritu de la ley*, tal como se encuentra regulado en el CPC, lo es a los fines de acompañar la interpretación integral de la norma procesal y no para abandonar su literalidad.
- 8) El recurso del *espíritu de la ley*, no suele ser utilizado en la actividad de la interpretación sino de la integración del derecho procesal.
- 9) Su utilización las más de las veces es implícita.

Bibliografía consultada

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *Activismo y Garantismo Procesal*, Córdoba, 2009.

ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, "Lecciones de derecho procesal civil", compendio del libro *Sistema procesal: garantía de la libertad*, adaptado a la legislación procesal de la Provincia de Córdoba por Manuel Antonio González Castro, Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, 2012.

CICERÓN, *Obra Política*, Gredos, Madrid, 2009.

DUEÑAS RUIZ, OSCAR JOSÉ, *Lecciones de hermenéutica jurídica*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.

FERRER MARTÍNEZ, ROGELIO, *Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Córdoba*, Advocatus, Córdoba, t. II, 2005.

FERREYRA DE DE LA RÚA, ANGELINA y GONZÁLEZ DE LA VEGA, CRISTINA, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Comentado y concordado con los Códigos de la Nación y provinciales*, La Ley, Buenos aires, t. III, 2012.

GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Lexisnexis, Bs. As., 2005.

GONZÁLEZ CASTRO, MANUEL ANTONIO, "La insuficiencia de la interpretación literal en el derecho procesal", en Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la UNC, *Anuario XIII*.

GUAUSTINI, RICCARDO, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, Barcelona, 1999.

ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*, BAC, Madrid, 2004.

LÓPEZ VILLEGAS, EDUARDO, *Derecho y argumentación*, Universidad Javeriana, Bogotá, 2011.

MORA RESTREPO, GABRIEL, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de los jueces de las sentencias constitucionales*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

PORTELLA, JORGE GUILLERMO, *Una introducción a los valores jurídicos*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008.

RIVERA, JULIO CÉSAR (Director), *Código Civil Comentado, Títulos preliminares, personas*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004.

ROCCO, ALFREDO, *La interpretación de las leyes procesales*, Valletta Ediciones, Florida, 2005, Trad. De Rafael Greco.

SAMPAIO FERRAZ JR., TERCIO, *Introducción al estudio del Derecho. Técnica, decisión, dominación*. Marcial Pons, Madrid, 2009.

VELÁSQUEZ G., JUAN GUILLERMO, *Interpretación del Código de Procedimiento civil*, Señal Editorial, Medellín, 1997.

VÉNICA, OSCAR HUGO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*, t. VI, Lerner, Córdoba.



SECCIÓN IV

DERECHO INTERNACIONAL, RELACIONES INTERNACIONALES E INTEGRACIÓN REGIONAL

EL SISTEMA AUTÓNOMO DE INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS[†]

*María Cecilia Azar**

Resumen: Este trabajo procura examinar los principios interpretativos receptados en la Convención a fin de establecer el contenido, el alcance y sentido de los términos utilizados por dicho instrumento internacional, debido a que por sí sola no los determina, y como los tribunales extranjeros, judiciales y arbitrales, los han interpretado.

Palabras claves: interpretación – principios – sistema autónomo.

I. Introducción

La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías¹, en adelante CV, prevé principios de interpretación en su artículo séptimo, destinados a la interpretación de su propio texto².

Estos principios de interpretación, interrelacionados entre sí, pretenden constituir a este instrumento internacional en un sistema regulatorio homogéneo, es decir, un sistema autónomo de interpretación acorde con las exigencias de su naturaleza internacional, a fin de garantizar la promoción de la uniformidad jurídica en materia de contratación internacional.

[†] Recibido el 01/05/2013, Aprobado el 12/06/2013.

* Abogada - Notaria - Profesora Asistente por concurso de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UNC - Investigadora del Proyecto de Investigación Secyt, dirigido por el Dr. Aldo Marcelo Azar, titulado: "La Interpretación según el "ESPÍRITU DE LA LEY": Análisis de los presupuestos, procedimientos y alcances metodológicos en el Derecho Privado, Internacional Privado y Procesal Civil Argentino" - correo electrónico: mceciliaazar@yahoo.com.

¹ La Comisión de Las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional —CNUDMI— llevó a cabo la elaboración de esta Convención, adoptada el 11 de febrero de 1980, con la finalidad de prever un régimen moderno, uniforme y equitativo para los contratos de compraventa internacional de mercaderías y así contribuir para dar seguridad jurídica a los intercambios comerciales y reducir el gasto de las operaciones. Actualmente está ratificada por 79 Estados Parte. Para consultas ver <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>.

² En el artículo 8 de la CV contienen los principios para interpretar los contratos que celebran las partes.

Para ello procuraremos una explicación para cada uno de estos principios interpretativos y como ha sido su tratamiento en la jurisprudencia nacional e internacional.

II. Principios de interpretación

El art. 7, primera parte, se refiere de manera expresa a sus tres principios interpretativos: el carácter internacional; la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional³, mientras que en la segunda parte, autoriza el recurso a la norma de derecho interno aplicable según la norma de conflicto del Derecho Internacional Privado.

Esto lleva a que los operadores jurídicos cuando la deben aplicar, consciente o inconscientemente, la interpretan y aplican sus disposiciones de acuerdo a la ideología jurídica sobre la que se sustenta su derecho nacional, recurriendo a sus leyes, precedentes judiciales y a su doctrina nacional. Así la CV queda influenciada por los conceptos utilizados por el sistema jurídico del país del foro.

Esta actitud, fruto de la inercia propia de las concepciones jurídicas y conservadurismo de los jueces nacionales, impiden el desarrollo uniforme y autónomo del derecho del comercio internacional y por ende, la comprensión del verdadero alcance y sentido del régimen jurídico que en él se instaura.

Por eso es necesario definir los mecanismos de integración que la CV prevé y cómo éstos deben aplicarse en el terreno práctico.

II.a. El principio de la internacionalidad

La exigencia de interpretar la CV con carácter internacional supone que quien realiza la labor hermenéutica debe separarse de todo elemento nacional, con el fin de desligar cualquier término de la misma a un determinado derecho nacional. De esta manera, cuando la interpretación no sea nacional, conlleva que los jueces o árbitros que conozcan las controversias regidas por la Convención deben hacer a un lado, en la medida

³ CV —Capítulo II— Disposiciones Generales, artículo 7: “1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.”

que esto sea posible, su propia tradición jurídica: sus leyes, precedentes judiciales o jurisprudencia y doctrina nacional⁴.

De esta manera, desde el punto de vista positivo, la interpretación internacional significa que la CV debe aplicarse de manera autónoma, por más que al ser aprobada y ratificada por un Estado, adquiera el rango de derecho positivo en el orden jurídico de este Estado⁵.

Al mismo tiempo este principio de internacionalidad como los otros contemplados en el articulado, pueden auxiliarse con los tradicionales principios de interpretación de la ley, *como el literal, sistemático, teleológico*, etc. Esta posibilidad de complementarse con ellos parte de una remisión tácita que la misma CV realiza al Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados⁶.

El mismo prevé una regla general, por la que las normas jurídicas contenidas en un tratado internacional deben ser interpretadas a la luz de su significado ordinario (texto, gramática, preámbulo y anexos) y contexto (objeto y fin, lo practicado por las partes, lo declarado, como la intención de las partes) y una regla complementaria, en los supuestos de ambigüedad u oscuridad del sentido o cuando conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable, de recurrir a los trabajos preparatorios y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido estipulado por la regla general⁷.

⁴ ADDAME GODDARD, JORGE, *Reglas de Interpretación de la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías*, México DF, UNAM, 1990, p. 89.

⁵ ARAUJO SEGOVIA, RAMIRO, *Principios de interpretación de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Ed. Javegraf, 2003, p. 254.

⁶ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, entrada en vigencia en 1980, consultar <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>

⁷ Art. 31 **Regla general de interpretación**. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. El contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Art. 32. **Medios de interpretación complementarios**. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

Su aplicación en los tribunales ha sido diversa, pues algunos han interpretado con relación al carácter internacional previsto por el art. 7, que existe una prohibición a los foros de interpretar la Convención sobre la base del derecho interno⁸ e indican que los tribunales deben interpretarla “autónomamente”⁹. Sin embargo, otros fallos judiciales han declarado que la jurisprudencia que interpreta el derecho interno, si bien no es aplicable como tal, puede informar el enfoque de un tribunal acerca de la Convención cuando los términos de los artículos pertinentes de la misma siguen las huellas del derecho interno¹⁰. Según la jurisprudencia, la referencia a la historia legislativa de la Convención¹¹, así como a la doctrina internacional, es admisible a la hora de interpretar el tratado¹².

II.b. Aplicación uniforme

El texto del art. 7 apunta a una exigencia de promover la aplicación uniforme de la Convención pero la única manera como un instrumento jurídico pueda tener ese influjo uniformizador es garantizando que su aplicación sea invariable en cualquier escenario en que se emplee, buscando siempre que su utilización sea indistinta y armónica, es decir lograr una estandarización normativa¹³.

Pero como bien señalara Bonell, al no haberse contemplado ni la construcción ni la atribución de competencias a un Tribunal Internacional

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

⁸ Véanse el caso CLOUT No 222 [Federal Court of Appeals for the Eleventh Circuit, Estados Unidos, 29 de junio de 1998]; el caso CLOUT No 413 [Federal District Court, Southern District of New York, Estados Unidos, 6 de abril de 1998]; el caso CLOUT No 230 [Oberlandesgericht Karlsruhe, Alemania, 25 de junio de 1997]; el caso CLOUT No 171 [Bundesgerichtshof, Alemania, 3 de abril de 1996] y el caso CLOUT No 201 [Richteramt Laufen des Kantons Berna, Suiza, 7 de mayo de 1993].

⁹ Caso CLOUT No 333 [Handelsgericht des Kantons Aargau, Suiza, 11 de junio de 1999]; caso CLOUT No 271 [Bundesgerichtshof, Alemania, 24 de marzo de 1999] y caso CLOUT No 217 [Handelsgericht des Kantons Aargau, Suiza, 26 de septiembre de 1997].

¹⁰ Caso CLOUT No 138 [Federal Court of Appeals for the Second Circuit, Estados Unidos, 6 de diciembre de 1995]; caso CLOUT No 580 [Federal] Court of Appeals (4th Circuit), 21 de junio de 2002, 2002 U.S. App. LEXIS 12336 (Schmitz-Werke GmbH & Co. v. Rockland Industries, Inc.; Rockland International FSC, Inc.).

¹¹ Véanse Landgericht Aachen, Alemania, 20 de julio de 1995, que puede consultarse en la dirección de Internet: <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/> y el caso CLOUT No 84 [Oberlandesgericht Frankfurt a.M., Alemania, 20 de abril de 1994].

¹² Caso CLOUT No 426 [Oberster Gerichtshof, Austria, 13 de abril de 2000], que también puede consultarse en la dirección de Internet: http://www.cisg.at/2_10000w.htm.

¹³ ACHA LEMAITRE, DANIEL, “Los Principios de Interpretación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, *FORO, Revista de Derecho*, n° 9, UASB-ECUADOR / CEN, Quito, 2008, p. 160.

que unifique las diversas interpretaciones jurisprudenciales nacionales, el único recurso que les cabrá a los órganos estatales será el estudio¹⁴.

Conforme a ello, para que este principio no quede como un mero postulado teórico, será preciso dar cumplimiento al propósito formulado en la Convención que consiste en que los derechos nacionales, progresivamente, vayan modificando su regulación interna y adopten las directrices del texto convencional.

A ello es indispensable lograr las interrelaciones de tres mecanismos como la jurisprudencia producida por los tribunales de los Estados partes de la Convención como también los foros nacionales; la producción doctrinal dedicada a estudiar y profundizar la CV y la historia legislativa de la Convención.

Diversos fallos judiciales y laudos arbitrales vienen promoviendo la uniformidad, pero de todos ellos cabe destacar el análisis que llevó a cabo un tribunal español¹⁵ ante la apelación por un contrato de compraventa internacional de 1500 toneladas de mosto de uva concentrado, donde hubo incumplimiento contractual y la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios. El tribunal, citando el art. 7 párrafo 1 y 2 de la CV, señaló, en primer lugar, la necesidad de una interpretación uniforme de la CV; en segundo lugar, destacó la relevancia que en la interpretación de la Convención presenta el Comentario de la Secretaría de la CNUDMI al Proyecto de Convención de 1978, en especial hicieron hincapié en el comentario al artículo 6 del Proyecto. En tercer lugar, resaltaron el importante papel de la doctrina que reclama una interpretación autónoma de la Convención frente al derecho nacional, para lo que incluso es necesario adoptar una metodología distinta que la utilizada para aplicar el derecho doméstico. En cuarto lugar, puntualizó que la única manera de asegurar la uniformidad en su aplicación era tomar en cuenta lo que otros tribunales en otros países han hecho al momento de aplicarla en los casos que les han sido sometidos, así como consultar las opiniones expertas de los tratadistas en la materia para lograr esta uniformidad, específicamente al sistema CLOUT. Finalmente, indicó que la CV, los precedentes de otros tribunales nacionales o extranjeros, el propio derecho

¹⁴ BONELL, MICHAEL, "The Unidroit Principles in Practice - The Experience of the first two years", citado por JORGE OVIEDO ALBÁN, en *UNIDROIT y la unificación del derecho privado: referencia a los principios de los contratos comerciales internacionales*, Pontificia Universidad Javeriana, edit., Compraventa internacional de Mercaderías: comentarios a la Convención de Viena de 1980, Bogotá, Ed. Javegraf, 2003, p. 118.

¹⁵ Caso 547: CIM 7 1) España: Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3ª, Nº 223/2003 Waukesha Engine Division/Dresser Industrial Products B.V. v. Ceramica Utzubar S.A. 22 de septiembre de 2003. Antecedentes: Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de Pamplona, 13 de septiembre de 2001, ver texto completo en: <http://www.uc3m.es/cisg/sespan37.htm>.

interno español, los acuerdos contractuales, las pretensiones de las partes y las pruebas practicadas serán los instrumentos a través de los cuales se dará respuesta al objeto de la litis.

En otros fallos, los tribunales citaron diversos fallos extranjeros, promoviendo de esta manera una mayor uniformidad del texto internacional¹⁶.

Tal como lo señala Martínez Cañellas, las soluciones dadas por los tribunales deben ser consecuencia de una correcta y completa interpretación, es decir, que es imprescindible que tengan en cuenta *todos los métodos de interpretativos* con peculiaridades propias del instrumento de derecho uniforme que debe ser interpretado¹⁷, donde el intérprete no olvide analizar el contexto socio-económico de las partes contratantes de cara a posibles cambios de corrientes jurisprudenciales, y así de cara a la concreción de los principios receptados en la CV así como ayuda para el objetivo de la interpretación autónoma, los intérpretes pueden utilizar instrumentos de *soft law* tales como los Principios de UNIDROIT, únicamente en tanto no contradigan lo dispuesto en la CV¹⁸.

¹⁶ Ver el caso CLOUT No 378 [Tribunale di Vigevano, Italia, 12 de julio de 2000] donde citó 40 fallos judiciales y laudos extranjeros; Rechtbank Koophandel Hasselt, 6 de marzo de 2002, que puede consultarse en <http://www.law.kuleuven.ac.be/int/tradelaw/WK/2002-03-06s.htm>; caso CLOUT No 631 [Supreme Court of Queensland, Australia, 17 de noviembre de 2000]; caso CLOUT No 426 [Oberster Gerichtshof, Austria, 13 de abril de 2000], en Internet: http://www.cisg.at/2_10000w.htm; caso CLOUT No 380 [Tribunale di Pavia, Italia, 29 de diciembre de 1999] y caso CLOUT No 205 [Cour d'appel, Grenoble, Francia, 23 de octubre de 1996].

¹⁷ El autor señala que "en primer lugar realizar una interpretación gramatical que delimite las interpretaciones posibles y que tome como referencia alguna de las seis versiones oficiales de la CISG; en segundo lugar, una interpretación sistemática que relacione el precepto analizado con otros del mismo instrumento de Derecho uniforme sin acudir a otros textos legales nacionales o uniformes; en tercer lugar, una interpretación que considere sus antecedentes 'legislativos' (las Leyes uniformes de 1964, las actas de las sesiones de los Grupos de Trabajo, y, en especial el Comentario de la Secretaría de la CNUDMI al Proyecto de 1978 y las Actas de la Conferencia de Viena) para desechar posibles interpretaciones no queridas por el legislador internacional; y finalmente, debe consultar la doctrina y la jurisprudencia de otros países y de los tribunales de arbitraje internacional, para evitar que un texto uniforme sea interpretado de manera no uniforme y dé lugar a resultados contradictorios o, si los da, justificar convincentemente el cambio de dirección interpretativa". Ver MARTÍNEZ CAÑELLAS, ANSELMO, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena*, primera ed., Campus Extens Unitat de Suport Tecnicopedagògic Universitat de les Illes Balears, abril, 2009.

¹⁸ MARTÍNEZ CAÑELLAS, ANSELMO, ob. cit. nota 17, destaca que la promoción de la buena fe en el comercio internacional, es un mandato genérico dirigido a los intérpretes de la CISG, los cuales van delimitándolo progresivamente partiendo de manifestaciones de este principio ya reconocidas en la CISG, pero sin alcanzar nunca a justificar la culpa in contrayendo. De cara a la concreción de este principio así como ayuda para el objetivo de la interpretación autónoma, los intérpretes pueden utilizar instrumentos de *soft law* tales como los Principios de UNIDROIT, únicamente en tanto no contradigan lo dispuesto en la Convención de Viena. La huida de la aplicación de criterios nacionales en la interpretación de textos de Derecho mercantil uniforme se predica también a la hora de integrar las lagunas de dichos textos. Por ello, el artículo 7.2 de la Convención de Viena establece la autointegración en la medida en

II.c. La observancia de la buena fe en el comercio internacional

Desde la perspectiva de la Convención no es posible realizar una calificación autárquica sobre el concepto de buena fe en el comercio internacional, pese a estar consagrada en la misma bajo la forma de una intencionalidad de contenido explicativo que reconoce la necesidad de asegurar su observancia en el comercio extranjero.

Si bien se hace referencia expresa a la buena fe en el art. 7, existen numerosas disposiciones en la CV que reflejan este principio como cuando califican oferta irrevocable¹⁹; cuando describen aceptación tardía²⁰; cuando imponen la obligación a las partes de conservar las mercaderías²¹, entre otros.

Al respecto es imprescindible acudir al derecho comparado, a la doctrina, la jurisprudencia y en diversas fuentes de producción convencional internacional y transnacional, que han realizado aportes significativos sobre el contenido e interpretación de este principio.

De allí que al referirnos a la *interpretación de buena fe* significa entender el contrato así como lo entenderían dos contratantes correctos y respetuosos uno del otro. Aquí la buena fe a que se hace referencia es la

que sea posible, señalando la aplicación de los principios jurídicos inspiradores de la misma como preferentes a la aplicación de las normas de conflicto de Derecho internacional privado, que implicarían la aplicación de normas nacionales a dichas lagunas. Una concreción de dichos principios la podemos encontrar en los Principios de UNIDROIT.

¹⁹ Art. 16 – párrafo 2 – apartado b “una oferta es irrevocable cuando es razonable que el destinatario espere que se mantenga y haya actuado confiando en la oferta”.

²⁰ Art. 21 – párrafo 2, “aceptación tardía enviada en circunstancias tales que, si su transmisión hubiera sido normal, habría llegado en el plazo debido al oferente”.

²¹ Art. 85 “Si el comprador se demora en la recepción de las mercaderías o, cuando el pago del precio y la entrega de las mercaderías deban hacerse simultáneamente, no paga el precio, el vendedor, si está en posesión de las mercaderías o tiene de otro modo poder de disposición sobre ellas, deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación. El vendedor tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del comprador el reembolso de los gastos razonables que haya realizado”; art. 86 “1) El comprador, si ha recibido las mercaderías y tiene la intención de ejercer cualquier derecho a rechazarlas que le corresponda conforme al contrato o a la presente Convención, deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación. El comprador tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del vendedor el reembolso de los gastos razonables que haya realizado. 2) Si las mercaderías expedidas al comprador han sido puestas a disposición de éste en el lugar de destino y el comprador ejerce el derecho a rechazarlas, deberá tomar posesión de ellas por cuenta del vendedor, siempre que ello pueda hacerse sin pago del precio y sin inconvenientes ni gastos excesivos. Esta disposición no se aplicará cuando el vendedor o una persona facultada para hacerse cargo de las mercaderías por cuenta de aquél esté presente en el lugar de destino. Si el comprador toma posesión de las mercaderías conforme a este párrafo, sus derechos y obligaciones se registrarán por el párrafo precedente”.

llamada buena fe objetiva o, mejor, buena fe contractual; esto es, a la buena fe entendida como modelo de conducta leal, proba, correcta, honesta y sensible a los intereses de las partes; no a la buena fe subjetiva, entendida como creencia o ignorancia. La buena fe, desde su visión objetiva, más que una simple expresión bella, un mensaje ilusionado o una manifestación de deseos, es un principio ético-social que impronta toda la vida contractual²².

La buena fe también tuvo su recepción en los Códigos civiles y comerciales en la mayoría de los sistemas jurídicos, dando que la misma significa que el intérprete en la búsqueda del propósito o intención de las partes, cuando ésta no sea transparente por sí misma, debe partir del presupuesto que cada parte contratante ha actuado con recíproco espíritu de lealtad al elegir los signos sensibles dirigidos a expresar su voluntad y, en tal sentido, ha entendido cooperar con las expectativas de su contraparte tal como ella honestamente podía percibirlas. Puede que las cosas no hayan ocurrido así, que una de las partes o ambas hayan actuado de mala fe; en este caso, y siempre que se trate de develar la intención común de las partes, el intérprete debe partir del postulado que las partes han actuado siguiendo las reglas de la buena fe²³.

La regla general de buena fe tiene, pues, la función de colmar las inevitables lagunas legales, que la soberbia de la codificación no les permitía observar, y las inevitables lagunas contractuales del acuerdo celebrado. Es absurdo pensar que las partes contratantes lo declaran todo, de donde es preciso enriquecer la exteriorización negocial con las consecuencias virtuales, con lo presupuesto, pero no puesto expresamente, con las bases negociales, subjetivas y objetivas. El principio de buena fe permite, además de las previstas en el contrato y en la ley, identificar otras prohibiciones y otras obligaciones; como suele decirse, cierra el sistema legislativo, es decir, ofrece criterios para colmar aquellas lagunas que se pueden manifestar en las múltiples y variadas situaciones de la vida económica y social²⁴.

Sin embargo, el mejor reconocimiento lo ha recibido de los Principios Unidroit²⁵ que ha extraído a la buena fe de entre los principios de interpretación de los contratos para colocarla como una regla rectora de todo

²² BIANCA, "La nozione di buona fede quale comportamento contrattuale", en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1983, n. 1, p. 205 ss.

²³ Ver Código Civil italiano, francés, alemán, argentino, boliviano, peruano, español, entre otros.

²⁴ Russo, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001, p. 101

²⁵ Consultar en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>, Art. 1.7 Buena fe y lealtad negocial 1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. 2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

el comercio internacional (art. 1.7). Si bien la forma en que este artículo se encuentra redactado, si bien guarda similitudes con la CV, existen elementos que lo diferencian como la exigencia comportamental hacia la lealtad en los negocios y la inapelabilidad de la norma, por cuanto las partes no pueden ni excluir ni limitar ese deber.

La recepción jurisprudencial de este principio trazó rasgos importantes en lo que respecta al contenido y a los alcances del mismo, así dispusieron que “no hace falta que un comprador declare explícitamente la resolución de un contrato si el vendedor se ha negado a cumplir sus obligaciones, y que insistir en una declaración explícita en esas circunstancias sería contrario al principio de la buena fe, pese a que la Convención exige expresamente una declaración de resolución”²⁶; o requerir que una parte pague por daños y perjuicios porque su conducta era “contraria al principio de la buena fe en el comercio internacional consagrado en el artículo 7 de la CIM”, considerando que el abuso del procedimiento violaba el principio de la buena fe²⁷; cuando indicaron la importancia que la CV le da a este principio “en el sentido que un contrato debe presentar aquel contenido que las partes podían esperar que tuviera, según la confianza razonable, principio éste que quebraría si, como pretende la demandada, se diese virtualidad a la cláusula de sumisión a arbitraje inserta en el contrato de garantía”²⁸; como cuando dispusieron “la obligación de cooperación recíproca entre las partes y un intercambio de información pertinente para el cumplimiento de sus respectivas obligaciones”²⁹.

Así observamos una concepción de la buena fe no restringiéndola a la relación comercial entre las partes sino que la hacen extensiva a la esfera en que se desarrolla el comercio internacional. Esto trae como consecuencia que si una de las partes llegara a vulnerar este principio, ello puede dar lugar a afectar todas sus relaciones contractuales, es decir le dan un efecto *erga omnes*.

III. Conclusiones

La única manera que un instrumento jurídico internacional, como es la CV, pueda tener un influjo uniformizador es garantizando que su apli-

²⁶ Caso CLOUT No 277 [Oberlandesgericht Hamburg, Alemania, 28 de febrero de 1997].

²⁷ Caso CLOUT No 154 [Cour d'appel, Grenoble, Francia, 22 de febrero de 1995].

²⁸ Caso 547: CIM 7 1) España: Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3ª, Nº 223/2003 Waukesha Engine Division/Dresser Industrial Products B.V. v. Ceramica Utzubar S.A. 22 de septiembre de 2003. Antecedentes: Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de Pamplona, 13 de septiembre de 2001, ver texto en : <http://www.uc3m.es/cisg/sespan37.htm>.

²⁹ Caso CLOUT No 445 [Bundesgerichtshof, Alemania, 31 de octubre de 2001], también disponible en *Internationales Handelsrecht*, 2002, 14 y ss.

cación sea invariable en cualquier escenario y que su utilización lleve a una estandarización normativa.

Sólo con una interpretación autónoma se pueden conseguir los objetivos de internacionalidad y uniformidad del Derecho uniforme y evitar la tendencia de jueces y tribunales de interpretar o integrarlo (o de denegar el *exequátur* a laudos arbitrales) basándose en sus métodos propios de sus ordenamientos jurídicos nacionales, lo que conduciría a resultados diferentes en la aplicación del mismo texto uniforme.

Para ello es preciso que los tribunales no apliquen mecánicamente un texto legal sino que, aunque prescindan de la interpretación conforme a los derechos nacionales, y sigan una interpretación que pueda aceptarse internacionalmente, en muchas ocasiones, recurran a otros métodos de interpretación, como el literal, el teleológico, para resolver las lagunas, ambigüedades e imprecisiones que puedan presentar esas normas convencionales.

Además, en su solución debe hacer primar el imperio del principio de la buena fe, con su doble función, es decir como medio interpretativo y como una norma sustantiva que regula el comportamiento de las partes.



LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO FRENTE A LA GLOBALIZACIÓN†

María Gloria Bottiglieri/***

Resumen: Nuestro trabajo está dirigido a destacar la importancia de la protección de los derechos individuales en la regulación del estatuto personal, y específicamente el amparo que debe brindarse al derecho a la identidad de género.

Partimos de nuestra convicción de que la orientación sexual es una libre elección y, al mismo tiempo una expresión más de la personalidad del individuo, por lo que el “Derecho a la identidad de género”, no puede ser desconocido por los ordenamientos jurídicos que deben garantizar la posibilidad de ejercerlo plenamente con las consecuentes repercusiones jurídicas en el estatuto personal. A partir de tales conceptos revisamos los procesos de regulación normativa existente a nivel nacional y convencional con especial énfasis en la ley argentina.

Palabras clave: identidad de género - identidad sexual - estatuto personal - transexualidad, legislación.

I. Introducción

Las migraciones internacionales afectan no sólo el bienestar sino también la identidad personal de las familias y sus miembros que por diferentes motivos deben trasladarse a un país diferente al de su origen. El derecho a la religión, a la lengua y a la cultura propias entran en crisis, generándole a cada individuo un desgarramiento no menor, ya que permanece vinculado a su anterior cultura jurídica y también a la nueva. Por tal motivo, podemos afirmar que el fenómeno actual de la globalización va mucho más allá del ámbito de la economía y de las finanzas, importa un traspaso de fronteras socioculturales generado en gran medida por los migrantes.

La vinculación de los seres humanos con diversos territorios nacionales, mediante conductas que se desarrollan de un lado y de otro de

† Recibido el 01/05/2013, Aprobado el 23/09/2013.

* El presente trabajo forma parte del Proyecto de Investigación “Las migraciones internacionales y su incidencia en el estatuto personal” dirigido por la Dra. Amalia U. de Martinoli, aprobado por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC.

** Abogada, Especialista en Aspectos Jurídicos del Comercio Exterior, Especialista en Docencia Universitaria, Docente Asistente en la Cátedra B de Derecho Internacional Privado, FDCS UNC, Profesora Adjunta Cátedra B Derecho Internacional Privado, FDCS UCC.

la frontera, y la pluralidad de ordenamientos legales, exige un análisis de esa realidad y en caso de suscitarse una controversia multinacional, otorgarle el tratamiento y solución que más se acerque a un orden justo. Es allí donde el Derecho Internacional Privado (D.I.Pr.) formula interrogantes propios y despliega su estrategia a fin de otorgar respuestas adecuadas destinadas a superar la inseguridad consustancial a las relaciones de tráfico externo. Atendiendo a su función destinada a resolver la discontinuidad en el espacio de la relación jurídico privada internacional, aborda los distintos derechos subjetivos y su eventual contradicción normativa.

El análisis de la ruptura ocasionada por la presencia del elemento extranjero de la situación jurídica, y las soluciones que se proponen persiguen el respeto de las particularidades propias del caso. Ello importa una posición ideológica tolerante de las circunstancias que lo vinculan con un determinado ordenamiento jurídico y la posibilidad de la extraterritorialidad de las soluciones legales. Los órdenes jurídicos deben dar respuesta a las necesidades que plantean los constantes movimientos entre distintos territorios sin soslayar el respeto que merece la mixtura de cada una de las relaciones jurídicas que se generan.

II. Derechos Fundamentales como Núcleo del Estatuto Personal

No existe un pleno consenso acerca de cuáles son las instituciones que deben incluirse en el denominado estatuto personal, ya que algunos sistemas jurídicos abarcan dentro de dicha denominación, no sólo lo referido a la capacidad y el estado de la persona física, sino también las relaciones de familia y las sucesiones mortis causa¹.

De un modo generalizado, la doctrina y algunas legislaciones definen al estatuto personal como el conjunto de normas, instituciones y materias que afectan directamente a la persona física, considerada ésta como sujeto de derecho². Ello implica que la regulación de los derechos personalísimos se encuentre en el corazón mismo del estatuto personal.

La identidad de la persona humana, compuesta por elementos de carácter físico, espiritual y psicológico son la razón de ser de la existencia de tales derechos. El conjunto de atributos y características que permiten individualizar a un ser humano dentro de la sociedad, y que conforman su identidad personal, es regulado normativamente como exigencia elemental del orden jurídico. En las sociedades contemporáneas no es posible concebir un sistema jurídico carente de protección de tales particularida-

¹ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, F. J., *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Ganada, Comares, 10ma. edición, 2009, p. 14.

² FERNÁNDEZ ROZAS, J.C y SANCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Civitas, 5ta edición, 2010, pp. 295 y ss.

des. Ahora bien, los constantes cambios de la conducta humana, ya sea en el aspecto individual como en el social, exigen una regulación dinámica del estatuto personal, lo que implica una permanente discusión acerca del núcleo que lo conforma.

Alain Touraine sostiene que a partir de la globalización se ha instalado lo que denomina el paradigma cultural según el cual la reivindicación de los derechos culturales adquiere fundamental trascendencia en las legislaciones. Esos derechos se expresan siempre por **la defensa de atributos particulares**, pero confieren a esa defensa un sentido universal y es por ello que el ciudadano perteneciente a las comunidades modernas se esfuerza en crear instituciones y reglas de derecho que sostengan su libertad y su creatividad aun cuando ello implique una profunda transformación de instituciones tales como la familia y la escuela³.

Es necesario que el derecho contemple las transformaciones que se producen en el orden individual y social, las debata, y si es necesario modifique la regulación vigente. Muchas veces, la actitud transformadora que debe asumir el legislador importa un cambio de paradigma, indispensable para que los derechos individuales encuentren la protección necesaria para su desarrollo.

Compartimos el pensamiento de Luigi Ferrajoli en cuanto considera que para garantizar los derechos de las minorías, es necesario atender a la vinculación entre derechos e igualdad. Las diferencias personales no pueden erigirse en una barrera para impedir la igualdad en los derechos de libertad. Las diferencias de sexo, religión, nacionalidad, lengua, opiniones políticas, entre otros, hacen de cada persona un individuo diferente a todos los demás y de cada individuo una persona igual a todas las otras en tanto persona⁴.

Las constituciones y las leyes han de ser el refugio de las minorías que por su calidad de tales pueden encontrarse más expuestas a violaciones y discriminaciones, por lo que el denominado estatuto personal cumple la función de un paraguas protector de los derechos fundamentales, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la identidad de género.

III. Precisiones terminológicas

Cuando empezamos a abordar esta temática, ya sea desde la perspectiva jurídica o cualquiera otra, nos tropezamos con una serie de con-

³ TOURAINE, A. (2005), *Un nuevo paradigma. Para comprender el mundo de hoy*, Barcelona, 2005, Ediciones Paidós Iberica, pp. 45 y ss.

⁴ FERRAJOLI, L., "Sobre los derechos fundamentales". Cuestiones constitucionales 015 (2009), *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, versión disponible en <http://132.247.146.34/index.php/cuc/article/view/2172> consultada el 2 de marzo de 2013.

ceptos cuyo contenido es necesario precisar para comprender la complejidad de la situación. Conceptos básicos como el sexo o el género, así como conceptos más elaborados como la identidad de género, la expresión de género y la orientación sexual, pasando por las categorías de homosexual, y transexual, deben ser precisados a fin de evitar un caos lingüístico.

Sexo y género

En las investigaciones referidas a tales categorías no existe un acuerdo acerca del significado de dichos conceptos, aunque se advierte un consenso generalizado en la necesidad de distinguirlos.

Si bien fueron las corrientes del pensamiento psicológico las encargadas de destacar y difundir el sistema teórico sexo-género para explicar las diferencias entre mujeres y hombres desde el análisis de los comportamientos sexuales, el pensamiento antropológico puso de manifiesto que las relaciones de género establecidas y aprobadas por cada sociedad dependen de su cultura y organización.

Se puntualiza que, por un lado, el sexo hace referencias a las características biológicamente determinadas ya sean anatómicas como fisiológicas, tales como, el sexo cromosómico, el gonadal, el genital, el endocrino, el hipotalámico-hipofisiario característicos de las especies sexuadas, entre ellas, hombre y mujer. Así, el sexo es un concepto que se refiere a la identidad anatómica o biológica de una persona como macho o hembra.

Por otra parte, el género se manifiesta a partir de la construcción social que define lo masculino y lo femenino, sobre las características biológicas establecidas por el sexo pero no de un modo exclusivo. El concepto de género posee aspectos subjetivos como los rasgos de la personalidad, las actitudes, los valores y aspectos objetivos o fenomenológicos como las conductas y las actividades que diferencian a hombres y mujeres. El sexo expresa diferencias biológicas y el género sirve para representar la elaboración cultural de esa diferencia. La apariencia personal, el uso del pelo y la ropa, son expresiones de tal elaboración. Asimismo el género se alimenta de los símbolos y mitos culturalmente disponibles tales como las doctrinas religiosas, educativas, científicas e institucionales, entre las que se encuentra el sistema normativo. Al enfatizar el aspecto social al definir el género, no queda excluido el elemento biológico, por el contrario, el foco del análisis se dirige al examen de ambos factores que conducen a situaciones de ventaja o desventaja para uno u otro sexo⁵.

⁵ GARRIGA, C. B., *Elementos para el abordaje analítico de las variaciones del género y de la sexualidad contemporáneas* 2. Judith Butler (Cleveland, Ohio, 1956).

La evolución histórica nos muestra que la categoría género comenzó a utilizarse a partir de los años setenta y fue imponiéndose en gran medida por el accionar de los movimientos feministas de origen anglosajón, transformando la búsqueda por una definición "asexuada" en un fenómeno sociológico. Las definiciones culturales de género fueron puestas en escena en un terreno en disputa, convirtiéndose en relaciones de poder con el fin de avanzar en la eliminación de las diferencias sexuales⁶. Fue tan trascendente la influencia que el movimiento feminista ejerció sobre esta cuestión, que a nivel coloquial se comenzó a identificar el concepto "género" con todo aquello referido a lo femenino; así por ejemplo se impuso el término "perspectiva o enfoque de género" para referenciar la mirada de las mujeres sobre las problemáticas sociales o el de "violencia de género" para describir los actos violentos a que son sometidas millones de mujeres. En la Cuarta Conferencia de la Mujer celebrada en Beijing en 1995, se enfatizó en el enfoque de género destacando que las relaciones entre hombres y mujeres forman parte de la estructura que conforma las desigualdades sociales.

Constance Penley señala que el término género se ve como más útil y menos cargado que sexo, particularmente en la medida que el género es visto como una forma de referirse a los orígenes exclusivamente sociales de las identidades subjetivas de hombres y mujeres y de enfatizar un sistema total de relaciones que pueden incluir al sexo, pero que no está directamente determinado por el sexo o determinando la sexualidad⁷.

Identidad de género e Identidad Sexual

Entendida la sexualidad como un aspecto central del ser humano, y considerada como inclusiva de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, conductas, prácticas y relaciones interpersonales, la misma se vincula tanto con la forma de vivir, cuidar, pensar y disfrutar el propio cuerpo como el modo de relación con otros. Es allí donde adquiere relevancia la identidad de género conceptualizada como un juicio de autclasificación como hombre o mujer, como el grado en el que un individuo se ve a sí mismo como masculino o femenino, y ello está conformado no sólo por las características biológicas, sino también por las culturales y sociales⁸. A pesar de los diferentes matices que se pueden encontrar en la

⁶ KIMMEL, M. (1997), "Homofobia, temor, vergüenza y silencio en la identidad masculina". *Masculinidad/es: poder y crisis*, 49-62.

⁷ PENLEY, CONSTANCE (1990), "Missing m/f", in PARVEEN, ADAMS y ELIZABETH, COWIE (ed.), *The Woman in Question*.

⁸ ROVIRA, D. P., & VERGARA, A. I. (1993), "Revisión teórico-metodológica de los instrumentos para la medición de la identidad de género", *Revista de Psicología Social*, 8(2), 133-152.

terminología, ya no se discute la fuerte presencia del elemento psicológico en la configuración de la identidad de género. Por su parte la identidad sexual está determinada biológicamente sin posibilidades de elección, es lo naturalmente dado y determinado durante la gestación de la persona. Es un proceso que comienza en la séptima semana de gestación y que culmina con el desarrollo completo del embrión masculino o femenino.

Aunque aparentemente la distinción entre ambas categorías casi no se discute en la literatura especializada, todavía, hay quienes entienden que el concepto de “identidad de género” es ideológico, ambiguo y carece de fundamento científico por lo que no es aconsejable incluirlo en la normativa jurídica debido a su anomalía y ambigüedad⁹.

Orientación sexual

Se define en el inicio de la adolescencia y si bien reconoce una base biológica se configura con una fuerte influencia de otros factores tales como la educación, los estereotipos¹⁰ y los factores culturales¹¹ y hace referencia específicamente a la atracción afectiva y sexual que el individuo siente hacia otras personas ya sean de su mismo género (homosexualidad), de otro género (heterosexualidad) o de ambos (bisexualidad). Dicha orientación se construye a medida que el individuo se desarrolla y está conformada por el conjunto de sentimientos y pensamientos de una persona que se siente atraída por otras de su mismo o distinto género. Cuando nacemos somos clasificados en dos grandes grupos, varones y mujeres y si bien esa división biológica responde a diferencias reproductivas, no necesariamente conlleva diferencias actitudinales, normativas, conductuales o de roles.

El proceso de desarrollo de la orientación sexual está vinculado a múltiples aspectos que se integran en un todo altamente complejo y por sí irreductible a sus partes. El gran interrogante consiste en saber si el sexo

⁹ Así lo manifestó en el año 2008 el Presidente de la Unión de Juristas Católicos de Italia, Francesco D'Agostino, al momento de analizar el concepto de “identidad de género” para ser incluido en la legislación de la Unión Europea.

¹⁰ Acerca de los estereotipos se afirma que los mismos están vinculados con las chicas “diosas” y los muchachos “ganadores” atraviesan la subjetividad de adolescentes de múltiples formas y, aunque buena parte de los adolescentes no se sienta identificada con estos modelos de ser varón o mujer, muchos suponen que deberían responder a estos rasgos de femineidad y masculinidad, inflados por los medios de comunicación y por cantidad de mensajes que cosifican los cuerpos y sobrevaloran la fuerza física y los logros materiales. FAUR, L., “¿Escrito en el cuerpo? Género y Derechos Humanos en la Adolescencia” en CHECA S. (comp.), *Género, Sexualidad y Derechos reproductivos en la adolescencia*, Buenos Aires, Paidós-Tramas Sociales, 2005.

¹¹ MARCUELLO C., EISEGUI, A., “Sexo, género, identidad sexual y sus patologías”. *Cuadernos de Bioética*, 1999/3, pp. 459-477, Madrid, Asociación Española de Bioética y Ética Médica.

causa el género y si éste determina la orientación sexual de una persona. Los enfoques psicológicos afirman que la orientación sexual está determinada por factores tanto sociales como genéticos pero se plantean si existe un continuo en que el sexo causa el género (masculino, femenino), que a su vez causa el deseo (hacia el otro género), o bien si esa continuidad no existe y que aunque una persona nazca con un sexo puede que manifieste cualquier combinación de género, y esta posición de género aún siga manteniendo independencia respecto a la orientación de su deseo. En tales debates subyace la permanente dificultad de determinar dónde empieza y dónde termina lo biológico, lo psíquico, lo discursivo y lo social en la construcción de la identidad de género y en la opción sexual elegida por cada ser humano¹².

Expresión de género

La expresión de género ha sido definida como “la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado¹³. La expresión de género puede incluir, por ejemplo, el atuendo, los ademanes, los adornos, el arreglo personal, el uso particular del vocabulario, etcétera. Tal expresión individual puede o no coincidir, puede o no aproximarse o alejarse de los códigos socioculturales respectivos, de allí la importancia de que el sistema normativo proteja la libre expresión del género como una garantía individual de todos los ciudadanos”.

Transexualidad

Se la define como la conducta presente en los individuos que desean vivir de forma permanente como miembros del sexo opuesto al indicado por su sexo biológico, existiendo una contradicción entre ambos. El término transexual comenzó a utilizarse en 1940 para denominar a los individuos que desean vivir de forma permanente como miembros del sexo opuesto y que quieren someterse a la cirugía de reasignación de sexo, existiendo pues una incongruencia entre el sexo con el que nacieron y el sexo al que se siente pertenecer. En 1973 se propone el término de síndrome de disforia de género, que incluye al transexualismo pero también a

¹² GARRIGA, C. B., op. cit. en nota 5.

¹³ Así se lo define en el trabajo “Orientación Sexual, Identidad De Género y Expresión De Género: Algunos Términos y Estándares Relevantes” elaborado por la CIDH y publicado en www.cidh.oas.org.

otros trastornos de identidad de género. Disforia de género es el término utilizado para designar a la insatisfacción resultante del conflicto entre la identidad de género y el sexo asignado¹⁴. En 1994 el término “transexualismo” fue sustituido por el de Trastorno de Identidad de Género (TIG) en la cuarta edición del Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales (DSM IV) que publica la Asociación Psiquiátrica Americana. Allí mismo se define al Trastorno como: patrón comportamental o psicológico de significación clínica que, cualquiera que sea su causa, es una manifestación individual de una disfunción comportamental, psicológica o biológica¹⁵. Ello ha llevado a que las asociaciones LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y personas transgénero) manifiesten su disconformidad con tal denominación pues consideran que las personas transexuales no son enfermas, así como que su condición biológica no presenta alteración alguna; simplemente sufren de un conflicto o discordancia entre su cuerpo sexuado y la identidad sexual con la cual se identifican. Podrá existir así, una mujer transexual, que es aquella persona nacida con anatomía masculina, pero de psiquis femenina o un hombre transexual que es aquella persona nacida con anatomía femenina, pero de psiquis masculina. La transexualidad se caracteriza por la autopercepción que el sujeto tiene de su identidad sexual discordante con su propia genitalidad. Ello le provoca la necesidad, de adaptar su vida de relación a la identidad autopercebida, solicitando una modificación registral que la refleje con independencia del sexo que ostente.

Las precisiones terminológicas reseñadas nos permiten afirmar que, la sexualidad humana implica la integración de diversos procesos de carácter biológicos, emocionales, cognitivos y sociales. Es la múltiple combinación de todos esos factores. El adolescente va descubriendo su propio cuerpo al tiempo que va descubriendo sus sentimientos, gustos y preferencias. La sexualidad, como parte de la energía vital de cualquier ser humano, diversifica las orientaciones para mostrar que el comportamiento homosexual o heterosexual es algo inherente a la psiquis del sujeto. La sicología entiende que la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género, no son características estáticas de la persona, sino por el contrario son dinámicas y dependen de la construcción que cada persona haga de sí misma, así como de la percepción social que se tenga respecto de éstas. En

¹⁴ Una descripción detallada de la evolución del concepto se puede consultar en el artículo “Trastornos de identidad de género: guía clínica para el diagnóstico y tratamiento” elaborado por el Grupo De Trabajo Sobre Trastorno De Identidad De Género De La Sociedad Española De Endocrinología Y Nutrición, del hospital Ramón y Cajal de Madrid, dirigido por Antonio Becerra Fernandez, publicado en la revista *EndocrinolNutr*, 2003,50(1), pp. 19-33.

¹⁵ La versión en castellano del DSM IV se puede consultar en <http://www.mdp.edu.ar/psicologia/cendoc/archivos/Dsm-IV.Castellano.1995.pdf>.

la cultura posmoderna, el sujeto se caracteriza por detentar una identidad variable, modificable y no permanente. La identidad es formada y transformada continuamente como una 'producción' que nunca está completa, sino que siempre está en proceso y la identidad de género no escapa a dicha característica¹⁶. No se puede hablar de una identidad sexual única, por el contrario existe una pluralidad de opciones y en su admisión radica la tolerancia indispensable para generar cambios.

La sociología-jurídica ha utilizado las acepciones orientación sexual, identidad de género y expresión de género como categorías que reclaman protección no sólo desde la letra de la ley sino también desde las sentencias judiciales. La denominación de una persona como lesbiana, gay, trans, bisexual o intersex asegura el reconocimiento legal de su orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género como elementos legalmente protegidos para la construcción de su identidad. El operador jurídico, ya sea legislador, intérprete o jurista, tendrá que recurrir a las herramientas de la psicología y de la biología para poder comprender el fenómeno de la pluralidad sexual a fin de garantizar tal reconocimiento. Todos los ciudadanos han de estar seguros de que sus decisiones íntimas y personales serán resguardadas como parte esencial de su proyecto de vida, por lo que el desconocimiento de las categorías referidas no puede entenderse sino como vulneración a la dignidad del ser humano.

La orientación sexual es una libre elección y, al mismo tiempo una expresión más de la personalidad del individuo, gozar de la capacidad de elegir libremente con quien ejercerla forma parte de la intimidad de todo ser humano como principal protagonista del ejercicio de sus derechos individuales.

IV. Evolución Normativa del Derecho a la Identidad de Género

El derecho a la identidad de género forma parte de ese conjunto de categorías normativas fundamentales que le garantizan al ciudadano la expresión del libre desarrollo de la personalidad y de su dignidad¹⁷. Asimismo reconoce sus raíces en el ámbito del derecho a la vida privada, ya que es un componente fundamental de la misma, por lo que debe estar libre de toda intromisión estatal. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha expresado que: *"El derecho a la privacidad protege el derecho a determinar la propia identidad y a formar relaciones personales*

¹⁶ HALL, S. (1998), *La cuestión de la identidad cultural*, Textos didácticos.

¹⁷ CAMPOS, A., "La transexualidad y el derecho a la identidad sexual" (2001) disponible en <http://mail.felgt.org/files/docs/726450faec76.pdf>.

*y familiares en base a esa identidad, aunque la misma no sea aceptada o tolerada por la mayoría*¹⁸.

La construcción jurídica del derecho a la identidad sexual implicó un arduo proceso a nivel nacional e internacional. En ese camino, fueron los propios interesados quienes a través de una labor organizada, sostenida y constante, se convirtieron en los artífices que impulsaron las innovaciones legislativas en esta materia. Fueron las organizaciones de lesbianas y gays, convertidas en una fuerza con identidad pública colectiva, las que lograron visibilizar la discusión sobre la identidad sexual. La discusión se hizo pública a partir de la segunda mitad del siglo XX, pero fue recién en los años 90 que dichas organizaciones lograron aunarse bajo la sigla LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y personas transgénero), si bien aún hoy no hay consenso sobre la aceptación universal de los distintos grupos de miembros¹⁹.

Desde las reconstrucciones feministas del discurso jurídico se delinearon ciertos presupuestos básicos tales como la necesidad de cambiar los supuestos ideológicos referidos a la identidad sexual²⁰. La opresión y la negación de libertades de las que fueron objeto se constituyeron en el motor indispensable de sus acciones, produciendo un cambio trascendente en la consideración de la sexualidad humana²¹. El reconocimiento del derecho a la diferencia permitió el avance legislativo nacional y convencional aun cuando la discriminación sexual esté todavía muy lejos de desaparecer.

Si bien la orientación sexual se gesta en el ámbito de lo privado, tiene un correlato público en la conformación de organizaciones y movimientos sociales que empujan los límites del sistema socio-cultural que establece una sexualidad exclusivamente heterosexual, y que buscan incidir en políticas públicas con un enfoque de derechos para las personas no heterosexuales.

No hay que temerle a la regulación legal tolerante de todas las variantes que ofrece la orientación sexual. Las mismas deben ser aceptadas

¹⁸ <http://www.corteidh.or.cr> CIDH, Demanda ante la Corte IDH en el caso de Karen Atala e Hijas con el Estado de Chile, Caso 12.502, 17 de septiembre de 2010, párr. 94, disponible en http://www.corteidh.or.cr/bus_temas.cfm.

¹⁹ A los fines de mayores precisiones terminológicas puede consultarse el trabajo "Orientación Sexual, Identidad De Género Y Expresión De Género: Algunos Términos y Estándares Relevantes" elaborado por la CIDH y publicado en www.cidh.oas.org.

²⁰ CAMPOS, A., op. cit.

²¹ RUBIN, G., & VANCE, C. (1989), "Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad", *Placer y peligro: explorando la sexualidad femenina*, 113-190. Los autores relatan que: "En la década de los cincuenta, en los Estados Unidos, se dieron cambios importantes en la organización de la sexualidad. En lugar de centrarse en la prostitución o la masturbación, las ansiedades de los cincuenta tuvieron como tema central la imagen de la 'amenaza homosexual' y el ambiguo fantasma del 'delincuente sexual'".

como manifestaciones de la diversidad humana y debe reinar el principio de libertad reconociendo como único límite los derechos de los otros individuos. La construcción de las identidades colectivas conforman los basamentos indispensables para la perduración de los sistemas democráticos. Tal construcción es impensable sin un explícito reconocimiento a las diferencias de las identidades personales, requisito indispensable para asegurar el valor de la tolerancia en las sociedades actuales²².

Afortunadamente, desde hace algunos años con notable visibilidad, hemos sido testigos de legislaciones y políticas cuyo centro discursivo es la disidencia sexual. A pesar de ello todavía existen legislaciones que castigan la homosexualidad penalmente, con sanciones que van desde multas, hasta la pena de muerte.

Los niveles de tolerancia cultural y política ante la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género de las personas, difieren enormemente entre las sociedades y países con la consecuente incidencia en materia migratoria. A pesar de que en el ámbito de las organizaciones internacionales se suscriben permanentemente recomendaciones destinadas a evitar el trato diferente de las personas desplazadas no heterosexuales, los representantes de LGBT afirman en cada ocasión que tienen oportunidad, que su orientación sexual se interpone entre ellos y un justo y equitativo tratamiento y reconocimiento de sus derechos.

Afirman también que varía enormemente la manera en que los países gestionan el proceso y las solicitudes de asilo en el caso de personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBT).

Al hacer un repaso continental de las legislaciones, encontramos que los países de África del Norte condenan la homosexualidad en su mayoría, siendo Sudán uno de los países que la castiga con la pena de muerte. En África occidental la situación de tolerancia es mayor ya que en Benín, Burkina Faso, Cabo Verde, Costa de Marfil no es ilegal la orientación sexual hacia personas del mismo sexo, con la particularidad que en algunos países se considera legal si la practican las mujeres e ilegal si la practican los hombres como en el caso de Ghana por ejemplo. Los estados que conforman África del Sur la rechazan en su mayoría, siendo Sudáfrica el país que mayores libertades otorga a las personas con orientación sexual diferente.

En Asia se advierte un panorama variado ya que en los países de Asia Central sólo se prohíbe la homosexualidad entre hombres en Turkmenistán y Uzbekistán, siendo una práctica permitida entre mujeres. Los Estados de la región de Asia Occidental son represores en su mayoría, salvo Turquía, Israel, Iraq y Azerbaiyán que no la condenan y en el caso de

²² FERRAJOLI, op. cit., pp. 125-126.

Israel, se prohíbe expresamente la discriminación en razón del sexo. Las legislaciones de China, Japón, Mongolia, Corea del Norte, Corea del Sur, Taiwán, Camboya, Indonesia, Laos, Filipinas, Indonesia, Tailandia y Vietnam toleran la orientación homosexual siendo Singapur, Brunei y Malasia los que aún la prohíben y condenan con penas de multa, azotes y hasta 20 años de prisión.

Los países europeos hace tiempo que eliminaron de sus legislaciones toda prohibición basada en la orientación sexual, fue Italia el precursor ya que legalizó la homosexualidad en 1890, conducta que fue seguida por el resto de los países durante todo el siglo XX, siendo San Marino el último estado en suprimir cualquier discriminación a través de una ley del año 2001. Asimismo, todos los países han suscripto la Declaración sobre orientación sexual e identidad de género de las Naciones Unidas conocida con el nombre de Principios de Yogyakarta²³.

Tanto América del Norte como América del Sur se han mostrado tolerantes con la diversidad de género, subsistiendo leyes condenatorias sólo en Guyana, Belice, Antigua y Barbuda, Barbados, Dominica, Granada, Jamaica y Trinidad y Tobago.

El derecho a la identidad de género protegido específicamente mediante leyes sobre la expresión de género, traducido en la posibilidad de cambio de sexo y su consecuente incidencia jurídica, también fue una conquista del colectivo LGBT.

En Europa fue el estado sueco el que en 1972 tomó la iniciativa en la materia, lo que produjo un efecto dominó por lo que Alemania, Italia, Holanda aprobaron leyes referidas al tema durante la década de los años 80, política que fue seguida más tarde por la mayoría de los países europeos.

En Estados Unidos la regulación existe en varios estados tales como Illinois, Arizona, Louisiana, California, Alabama, Carolina del Norte, Nueva York, Colorado y Pensilvania, aunque no existe una ley federal de protección. Por su parte Canadá, reconoce legalmente la posibilidad de cambio de sexo y protege contra la discriminación en cualquiera de sus formas.

En América Latina fue necesario derribar las barreras dogmáticas religiosas que conspiraban contra un sistema de regulación de la vida en común de personas del mismo género. A pesar de ello se impuso el debate sobre la cuestión y comenzaron a sancionarse leyes que reconocieron

²³ Es un documento que contiene una serie de principios legales cuyo fin es la aplicación de las normas de derecho internacional de los derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género. El texto marca los estándares básicos para que las Naciones Unidas y los Estados avancen para garantizar las protecciones a los Derechos Humanos a las personas LGBT. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf.

derechos y obligaciones ya sea mediante el instituto de la unión civil o del matrimonio de personas del mismo sexo. En México se admite la modificación sexual a partir del 2008 y en Ciudad de México específicamente se regula el matrimonio de personas del mismo sexo, permitiéndoles adoptar niños a tales matrimonios desde el año 2010. En Sudamérica, Argentina es el país que mayor protección ofrece dado que tiene regulado el matrimonio homosexual y la posibilidad de adoptar a partir del año 2010, complementado por leyes antidiscriminatorias que pueden hacerse valer ante el Instituto Nacional contra la Discriminación (INADI). La reciente aprobación de la ley 26.743²⁴ que habilita al cambio de nombre y sexo registral sin necesidad de permiso judicial ni exigencia de intervención quirúrgica previa, completan el espectro tuitivo del derecho a la identidad de género. Uruguay también ha desplegado políticas protectivas mediante la sanción de diferentes leyes siendo la más reciente la referida a la admisión del matrimonio igualitario, sancionada recientemente, convirtiéndose en el duodécimo país en el mundo en regular la institución matrimonial para personas del mismo sexo. En Brasil se admite la unión civil a partir del año 2011, siendo dispar la regulación del matrimonio igualitario en los diferentes estados. Si bien no existe una ley sobre identidad de género, la jurisprudencia brasilera ya se ha expedido de un modo favorable al respecto. Chile sancionó en 2012 la ley antidiscriminatoria y admite el cambio de género siempre que se acredite judicialmente que la persona ha sido sometida a una intervención quirúrgica de reasignación de sexo²⁵, el mismo requisito es exigido por la ley colombiana. Paraguay, Perú y Venezuela son los países latinoamericanos más atrasados en brindar protección normativa al derecho a la identidad sexual.

V. Instrumentos Convencionales de Protección del Derecho a la Identidad de Género

Las normas que reconocen su ámbito de producción en el seno de las organizaciones internacionales, fueron producto de procesos de cambio gestados en el seno de las sociedades nacionales. Ello permitió

²⁴ <http://www.boletinoficial.gov.ar/Inicio/Index.castle>.

²⁵ La sociedad chilena está discutiendo con mucho ahínco el reconocimiento de los derechos de los LGBT, sobre todo en lo referido a la posibilidad del cambio registral de género y nombre. A ello han contribuido las decisiones judiciales en tal sentido, si bien no hay un criterio uniforme entre los jueces ya que las soluciones proporcionadas se pueden catalogar en tres posibilidades: a) Se concede cambio de nombre y sexo legal de manera conjunta sin necesidad de Cirugía de reasignación genital (CRG), b) Se concede el cambio de nombre, pero no así el sexo legal, cuando no ha mediado una CRG, y c) Se rechaza el cambio de nombre y sexo legal de manera conjunta sino ha existido CRG.

un avance y expansión de la protección de lo que se considera Derechos Fundamentales del ser humano, es decir aquellos que pertenecen a todos los individuos en tanto personas y que debieran estar fuera de cualquier disponibilidad estatal.

Desde el momento de su nacimiento la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha luchado para garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales, trazando directrices que guíen la labor jurídica de las soberanías estatales que la componen. Las declaraciones, pactos, convenciones y acuerdos suscritos en su seno contribuyeron a formar un bloque normativo que aspira a ser una brújula para las legislaciones nacionales. Los poderes estatales quedan obligados no sólo a respetar el libre ejercicio de aquéllos, sino también a organizarse para satisfacer su plena realización. Dicho mandato surge de la imperiosa necesidad de asegurar una convivencia pacífica entre los miembros de las sociedades modernas, altamente marcadas por el crecimiento de la globalización y de los abundantes movimientos migratorios.

La Declaración Universal de Derechos Humanos con más de seis décadas de vigencia, es el instrumento rector para que las legislaciones nacionales puedan contar con leyes justas que garanticen y promuevan el ejercicio de los derechos individuales. Así, en el art. 2 expresa: *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, **sexo**, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”*²⁶.

Si bien el camino hacia la tolerancia sexual fue ampliándose, las violaciones a los derechos humanos basadas en la identidad de género reales o percibidas de las personas, no dejó de advertirse, generando preocupación en el seno de la Organización Internacional. A fin de contribuir al destierro de tales violaciones, a partir del año 2004, la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos de la ONU comenzó a trabajar específicamente en la elaboración de un documento destinado a consagrar principios jurídicos internacionales sobre la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos a las violaciones basadas en la orientación sexual y la identidad de género. Producto de dicha labor, surgieron los Principios de Yogyakarta que se aproba-

²⁶ <http://www.un.org/es/documents/udhr/translations.shtml>.

ron en dicha ciudad en noviembre de 2006 y cuya denominación técnica es: “*Los principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género*”²⁷. Es un documento que contiene un preámbulo y veintinueve principios legales que afirman la obligación primordial que cabe a los estados miembros de la ONU de realizar todos los esfuerzos posibles a fin de respetar la diversidad sexual. Es destacable, el Principio 3 referido a “El Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica” que expresamente establece que: “*Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género.*” El mismo artículo impone seguidamente a los Estados la obligación de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de cualquier otra índole a fin de garantizar los procedimientos necesarios para que tal reconocimiento pueda hacerse efectivo. Los principios se complementan con “Recomendaciones Adicionales” dirigidas a los distintos órganos que conforman la organización para que explícitamente adhieran a los mismos.

A nivel regional, en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA) en el año 2008, la Asamblea General adoptó una resolución dedicada a los **derechos humanos** y su vinculación con la **orientación sexual e identidad de género**²⁸. En dicho documento los Estados miembros manifestaron su preocupación por los actos de violencia y violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación e identidad de género. Se condena la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, como así también todo acto de violencia que implique la violación de los derechos de los individuos a profesar libremente su elección. Asimismo se

²⁷ http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf.

²⁸ “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” se puede consultar en AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08).

insta a los Estados para que aseguren una protección adecuada adoptando las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación a través de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno. A fin de completar el panorama interamericano, es necesario destacar la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José Costa Rica, como institución judicial autónoma de la OEA y cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados protectores. En este contexto la CIDH se ocupó específicamente de los derechos de las personas LGTB y, en noviembre de 2011, creó una unidad especializada en esta materia en el seno de su Secretaría Ejecutiva a fin de asistir técnicamente a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones en esta materia.

En el seno de la Unión Europea (UE) se realizan esfuerzos permanentes para luchar contra la discriminación de las personas LGBT, sobre todo trazando directivas para los países cuyas legislaciones todavía no sancionan expresamente las conductas discriminatorias en función de la identidad de género de las personas. El artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la UE le permite adoptar legislación contra la discriminación por motivos de orientación sexual. Por su parte, el artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁹, le impone la obligación de luchar contra toda discriminación mediante la definición y ejecución de sus políticas y acciones. En cumplimiento de tal mandato la Comisión emitió en el año 2008 la comunicación "No discriminación e igualdad de oportunidades: un compromiso renovado"³⁰, que le proporciona el marco para llevar a cabo actividades diversas contra la discriminación por distintos motivos, entre ellos la orientación sexual. Además de tales instrumentos, es necesario recordar la Carta de los Derechos Fundamentales de

²⁹ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 30/3/2010, Diario Oficial de la Unión Europea C 83/47. Artículo 10. En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Artículo 19 (antiguo artículo 13 TCE): 1. Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, los principios básicos de las medidas de la Unión de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1.

³⁰ Su texto se puede consultar en: http://europa.eu/legislation_summaries COM(2008) 420.

la UE que en su art. 21 prohíbe expresamente la discriminación por motivos de orientación sexual. Reforzando el compromiso antidiscriminatorio, en mayo del año pasado el Parlamento Europeo dictó la Resolución 2012/2657 (RSP)³¹, sobre la lucha contra la homofobia en Europa, mediante la cual condena enérgicamente toda discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género. En materia migratoria también ha dado ya algunos pasos concretos y positivos, tales como el reconocimiento de la orientación sexual como causa de la persecución en el artículo 10 de la Directiva de Asilo de la UE.

Desde el origen del espacio de integración MERCOSUR, sus autoridades manifestaron su preocupación por garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, en consonancia con las actividades desarrolladas por la OEA y la ONU en la materia. En tal contexto, el órgano máximo de la estructura institucional, esto es el Consejo Mercado Común creó, mediante Decisión N° 40/04, la Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos (RAADDHH), en el ámbito del Foro de Consulta y Concertación Política (FCCP), órgano auxiliar del Consejo del Mercado Común. En la IX RAADDHH se aprobó la creación, en este ámbito, de un subgrupo que abordara las cuestiones de género y diversidad sexual, y que con el nombre de "Subgrupo sobre Diversidad Sexual, Identidad y Género" tuvo su primera reunión en el año 2007. Allí se decidió la elaboración de una publicación conjunta referida a la legislación vigente en los Estados Miembros, en materia de la identidad de género, y orientación sexual; el intercambio de información sobre los avances en la campaña de combate al preconcepto originado en la orientación sexual e identidad de género; y el seguimiento de la propuesta del Programa Conjunto de Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA para América Latina (UNAIDS).

Al celebrarse la XLII Reunión Ordinaria del Consejo del Mercado Común, en diciembre del 2011, las autoridades mercosureñas reafirmaron la prioridad que confieren al respeto y promoción de los derechos humanos de las personas migrantes y sus familias, independientemente de su condición migratoria, nacionalidad, origen étnico, **género**, edad o cualquier otra consideración discriminatoria, y reiteraron la importancia de articular posiciones conjuntas sobre cuestiones migratorias en los foros internacionales. Destacaron la promoción y el respeto irrestricto de los Derechos Humanos como eje central del proceso de integración. En ese marco, aprobaron el primer presupuesto del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del MERCOSUR. Al año siguiente, en diciembre de 2012, el Consejo de Mercado Común aprobó mediante Decisión N° 44/12

³¹ <http://www.europarl.europa.eu>. Resolución del Parlamento Europeo sobre la lucha contra la homofobia en Europa (2012/2657 [RSP]).

el Proyecto “Construyendo una Infraestructura para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos en el Mercosur (IPPDH)”. El referido proyecto, presentado al Fondo para la Convergencia Estructural del MERCOSUR (FOCEM) busca fortalecer la institucionalidad pública y social del Mercosur, apoyando el trabajo de la Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur (RAADDHH) y del IPPDH, como vía para incrementar el alcance y la coordinación de políticas públicas en la materia³².

VI. Legislación Argentina

En mayo del año 2012, el parlamento argentino aprobó la ley nro. 26.743³³ que consagra una amplia protección al derecho a la identidad de género de todos los ciudadanos, cumpliendo de este modo con los compromisos asumidos en los instrumentos convencionales referidos a la protección de los derechos humanos y al rechazo a toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual del individuo.

La norma ha sido considerada como un instrumento pionero en la región conjuntamente con la legislación uruguaya aprobada en 2009, ya que confiere amplia libertad para que toda persona pueda desarrollar su personalidad, en base a su identidad de género.

En su articulado que consta de quince disposiciones, se abandona parcialmente el criterio biológico para determinar la identidad de género. Se lo sustituye por el criterio de la autopercepción, lo que importa una concepción dinámica de la sexualidad, renunciando a la aplicación de la norma sexual dicotómica³⁴. Subsiste una presunción “*iuris tantum*”, a favor del criterio biológico, pasible de ser modificada por la voluntad de la persona que solicita el cambio si se autopercibe conforme al otro sexo.

A través de su normativa se advierte un seguimiento de los Principios de Yogyakarta, ya que no exige una operación de adecuación sexual para solicitar el cambio registral del sexo y del nombre del peticionante. Se descarta asimismo la necesidad de intervención judicial o patrocinio letrado para realizar el trámite cuando es la primera vez que se solicita el cambio, ya que una segunda modificación exige autorización judicial. En el caso de los menores, se autoriza a sus representantes legales a formalizar

³² www.mercosur.int.

³³ <http://www.boletinoficial.gov.ar/Inicio/Index.castle>.

³⁴ Se define a la norma sexual dicotómica como el empeño por registrar a todas las personas como hombres o mujeres. “Educación sexual integral en la escuela secundaria. Introducción a los conceptos de sexualidad y educación sexual” (2011) Ministerio de Educación, Presidencia de la Nación Argentina, Educar, Buenos Aires.

la solicitud correspondiente debiendo acreditarse de un modo fehaciente la conformidad del menor, en tal caso será necesaria la intervención del abogado del niño en los términos establecidos en la ley 26.061. Ante la negativa o imposibilidad del consentimiento de los representantes, se autoriza la vía judicial a través de un procedimiento sumarísimo. Asimismo pone a cargo del servicio de salud pública y privada la obligación de realizar sin costo las operaciones de adecuación sexual y las terapias hormonales que fueren peticionadas por quienes quieran modificar su género.

Luego de ser aprobada la ley, en el mes de julio del mismo año, se dictó el decreto nro. 1007/2012³⁵ que la complementa. El mismo les ordena a las Direcciones Generales, Provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas aprobar un formulario tipo para la solicitud de rectificación registral de sexo y el cambio de nombre a fin de unificar criterios en todo el territorio nacional y de ese modo evitar dilaciones innecesarias y que pueden contrariar el espíritu de la ley. Para el caso de ciudadanos extranjeros, con residencia en nuestro país que presenten solicitudes en los términos legales, el decreto establece la imposibilidad fáctica de proceder al cambio registral en el instrumento emitido en el país de origen. Si la partida original ha sido modificada por las autoridades del país que la expidió, entonces las autoridades del Registro Civil de la República Argentina, deberán proceder a la modificación de cualquier documento que se hubiera extendido en el país, a solicitud del interesado, de modo tal que exista una concordancia plena en todos los documentos identificatorios de la persona. Lo que el decreto no resuelve y especifica que será necesario contemplar un procedimiento especial, es la situación del extranjero residente solicitante de la modificación registral que no ha obtenido la misma en su país de origen. En tal caso, creemos que cada autoridad local deberá desarrollar su ingenio a fin de otorgar la protección que le ley exige, frente al caso concreto.

Destacamos la trascendencia de la ley sancionada pues importa reconocer que el concepto de salud implica el libre desenvolvimiento de la dimensión física, la dimensión psíquica y la dimensión sexual del individuo. Se receptan de un modo contundente los aportes de la ciencia médica, que consideran el término salud, como un concepto positivo y no como la mera ausencia de enfermedad, es mucho más complejo ya que implica distintos grados de vitalidad y funcionamiento adaptativo³⁶. Al sancionar la ley que comentamos el Estado argentino, siguiendo los principios constitucionales vigentes, asume que el derecho a la salud reviste un carácter de

³⁵ <http://www.boletinoficial.gov.ar/Inicio/Index.castle>.

³⁶ OBLITAS, L. A., & GUADALUPE, L. A. O. (2006), *Psicología de la salud y calidad de vida*, Cengage Learning Latin America, p. 3.

derecho fundamental. Ello, en la medida en que principalmente implica y conlleva una serie de obligaciones positivas (de hacer) por parte de los poderes públicos, el cumplimiento de tales obligaciones es lo que permitirá la estructuración de este derecho dentro del marco constitucional³⁷.

VII. Conclusiones

Para todo ser humano, la noción del vivir, no es exclusivamente biológica, sino una realidad compleja: biológica, psicológica y espiritual. Por tanto, seguir viviendo, no es sólo poder mantener la vida biológica, poder reproducirse, y un cierto grado de bienestar suficiente para estos fines. Es, y de modo igual o más importante, poder actuar con su inteligencia y voluntad, persiguiendo los fines que libremente elige.

El sistema jurídico debe asegurar la posibilidad del desarrollo pleno de los derechos de los ciudadanos que han optado por una identidad de género diferente a la otorgada en el momento de su nacimiento, evitando todo tipo de discriminaciones en tal sentido. Afortunadamente y gracias a la incansable labor de las agrupaciones de LGBT, existe una reacción mundial a favor de la protección normativa a nivel interno y convencional. La ley argentina es un claro ejemplo de dicha tendencia y es esperable que al momento de su aplicación no se contraríen los principios que la misma consagra.

La comunidad internacional ha de incrementar los esfuerzos a fin de que el respeto al derecho fundamental a la identidad de género, se multiplique y llegue a las naciones donde aún se justifica su violación. Creemos que tal labor es indispensable para garantizar la convivencia pacífica ya que una persona, mermada en su identidad, desarrolla sentimientos y conductas incompatibles con un modelo social armónico.

VIII. Bibliografía Consultada

ALCARAZ, R. y ALCARAZ, A., *El derecho a la no discriminación por identidad y expresión de género*, Textos del caracol, núm. 4. Dante núm. 14, col. Anzures, Del Miguel Hidalgo, 11590, México, D.F.

BECERRA FERNANDEZ, A., Grupo de Trabajo sobre trastorno de identidad de género de la sociedad española de Endocrinología y Nutrición, del Hospital Ramón y Cajal de Madrid, *EndocrinolNutr*, 2003,50(1), pp. 19-33.

Transexualidad. La Búsqueda de una Identidad, Madrid, Ediciones Díaz de Santos S.A., 2003.

³⁷ DAMSKY, I. A. (2006), "La construcción del derecho a la salud en Argentina a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos". In *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico* (pp. 161-206). Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F.

Boletín oficial de la República Argentina, www.boletinoficial.gob.ar.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZALEZ, F. J., *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Ganada, Comares, 10ma. edición, 2009.

CAMPOS, A., "La transexualidad y el derecho a la identidad sexual" (2001) disponible en <http://mail.felgt.org/files/docs/726450faec76.pdf>.

CHECA S. (comp.), *Género. Sexualidad y derechos reproductivos en la adolescencia*, Buenos Aires, Paidós-Tramas Sociales, 2005.

CIDH, "Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes", www.cidh.oas.org.

DAMSKY, I. A., "La construcción del derecho a la salud en Argentina a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos", *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico* (pp. 161-206), Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F. 2006.

ESPLUGUES MOTA, C. y IGLESIAS BUHIGUES, J., *Derecho Internacional Privado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.

ESPÍN, M., "Aproximación a la transexualidad como noción científica" http://www.cenesex.sld.cu/webs/aproximacion_a_la_transexualidad.htm.

FAUR, L., "¿Escrito en el cuerpo? Género y Derechos Humanos en la Adolescencia" en MARCUELLO, C., EISEGUI, A., "Sexo, género, identidad sexual y sus patologías". *Cuadernos de Bioética*, 1999/3, pp. 459-477, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, Madrid, 1999.

FERNANDEZ ROZAS, J. C. y SANCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Civitas, 5ta edición, 2010.

FERRAJOLI, L., "Sobre los derechos fundamentales". *Cuestiones constitucionales* 015 (2009), *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, versión disponible en <http://132.247.146.34/index.php/cuc/article/view/2172> consultada el 2 de marzo de 2013.

FOUCAULT, M., *Historia de la Sexualidad: el uso de los placeres*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina S.A., 2002.

GARRIGA, C. B., *Elementos para el abordaje analítico de las variaciones del género y de la sexualidad contemporáneas* 2. Judith Butler (Cleveland, Ohio, 1956).

GOLDSCHMIDT, W., *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*, Buenos Aires, Depalma, Sexta edición, 1988.

HALL, S. (1998), *La cuestión de la identidad cultural*, Textos didácticos.

HOFFE O., *Derecho Intercultural*, Barcelona, Editora Gedisa S.A., 2000.

JUENGER, F., *Derecho Internacional Privado y Justicia Material*, México, Ed. Porrúa, 2006.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "El derecho de familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI". *Revista de Derecho Comparado* Nro. 10, p. 7, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005.

MEDINA, G., "Las uniones de hecho homosexuales frente al Derecho Argentino", *Revista de Derecho Privado y Comunitario* Nro. 4, p. 87, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2001.

MILLOT, C., *Exsexo, ensayo sobre el transexualismo*, México, Paradiso, 1984.

OBLITAS, L. A., & GUADALUPE, L. A. O., *Psicología de la salud y calidad de vida*. Cengage Learning Latin America, 2006.

Principios de Yogyakarta, http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf.

TOURAINÉ, A. (2005), *Un nuevo paradigma. Para comprender el mundo de hoy*, Barcelona, 2005, Ediciones Paidós Iberica S.A., pp. 45 y ss.



UNASUR: UNA NUEVA VISIÓN GEOPOLÍTICA[†]

*María Cristina Montenegro**

Resumen: Con el advenimiento del siglo XXI, América del Sur replantea las estrategias de desarrollo e inserción internacional en un mundo en transformación. Este replanteo estratégico tiene su anclaje en la emergencia de gobiernos que impugnan el neoliberalismo vigente en la década del 90, que dio sustento al proceso integrador basado en el regionalismo abierto.

En este marco, surge una disputa de liderazgos en la Región que, básicamente, se puede sintetizar: ante el debilitamiento de la hegemonía norteamericana emergen dos visiones de liderazgo basados en la concepción de liderazgo pragmático, propio de la política exterior brasileña y la concepción de liderazgo bolivariano, encarnada en la política exterior venezolana. Esta disputa va a permear la matriz sobre la que se construye el proceso de integración UNASUR y, desde una perspectiva geopolítica, marcará su evolución y dinámica presente.

Palabras clave: Integración regional- visión geopolítica- Unión de Naciones Sudamericanas- liderazgos regionales.

Introducción

El proceso de globalización ha generado un reordenamiento del espacio geográfico mundial y ha dado lugar a una nueva relación política entre los Estados conectados por sus territorios, para adecuarse al nuevo sistema internacional.

Sudamérica no ha estado ausente de los cambios globalizadores y los imperativos de la integración. Así, todos los países que comparten el espacio geográfico sudamericano comienzan con la creación de la Comunidad Suramericana de Naciones. Más tarde, el esfuerzo integrador avanza incluyendo un cambio en la denominación para dar origen a la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR). Este no es un mero cambio de nombre, es toda una postura geopolítica cuya impronta la diferenciará del resto de los procesos de integración de América Latina.

Este proceso se da en el marco de la asunción de gobiernos que, en mayor o menor medida, cuestionan la matriz neoliberal de las décadas anteriores.

[†] Recibido el 02/05/2013, Aprobado el 25/06/2013.

* Magister en Relaciones Internacionales. Profesora e investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Coordinadora de la Diplomatura en Diplomacia Contemporánea de la Secretaría de Post Grado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. E mail: cristmont@hotmail.com.

Así, UNASUR se encuadra en el marco de las relaciones internacionales de América del Sur y las transformaciones en el escenario internacional. En el primer caso caracterizada por dinámicas geopolíticas diferenciadas y pujas por el liderazgo regional de alguno de los países que influyen en la marcha del proceso integrativo y explica los vaivenes de su génesis.

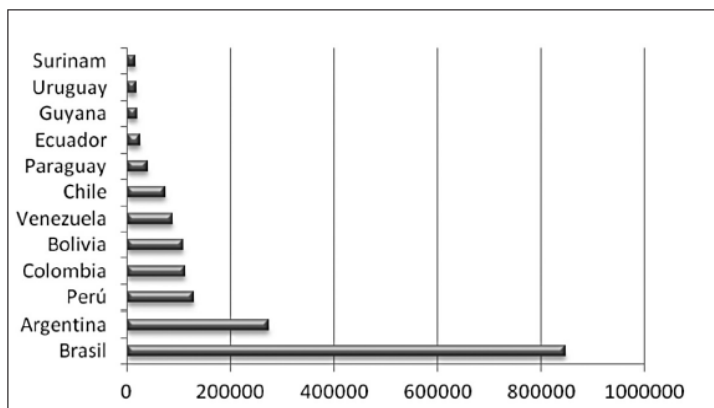
El presente trabajo intenta centrar el proceso dentro de un marco de reflexión geopolítica, para reconocer los nuevos conceptos surgidos a principio del siglo XXI a la luz de los cambios producidos en el sistema internacional, fundamentalmente, los ataques terroristas del 11S y la tendencia hacia la construcción de un sistema multipolar.

El espacio sudamericano

UNASUR está integrada por una población de casi 400 millones de personas, que representa el 68% de la población latinoamericana. Casi el 50% de habitantes viven en Brasil, un 12% en Colombia y un 10% en Argentina. Con menor cantidad de habitantes se ubican Guyana y Surinam que en conjunto representan el 0,3% de la población suramericana.

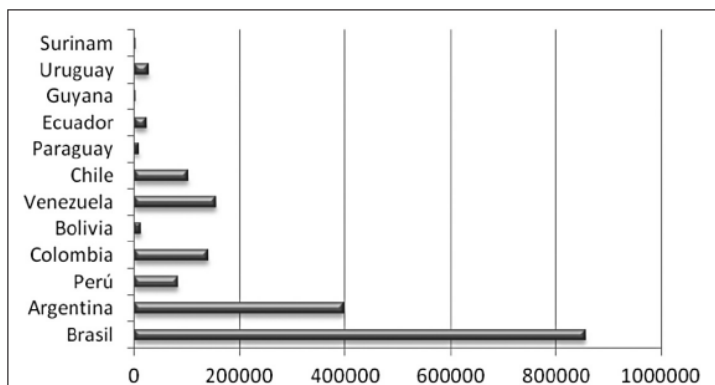
Esta disparidad en la dotación poblacional forma parte de las asimetrías de carácter estructural presentes en el entorno suramericano. De igual manera, existen notorias diferencias en el tamaño territorial y económico de los países de UNASUR lo que se evidencia al comparar la superficie territorial, el monto del PIB y el PIB per cápita¹.

Grafico 1. Superficie territorial de los países de UNASUR



Fuente: Lourdes Regueiro, Mayra Barzaga, 2012: 14.

¹ REGUEIRO, LOURDES, BARZAGA, MAYRA, 2012: 13.

Gráfico 2. PBI por países de UNASUR

Fuente: Lourdes Regueiro, Mayra Barzaga, 2012: 14.

América del Sur es una de las regiones más ricas por su biodiversidad ya que posee el 40% de la flora y la fauna del mundo, el 17% de las reservas mundiales de petróleo con reservas que ofrecen cobertura por más de 93 años². Venezuela cuenta con mayores reservas de petróleo, siendo la quinta a nivel mundial con unos 80.000 millones de barriles de reservas probadas. Otros países con reservas en distintas cuencas y que son productores de petróleo y gas son Bolivia, Argentina, Perú y Ecuador.

Por otra parte, Sudamérica posee las más importantes reservas de agua potable del mundo. Se han identificado unos 29 sistemas acuíferos transfronterizos compartidos por dos, tres, cuatro y hasta seis países³⁴.

A todo lo anterior, se agrega que Sudamérica posee uno de los mayores potenciales en recursos mineros que, como bien sostienen Regueiro y Barzaga (2012), contribuyen a sostener los patrones tecnológicos de desarrollo actuales. En el rubro de la minería metálica: cobre, oro, molibde-

² BP, "BP Statistical Review of World Energy June 2011", en internet: <http://www.bp.com/statistical-review>.

³ UNESCO, "Sistemas Acuíferos Transfronterizos en la Américas - Evaluación Preliminar", Serie ISARM Américas N°1, 2007, Montevideo/Washington DC.

⁴ *De manera que, si bien la región, según los organismos internacionales, no es un área de conflicto internacional (entre Estados) por el recurso agua, sí ha sido un tema sensible y en torno al cual se han producido conflictos entre movimientos sociales y empresas; potencialmente esta riqueza puede ser objeto de conflictos internacionales en la medida que el recurso se haga más escaso. Un tema relacionado es el referido a que la escasez de agua potable en el mundo, unido al precio de los alimentos ha comenzado a generar presión de las empresas transnacionales y de los países con dificultades para producir alimentos, o ansiosos de obtener los beneficios que auguran los actuales precios, sobre las tierras cultivables. Estas circunstancias no pueden ser desconocidas, ni subestimadas como parte del entorno en el cual surge y se desarrolla UNASUR.* REGUEIRO, LOURDES; BARZAGA, MAYRA: 2012: 14.

no, plata, zinc, plomo, estaño, antimonio, aluminio, hierro se localizan en la región andina, Perú es el 5º productor mundial de oro, y en los escudos precámbricos, Brasil explota grandes depósitos de hierro-manganeso, oro, etc. Chile es el primer productor de cobre del mundo.

En este escenario se incorporan intereses y ambiciones de países extra regionales que crean oportunidades pero, también, generan tensiones en el espacio sudamericano, que bien sintetiza Etcheverry (2006), el acelerado ritmo de crecimiento de China e India y la recuperación de Japón y Rusia impulsan el aumento de las demandas de materias primas. Por otro lado, cuestiones geopolíticas: energía y armas nucleares, llevan a Irán y Corea del Norte a demandar recursos existentes en Sudamérica. Hasta conflictos laborales en países africanos redireccionarían la demanda de minerales hacia la región. Lo dicho influye en las relaciones internacionales de América Latina, en general, y en Sudamérica, en particular.

...dibujando una nueva realidad, más compleja y problemática, como lo es todo escenario en recomposición. La presente década ha producido cambios muy significativos en las relaciones internacionales de América Latina, ya apuntados algunos en la pasada, otros claramente novedosos y trascendentales. El proyecto en marcha de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) se inserta dentro de este marco general, siendo uno de los elementos más claramente visibles, pero hasta la fecha exhibe muchas más posibilidades que logros. En ese sentido, la Unión puede contemplarse más como una manifestación de las profundas transformaciones de las correspondencias exteriores y del balance de poder continental que como causa de dichos cambios, siquiera secundaria⁵.

Los liderazgos en la Región

En los últimos años la geopolítica suramericana se ha caracterizado, según Sepúlveda Muñoz (2010) por dos variables que se retroalimentan:

a) la debilitada influencia de EEUU en la región sudamericana. Esto se evidenció en la ausencia del hegemon en importantes acontecimientos producidos en los países sudamericanos⁶;

⁵ SEPÚLVEDA MUÑOZ, ISIDRO. 2010:14-15.

⁶ Esta "crisis de liderazgo" o "crisis hegemónica", como en ocasiones ha sido denominada, encontró sus manifestaciones más explícitas con el estruendoso silencio guardado por Washington ante las crisis andinas de los últimos años (desde las manifestaciones multitudinarias y las aceleradas dimisiones-golpes de palacio en Ecuador y Bolivia, hasta el reciente enfrentamiento prebélico de Colombia con Ecuador y Venezuela). En similares circunstancias anteriores, el Departamento de Estado había jugado un papel esencial en la resolución de

b) la existencia de proyectos contradictorios en materia de proyección exterior, *desde la revolución bolivariana o el levantamiento de los “pueblos originarios” hasta la integración mercadotécnica de corte liberal o el proyecto institucionalista.*

A lo anterior se agregan tres dinámicas estructurales en las que se basan las políticas exteriores: 1) la primacía las políticas bilaterales, 2) la supervivencia de elementos que hacen a la persistencia de la percepción de la amenaza potencial por parte del país vecino y 3) el incremento sustancial de las tensiones con el aumento sustancial de los presupuestos de Defensa en varios países de la región.

El debilitamiento de la hegemonía de EE.UU. en Suramérica alteró la correlación de fuerzas regionales. Así, emergieron proyectos alternativos de proyección exterior. Ante el vacío de liderazgo norteamericano surgieron dos liderazgos regionales: Brasil y Venezuela.

El liderazgo de Venezuela está basado en principios del llamado *Socialismo del siglo XXI* y para lo cual se sirve de mecanismos como el ALBA y PETROCARIBE y de un discurso fuertemente anti imperialista y anti norteamericano. Altmann (2008) considera a este tipo de liderazgo como altamente idealista y reaccionario opuesto al libre mercado y sin límites a la acción reguladora del Estado⁷.

El imaginario liderazgo venezolano, promotor del multipolarismo, supone una región sudamericana no tanto como un espacio de cooperación e integración irrestrictamente sudamericana sino como un escenario dirigido a debilitar la influencia norteamericana tanto en el ámbito regional como global⁸.

Así, la capacidad de proyectar su liderazgo regional, basado en una ideología bolivariana, está financiado por recursos petroleros y sustentados el *hardpower*. La potencialidad militar depende, entre otros factores, de la sostenibilidad de los precios del petróleo, que le permita desplegar intensivamente su “diplomacia petrolera”, las posibilidades de fortalecer el

las crisis; su explícita ausencia de actuación restó protagonismo a las embajadas estadounidenses, ánimo a la consideración de alternativas que hasta ese momento habrían tenido pocas posibilidades de materialización y posibilitó la entrada de actores externos con amplio margen de maniobra.

Esta falta de interés de Estados Unidos por América Latina durante la mayor parte de los dos periodos presidenciales de George W. Bush ha llegado a presentar elementos de preocupación para sus propios intereses.

En consecuencia, esta política exterior posmonroista está comenzando a recuperar elementos de proyección continental hasta ahora postergados, que se manifiestan en su toma de posición ante procesos en marcha, susceptibles de alcanzar una especial importancia en el medio plazo. ISIDRO SEPÚLVEDA MUÑOZ, 2010:14.

⁷ RÍOS SIERRA, JERÓNIMO: 2011.

⁸ RÍOS SIERRA, JERÓNIMO: 2011.

frente interno que le permita la permanencia al gobierno chavista en el poder y del potencial demográfico, territorial y recursístico de Venezuela⁹.

Por otro lado, el liderazgo brasileño es más comedido, menos ideologizado y con un fuerte sesgo pragmático. Promueve la complementariedad económica entre los países de la región.

Por el potencial demográfico, económico y territorial, Brasil es una potencia media global que adquiere relevancia en el contexto del espacio regional sudamericano. Aspira a un proyecto neo desarrollista en Sudamérica basados en tres pilares: democracia, comercio y seguridad, para el logro de los objetivos apela al diálogo político y la resolución pacífica de los conflictos.

Brasil busca desarrollar una política consistente de influencia moderada en la región, con bajos costos políticos y frecuentemente una diplomacia activa pero cautelosa. Evita involucrarse en los conflictos regionales asumiendo un papel conciliador. Esto, orientado a cambiar la relación sudamericana no sólo en términos de mayor interdependencia económica sino de mayor responsabilidad política en la región a través del *softpower*, cuando emergen los conflictos y crisis, particularmente en la región andina¹⁰.

Evolución de la ‘Comunidad’ a la ‘Unión Suramericana’

Entre los años 1990 y 2005 se desarrolló, en América Latina, un ciclo de procesos de integración regional caracterizados por el predominio de las estrategias de apertura económica bajo el modelo conocido como *regionalismo abierto*¹¹. Desde el año 2005 comienza una etapa de intenso debate sobre la racionalidad y objetivos de la integración. Ese debate se cruza con aquellos referidos a las estrategias de desarrollo e inserción internacional en un mundo con mayores opciones externas: acuerdos de integración con EE.UU., la Unión Europea, y con la importancia creciente de los mercados asiáticos.

⁹ SERBIN, ANDRÉS: 2008.

¹⁰ SERBIN, ANDRÉS: 2008.

¹¹ “Regionalismo abierto” como un proceso cuyos dos principales objetivos son: a) Promover políticas que fortalezcan la integración, pero que a su vez, sean compatibles y/o complementarias con políticas que fortalezcan la competitividad internacional; b) Promover el surgimiento de bloques de comercio más constructivos, transparentes y promotores del libre comercio («building blocks»). Esto significa que los acuerdos de integración deberían tender a la eliminación de barreras aplicadas al comercio de la mayoría de los bienes y servicios entre los países miembros de los bloques mientras que también se promueve una mayor liberación del comercio con terceros países (no miembros de los acuerdos) y se facilita la entrada de otros a los esquemas de integración. GUTIÉRREZ, ALEJANDRO, *Globalización y regionalismo abierto*. Aldea Mundo, Año 4, Nro. 8, p. 49.

En este marco, comienzan cambios en las estrategias integracionistas. Surge una agenda que da más peso a las dimensiones sociales, políticas y de seguridad, y a políticas comunes en campos como la energía o la infraestructura, frente al énfasis en la liberalización comercial del *regionalismo abierto*. Por otra parte, el regionalismo de América Latina se redefine en clave sudamericana antes que en referencias de toda la región latinoamericana y macos subregionales¹². En este marco se debe entender el proceso de integración UNASUR.

La I Cumbre Energética Suramericana reunió por primera vez a los Presidentes sudamericanos para debatir un tema en concreto, y también avanzar en el proceso de integración¹³. La Cumbre Energética resultó ser un importante paso para la integración del subcontinente, ya que ocurrió un cambio relevante en la matriz política del bloque. La Comunidad Suramericana de Naciones pasó a ser llamada Unión de Naciones Suramericanas.

El proceso comenzó con las llamadas Cumbres Sudamericanas, no bien iniciado el siglo XXI. En la Cumbre de Cusco de 2004, se hablaba de la Comunidad Sudamericana pensando en un proyecto estilo la Comunidad Europea. El proyecto tiene un cambio de nombre ante la necesidad de acelerar el proceso de integración.

*“(e)l razonamiento fue dual: por una parte, se dijo que UNIÓN era más comprometedor que COMUNIDAD. Por otra, que SUDAMÉRICA es una acepción correcta, pero que SURAMÉRICA es más explícita en su referencia al SUR del planeta, y no tiene connotaciones que la asemejan a un anglicismo o galicismo. Por otra parte, se preservó la referencia a las NACIONES, por corresponder más apropiadamente al contenido humano del proceso que se pretende, que no puede ser sólo Estatal, y porque aún no hemos llegado a una etapa en la cual exista una sola Nación Suramericana”*¹⁴.

Una de las cuestiones por las que hablar de comunidad constituía, en el caso sudamericano, una suerte de visión idílica de la historia de la región es que, en realidad, nunca existió una identidad sudamericana. Constituida por fuerzas dinámicas diferentes de la América hispana y la

¹² SANAHUJA PERALES, JOSÉ ANTONIO, “Regionalismo e integración en clave suramericana: los orígenes de Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR). La creación de UNASUR en el marco de la seguridad y la defensa”. *Documento de Seguridad y Defensa* 29. Ministerio de Defensa del Reino de España, enero 2010.

¹³ El 16 y 17 de abril de 2007 en Isla Margarita, Venezuela, se llevó a cabo la Primer Cumbre Energética Suramericana. En ese encuentro los mandatarios decidieron institucionalizar el bloque regional en lo que se dio a conocer como Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) en reemplazo de la Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN).

¹⁴ CARDONA, DIEGO, “El ABC de UNASUR: doce preguntas y respuestas”, *Revista de la Integración: La construcción de la integración suramericana*, Secretaría General de la CAN, nº 2, julio/2008, pp. 19-30, disponible en: <http://www.comunidadandina.org>.

América lusitana. La primera se independizó fraccionada en repúblicas muchas veces enfrentadas. La segunda, particularmente Brasil, se independizó preservando su unidad. A esto se agregan, en el espacio regional, dos países pertenecientes al Caribe con fuerte impronta sajona y francesa: Surinam y Guyana.

Nunca en la historia Suramérica ha estado realmente unida; los imperios pequeños o grandes sólo abarcaron una porción de nuestro inmenso territorio. Aun, el mayor en extensión, que fue el breve pero importante Imperio Inca, sólo abarcó aproximadamente 15% del territorio suramericano. La identidad, comenzando por una idea de lo suramericano, con un carácter específico, no existe pues en el pasado, como en Europa¹⁵.

De allí que se explicita en el Preámbulo del Tratado Constitutivo que los países integrantes de UNASUR:

AFIRMAN su determinación de construir una identidad y ciudadanía suramericanas y desarrollar un espacio regional integrado en lo político, económico, social, cultural, ambiental, energético y de infraestructura, para contribuir al fortalecimiento de la unidad de América Latina y el Caribe¹⁶;

Otro dato, y no menor, son las bases sobre las que se construye el proceso de integración, es la revalorización de los Estados Nacionales que queda explicitada en otra parte del Preámbulo del Tratado Constitutivo:

RATIFICAN que tanto la integración como la unión suramericanas se fundan en los principios rectores de: irrestricto respeto a la soberanía, integridad e inviolabilidad territorial de los Estados; autodeterminación de los pueblos; solidaridad; cooperación; paz; democracia; participación ciudadana y pluralismo; derechos humanos universales, indivisibles e interdependientes; reducción de las asimetrías y armonía con la naturaleza para un desarrollo sostenible¹⁷;

Está implícito el principio de no intervención en los asuntos internos de países soberanos, que históricamente ha sido sostenida por los países de la región en sus denuncias contra las pretensiones intervencionistas de EE.UU. Pero, cabe aclarar, en estas circunstancias fue interpretada también como una advertencia brasileña a Venezuela ante las declaraciones de Hugo Chávez de reservarse el derecho de actuar militarmente en Bolivia, si Evo Morales era derrocado, lo que fue denunciado como una auténtica intromisión a los asuntos internos del país. Esto puede interpre-

¹⁵ CARDONA, DIEGO, "El ABC de UNASUR: doce preguntas y respuestas", *Revista de la Integración: La construcción de la integración suramericana*, Secretaría General de la CAN, nº 2, julio/2008, pp. 19-30, disponible en: <http://www.comunidadandina.org>.

¹⁶ Preámbulo del Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Sudamericanas.

¹⁷ Preámbulo del Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Sudamericanas.

tarse como la afirmación del liderazgo brasileño frente al liderazgo venezolano.

*La apuesta por el diálogo, por la institucionalidad democrática y la renuncia al antiimperialismo están en oposición con las amenazas de ocupación militar, la injerencia en asuntos internos o el agresivo discurso que habitualmente emplea Chávez frente a Estados Unidos. Este papel de contrapeso, ante el proyecto chavista, es el que se pide al Brasil desde hace tiempo. Esta labor sin embargo no se basa en excluir a Venezuela de los proyectos brasileños, muy al contrario, se trata de integrarla para así neutralizar la posible competencia, como así ha ocurrido en esta ocasión*¹⁸¹⁹.

En la Cumbre Extraordinaria de la UNASUR, celebrada en Brasilia, el 23 de mayo de 2008²⁰, los Presidentes sudamericanos dieron un paso decisivo para el proceso de integración. Después de meses de debate sobre el formato que debería asumir el proceso de integración, se aprobó el texto final del Tratado Constitutivo de la UNASUR. El documento es el resultado de la discusión sobre los acuerdos de más de tres años de cumbres: Cuzco (2004), Brasilia (2005), Cochabamba (2006) e Isla Margarita (2007). Es el primer Tratado Internacional negociado y firmado en conjunto por la totalidad de los países suramericanos.

*Para comenzar, se trata del primer Tratado Internacional negociado y firmado en conjunto por la totalidad de los países suramericanos. Nuestros países han firmado tratados bilaterales, subregionales como los andinos o los del Mercosur, o a una escala mayor el Tratado de Cooperación Amazónica; pero es la primera vez que un documento de esta naturaleza se negocia y firma por todos y recibe un nombre dedicado a Suramérica como conjunto*²¹.

El objetivo central de la UNASUR es construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural,

¹⁸ ALDA MEJÍA, SONIA, "El equilibrio de poderes en Iberoamérica ¿Asumirá Brasil el liderazgo regional junto con sus costes?" http://www.revistatenea.es/RevistaAtenea/REVISTA/articulos/GestionNoticias_1399_ESP.asp, 16 de octubre de 2012.

¹⁹ *Liderazgo reaccionario de Venezuela y su aspiración al sueño bolivariano. El imaginario del liderazgo regional venezolano y su interpretación bolivariana de un mundo multipolar, con cinco polos de poder que equilibren y contrarresten la estrategia estadounidense supone instrumentalización de la región sudamericana no tanto como un espacio de cooperación e integración irrestrictamente sudamericana y sí más como un escenario orientado a debilitar la influencia de Estados Unidos en los ámbitos regional y global.*

²⁰ La negociación del tratado se extendió durante un año, y su firma se retrasó debido a la crisis motivada por la incursión colombiana en territorio ecuatoriano en persecución de las Fuerzas Armadas Revolucionarias Colombianas (FARC).

²¹ CARDONA, DIEGO, "El ABC de UNASUR: doce preguntas y respuestas", *Revista de la Integración: La construcción de la integración suramericana*, Secretaría General de la CAN, nº 2, julio/2008, pp. 19-30, disponible en: <http://www.comunidadandina.org>.

social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente.

Resulta importante establecer que cuando se habla de un “espacio regional” integrado se hace alusión a un “espacio” relacionado con una visión geográfica: Sudamérica, y una agenda temática con fuerte impronta política en las que tiene lugar el proceso de integración. Por lo tanto no se trata de meros acuerdos de libre comercio o de convergencia comercial entre los países. UNASUR tiene prioridades adicionales mucho más importantes que se verán más adelante.

Se puede sostener, entonces, que con UNASUR se busca construir un sistema de relaciones sudamericanas en clave inicios del siglo XXI, cuya determinante pareciera ser el vacío de poder dejado por EE.UU., particularmente, después del 11-S y la consiguiente “guerra contra el terrorismo”²².

*La disminución del interés de Estados Unidos por Suramérica —no así por el conjunto de México, Centroamérica y el Caribe, con los que conforma una América del Norte económicamente integrada de facto— han propiciado una alteración en la correlación de fuerzas regionales, emergiendo proyectos alternativos de proyección exterior y dando lugar a políticas activas de captación de intereses. El disputado liderazgo regional tiene cinco actores principales: Brasil, Venezuela, Colombia, Argentina y Chile, si bien la actuación más sistemática, coherente y convincente es la procedente de Brasilia, que además goza de la potencialidad del país más extenso, más poblado, con mayores recursos naturales y un producto interior muy superior al resto de socios subcontinentales. Los proyectos de cooperación*²³.

Esto pareciera haber dejado un margen de autonomía para aunar esfuerzos para una mayor cooperación e integración. Por otro lado, lo que aparece en el escenario internacional, como las fuerzas promotoras de la multipolaridad, donde Brasil, principal gestor del proyecto, asciende como potencia media y con mayores márgenes de maniobra en el marco del Grupo BRICS.

Pero, debe tenerse en cuenta, la región sudamericana, poseedora de un potencial recursístico relevante, es un espacio complejo de disputas por parte de actores extra regionales interesados en la explotación. Esto la convierte en un espacio de tensión sobre las que se edifica UNASUR.

²² Una de las consecuencias fue la congelación del proyecto de Asociación del Libre Comercio de las Américas y la apertura de negociaciones bilaterales para el establecimiento de tratados de libre comercio.

²³ SEPÚLVEDA MUÑOZ, ISIDORO, “Las relaciones Internacionales en Sudamérica: Liderazgos y Geopolítica. La Creación de UNASUR en el marco de la Seguridad y la Defensa”. Ministerio de Defensa del Reino de España 29. Enero de 2010, p. 18.

Si evaluamos las potencialidades de UNASUR de acuerdo con los criterios convencionales estáticos, no habría dudas de que califica como una de las regiones mejor dotadas del planeta. Sin embargo, ello no puede permitirnos ignorar las complejas relaciones que se tejen en torno a las riquezas de Suramérica como pilares de una construcción integradora, ni subestimar el hecho de que es en países suramericanos donde con mayor fuerza se da hoy el debate cuestionador de los modelos tradicionales de desarrollo, basados en la sobre-explotación de estos recursos. A ello deben añadirse un contexto internacional caracterizado por la resignificación del territorio como asentamiento de los recursos naturales y la agudización de la competición por el acceso a los mismos. Por tanto, la abundancia de tales recursos de los que es poseedora esta región debe ser analizada no sólo como una oportunidad, sino también por el riesgo que supone la disputa internacional por el control de los mismos²⁴²⁵.

La concertación en materia de política exterior

La UNASUR definió, en el Tratado Constitutivo, que su primer objetivo específico es el fortalecimiento del diálogo político entre los Estados Miembros²⁶ que asegure un espacio de concertación para reforzar la integración suramericana y la participación de UNASUR en el escenario internacional. Por la magnitud de Suramérica, por el hecho de contar a Brasil entre sus miembros, por la importancia estratégica de la región, UNASUR cuenta con las condiciones necesarias para convertirse en un socio importante para otros actores mundiales, en procesos de relaciones global-regional.

La concertación entre la CAN y el Mercosur, está sujeta a reuniones periódicas entre sus líderes y Ministros para concretar detalles del proceso

²⁴ REGUEIRO, LOURDES; BARZAGA, MAYRA: 2012: 11.

²⁵ *Diversos son los factores que determinan el renovado interés por los recursos naturales que devienen estratégicos. A la desigual distribución geográfica de los mismos deben sumarse hoy su limitación y expectativas de agotamiento, las dinámicas de privatización/nacionalización, los requerimientos de las nuevas tecnologías, la creciente demanda de recursos y productos originada en países con un rápido crecimiento (potencias emergentes). La conjunción de estos factores en un contexto de deterioro ambiental que ha agudizado el déficit de algunos de estos recursos para países de ingresos altos y medios, ha provocado que la competición y la lucha por el acceso a los recursos naturales se haga extensiva a las fuentes de agua y a la tierra cultivable.* REGUEIRO, LOURDES; BARZAGA, MAYRA: 2012: 11.

²⁶ Art. 14 del Tratado Constitutivo de UNASUR: *La concertación política entre los Estados Miembros de UNASUR será un factor de armonía y respeto mutuo que afiance la estabilidad regional y sustente la preservación de los valores democráticos y la promoción de los derechos humanos.*

Los Estados Miembros reforzarán la práctica de construcción de consensos en lo que se refiere a los temas centrales de la agenda internacional y promoverán iniciativas que afirmen la identidad de la región como un factor dinámico en las relaciones internacionales.

de integración y actuaciones externas del bloque suramericano. A través del diálogo constante es posible obtener una mayor relevancia en las acciones externas: como puede ser la construcción de un consenso en torno a procesos que hoy se encuentran en la agenda multilateral, como por ejemplo, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o la OMC. Esta coordinación política está guiada por unos principios políticos del multilateralismo y el derecho internacional para así reforzar el papel de América del Sur como un actor global.

La práctica del multilateralismo es un instrumento en la construcción de un nuevo orden internacional, más justo e igualitario, con reflejos en el ámbito social. Teniendo en cuenta, que la propuesta de integración suramericana tiene como principal objetivo combatir la pobreza, los mandatarios suramericanos van a trabajar para lograrlo teniendo como herramienta, la promoción del multilateralismo en las relaciones internacionales.

Defensa y Seguridad en UNASUR

Otra característica que distingue a UNASUR del resto de los procesos de integración latinoamericanos es la agenda de cooperación en defensa y seguridad y la complementación de industrias militares.

Desde el año 2001, las cuestiones de seguridad condicionan las agendas de la mayoría de los países. Sudamérica no está al margen de ello. Analistas consideran que la agenda de seguridad de UNASUR tiene la impronta brasileña. Su condición geográfica lo obliga a resguardarse en un momento en que la transnacionalización hace casi imposible el control de los movimientos de fuerzas negativas como el delito internacional que perforan las fronteras. De allí que las FFAA brasileñas hayan dirigido su mirada hacia la Amazonía diseñando un proyecto de desarrollo y seguridad en la región norte atendido a las nuevas amenazas relacionadas con el terrorismo internacional, el narcotráfico, el tráfico ilegal de armas y la explotación de los recursos naturales.

El interés nacional brasileño y su proyección como potencia emergente necesitan que América del Sur se afirme como zona de paz, por una parte; pero también, que se preserve de la intervención e injerencia de los Estados Unidos. En ese marco se entiende el Consejo de Defensa Estratégica y el impulso de un nuevo sistema de defensa, tal vez, interamericano²⁷.

²⁷ SACCONI, MARÍA ALEJANDRA, "UNASUR: Visiones desde el MERCOSUR". *Revista de la Integración: La construcción de la integración suramericana*, Secretaría General de la CAN, n° 2, julio/2008, pp. 19-30, disponible en: <http://www.comunidadandina.org>.

La defensa de América del Sur abarca distintos ámbitos, entre ellos, la seguridad ciudadana y la seguridad ambiental, militar y de la soberanía. Para profundizar el debate sobre la seguridad y la defensa y sentar las bases para la conformación de una futura política. Los Ministros de Defensa de los países de la UNASUR se reunieron en Bogotá el 14 de julio de 2006. En la reunión estuvieron presentes los Ministros de Defensa de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Surinam así como delegados de Chile, Uruguay, y Venezuela y el Secretario General de la UNASUR. Además, contó con la presencia de la Secretaría Permanente de la OTCA, que aprovechó la oportunidad para reunir a sus Ministros y debatir sobre defensa para la Amazonia.

La I Reunión de Ministros de Defensa de la UNASUR, tiene como antecedentes políticos la Declaración de Zona de Paz Suramericana, la I Cumbre de la UNASUR, realizada en Brasilia los días 29 y 30 de septiembre de 2005 y la II Reunión del Foro Suramericano de Consulta y Concertación de Política de la Comunidad Suramericana de Naciones, realizada en 2006, en Lima. En la ocasión, los Ministros reflexionaron sobre la visión común sudamericana referente al narcotráfico, a los desastres naturales, y el papel de las fuerzas armadas. Para reforzar el proceso de integración en materia de defensa, declararon la necesidad de promover la cooperación entre los países suramericanos de las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Seguridad y la búsqueda de conformidad jurídica para consolidar a Suramérica como un área de paz y estabilidad. De esta forma, será posible desarrollar una política que permita un combate más efectivo a los diversos problemas y amenazas en los países de la región.

Para dar seguimiento a la agenda acordada en esta primera reunión, los Ministros de Defensa se comprometieron a realizar reuniones temáticas para intercambiar información y promover la cooperación tecnológica entre los países con vistas a combatir y prevenir el crimen organizado. Al término de la reunión se suscribió la Declaración de Bogotá, que definió que los Ministros se reunirán cada dos años. Para dar seguimiento a la agenda de seguridad suramericana, se realizarán rondas de conversaciones entre los Altos Mandos Militares, se implementarán medidas para la solución pacífica de posibles incidentes en las zonas de frontera, se realizará intercambio de personal civil y militar para formación y capacitación. Los Ministros expresaron su compromiso de promover acciones concretas, a través de los Ministerios de Defensa, para mejorar las capacidades de las Fuerzas Armadas de Sudamérica.

También se debatió la representación exterior de América del Sur y la participación de los países de la UNASUR en las operaciones de paz, establecidas por las Naciones Unidas, donde destacaron la "Misión de Na-

ciones Unidas para la Estabilización de Haití”, representa un importante y valioso aporte al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y al afianzamiento de los lazos de solidaridad y apoyo entre las mencionadas naciones. La participación de algunos países de la UNASUR en las misiones de paz de la ONU, favorece la formación de una imagen positiva y solidaria de los países de la región en el escenario internacional. Conforman un panorama efectivo de las fuerzas armadas suramericanas favoreciendo futuras acciones de estabilización de la paz. Estas acciones son parte del surgimiento de América del Sur como actor global de relevancia en el escenario internacional.

La defensa territorial suramericana debe ser vista como una de las prioridades de la UNASUR. En un territorio tan amplio y con una diversidad natural tan rica, es necesario acciones conjuntas para combatir el narcotráfico y otros problemas como la devastación ilegal de la Amazonia. La Cumbre Extraordinaria de la UNASUR, celebrada en Brasilia, el 23 de mayo de 2008, debatió los temas de defensa y seguridad. Estaba en juego la idea brasileña de crear un Consejo de Defensa Suramericano.

La propuesta de conformar un foro de cooperación militar entre los gobiernos de América del Sur para prevenir desastres naturales, promover trabajos conjuntos, defensa territorial fue presentada por el anfitrión del evento, Lula da Silva. También para tratar los probables conflictos territoriales entre los países, como lo ocurrido entre Ecuador, Colombia y Venezuela en marzo de 2008, donde una acción militar colombiana invadió territorio ecuatoriano que resultó en la muerte de uno de los principales guerrilleros de las FARC, Reyes.

La iniciativa de crear un Consejo de Defensa Sudamericano buscaría prevenir conflictos en la región, tales como los que enfrentó a Colombia con Ecuador y Venezuela en marzo de 2008. Se da en el marco de la reevaluación de las funciones de las Fuerzas Armadas en América Latina tras el final de la guerra fría: de un concepto de mera defensa territorial frente a una posible agresión, en la concepción clásica, a un nuevo concepto en el que prima la ampliación de la idea de seguridad y el rediseño del papel de las Fuerzas Armadas. Entre esas actividades ampliadas están, como se advirtió *supra*, aquellas realizadas por Naciones Unidas como misiones de paz, tal el caso de Haití. La Misión de Naciones Unidas en Haití se convirtió en un importante laboratorio de conducción de tropas multinacionales regionales y extra regionales. Pero en el horizonte se alzan otros posibles casos, en aquellos focos de inestabilidad extra regionales que pueden llegar a tener consecuencias en Sudamérica²⁸.

²⁸ La Diplomacia brasileña presentó su propuesta por las manos del Ministro de Defensa brasileño, Nelson Jobim, quien visitó a todos los países de América del Sur. La intención fue

El Consejo de Defensa Suramericano fue creado oficialmente en la reunión del Consejo de Presidentes de UNASUR que se celebró en Costa do Saúpe, Brasil, el 16 de diciembre de 2008. Se aprobó la creación del Consejo de Defensa Suramericano como mecanismo de consulta, cooperación y coordinación en materia de defensa de acuerdo con su Tratado Constitutivo. Tiene como objetivo consolidar América del Sur como una zona de paz, construir una identidad suramericana en defensa y fortalecer la cooperación buscando alcanzar consensos. Los principios más importantes que guiarán el Consejo de Defensa son: el respeto irrestricto a la soberanía, integridad e inviolabilidad territorial de los Estados, la no intervención en sus asuntos internos y a la autodeterminación de los pueblos. Ratifica la plena vigencia de las instituciones democráticas, el respeto a los derechos humanos y rechazo a grupos armados.

Este organismo no supone una alianza militar convencional sino sólo un foro para promover el diálogo entre los ministros de Defensa sudamericanos, creando un mecanismo de integración que permita discutir las realidades y necesidades defensivas de los países de América del Sur, reducir los conflictos y desconfianzas y sentar las bases para la futura formulación de una política común en esta área.

Conclusión

América del Sur asiste, a partir del último decenio, a un cambio en sus relaciones internacionales, tanto *ad intra* como *ad extra* del espacio regional. Los cambios se deben a procesos estructurales globales y a la influencia que estos ejercen en el plano de la Región.

UNASUR nació como una organización dotada de personalidad jurídica internacional, con su Tratado Constitutivo y enmiendas depositadas en la Secretaría de la ONU. Su antecedente es la Comunidad Suramericana de Naciones, que dio soporte para evolucionar en el proceso de integración. Su objetivo de mayor alcance es hacer de América del Sur un actor global relevante en el escenario internacional.

Por otra parte, y como característica no menor, UNASUR es un proceso intergubernamental que otorga relevancia a los principios de soberanía nacional, no injerencia en asuntos internos de los países. Desde su gestación puede observarse un juego de liderazgos que se producen a

explicar en qué consistía el plan para crear el Consejo de Defensa. En la Cumbre Extraordinaria de la UNASUR en Brasilia, 23 de mayo de 2008, los Presidentes suramericanos decidieron postergar la fecha de lanzamiento del Consejo de Defensa, debido a discrepancias de Colombia, que se justificó defendiendo que es necesario un debate profundo debido al problema del terrorismo y narcotráfico en su territorio.

partir de: a) un debilitamiento de la hegemonía norteamericana, b) una pragmática política exterior brasileña, sustentada en el *softpower* y c) una política exterior antiimperialista y antinorteamericana desplegada por Venezuela, sustentada en el *hardpower*.

Bibliografía Consultada

AMORIN, CELSO, "Conceptos y estrategias de la diplomacia del gobierno Lula" en Revista *Diplomacia, Estrategia y Política*, octubre-diciembre/2004.

CARDONA, DIEGO, "¿Tiene futuro la Comunidad Suramericana de Naciones?", *Foreign Affairs en Español*, volumen 5, número 5. 2005.

CIENFUEGOS, MANUEL, *¿Las relaciones entre la Comunidad Andina y el Mercosur: una asociación (in)viable?*, Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 2005, Bilbao, Universidad del País Vasco. 2006.

FRERES, CHRISTIAN y SANAHUJA, JOSÉ ANTONIO (coords.), *Los nuevos mapas de la integración regional en América Latina*, Madrid, ICEI/Ed. Complutense, 2009.

FRIEDERICH EBERT STIFTUNG, "UNASUR: una instancia de integración de nuevo tipo", en *Análisis y Propuestas*, Santiago, Chile, 2009 (www.fes.cl).

JARRIN, OSWALDO, "Geopolítica suramericana", *Diario El Universo*, Guayaquil, 19/08/2005, disponible en: <http://archivo.eluniverso.com/2005/08/19/0001/21/593D14FE1ABE4E02994CB82E8A3C8294.aspx>.

LEVENS, MARÍA, "La política exterior de la República de Surinam", Revista *Diplomacia, Estrategia y Política*, octubre diciembre/2004.

MOTTA, PEDRO y RÍOS, SANDRA, "O Regionalismo pós-liberal na América do Sul: origens, iniciativas e dilemas". Santiago de Chile, *Comisión Económica de los Países de América Latina*, serie comercio internacional, número 62, julio 2007.

SANAHUJA, JOSÉ ANTONIO, "Regionalismo e integración en América Latina: balance y perspectivas". *Pensamiento Iberoamericano* (nueva época), número 0, febrero 2007.

SANAHUJA PERALES, JOSÉ ANTONIO, "Regionalismo e Integración en clave sudamericana: los orígenes y evolución de UNASUR". En *La creación de UNASUR en el marco de la seguridad y la defensa*. Documentos de Seguridad y Defensa Nro. 29. Ministerio de Defensa. Madrid, 2010.

SEPÚLVEDA, ISIDORO, "La nueva geopolítica latinoamericana". Revista *Política Exterior*, España, nº 116, marzo-abril/2007.

SEPÚLVEDA MUÑOZ, ISIDRO, "Las relaciones internacionales en Sudamérica: Liderazgos y Geopolítica". En *La creación de UNASUR en el marco de la seguridad y la defensa*. Documentos de Seguridad y Defensa Nro. 29. Ministerio de Defensa. Madrid, 2010.

SAU, JULIO A., *Nuevos temas en la integración latinoamericana del siglo XXI*. Friedrich Ebert Stiftung.



LA FRAGILIDAD DEL ESTATUTO PERSONAL EN LA PROTECCIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DE LOS ADULTOS MAYORES†

*Luis Cruz Pereyra**
*Roberto A. Vicario***
*Mauricio Mantelli****

Resumen: Unos de los grandes temas en la sociedad de nuestros días es el progresivo envejecimiento de la población, que ha provocado que el número de personas mayores aumente.

El establecimiento de un régimen jurídico de Protección internacional del adulto mayor, muchas veces en situación de dependencia, tiene impacto en los ciudadanos de un Estado y muy especialmente en los extranjeros que residen permanentemente o parte del año en un Estado de acogida, e incluso, para los dependientes de un Estado residentes en el extranjero y emigrantes de un Estado que retornan a su país de origen. La *idea de protección sin incapacitación* del núcleo de población de edad avanzada plantea la necesidad de un régimen de protección jurídica internacional particular, precisamente en atención al envejecimiento.

Palabras claves: Estatuto personal - Adultos Mayores- Protección Jurídica Internacional - Movilidad transfronteriza.

Introducción

El fenómeno de la migración internacional se presenta como un proceso que ha experimentado ciclos ascendentes y decrecientes, desde

† Recibido el 29/05/2013, Aprobado el 09/10/2013.

* Profesor Titular Ordinario de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho - UNCa. Profesor Adjunto de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho y Cs. Ss - UNC. Profesor Titular de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, UCES, Sede San Francisco. Profesor de Posgrado en Universidades nacionales y extranjeras. Secretario de la European Community Studies Association, ECSA-Argentina. Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional-Docente-Investigador: Categoría II- e-mail: lcp@uolsi-nectis.com.ar.

** Profesor de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires-UBA. Miembro Titular y Tesorero de la Asociación Argentina de Derecho Internacional —AADI— e-mail: rvicario@derecho.uba.ar.

*** Profesor Titular de Derecho Internacional Económico, Carrera de Licenciatura en Comercio Exterior. Universidad de Congreso. Sede Córdoba. Profesor Adjunto de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales-UCES, Sede San Francisco. Docente Adscripto de Derecho Internacional Privado, Cátedra "B", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. e-mail: isiomantelli@hotmail.com.

hace más de un siglo. En distintos momentos históricos, y desde diversas regiones, se han producido éxodos importantes de población, ya sea hacia otras regiones de un mismo país o hacia el exterior.

Si bien la mayoría de los flujos migratorios entre las naciones es producto de la pobreza en los países de origen, la migración tiene otros factores relacionados con las condiciones culturales y políticas de los países en desarrollo, que provocan la expulsión de miles de personas a diversos destinos. El mismo plantea cuestiones de difícil resolución: la efectiva integración de los migrantes a la sociedad receptora, la ambivalente relación con su comunidad de origen, la tendencia hacia su exclusión social y la dificultad en lograr el pleno ejercicio de sus derechos.

Los cambios ocurridos en estas últimas décadas deben ser objeto de un análisis de los factores causales de la migración, en sus dimensiones macro estructurales socioeconómicas y políticas, y en función de las transformaciones productivas vinculadas a la desvalorización de la fuerza laboral, el reordenamiento de la jerarquía de los salarios, el deterioro de los servicios básicos y, en muchos casos, el ascenso de los conflictos sociales.

De todas formas, no es posible eludir la gran polaridad existente o el dilema de los diversos países frente al fenómeno migratorio, pues por un lado, encontramos la facultad que tiene toda persona de emigrar, aunque por otro, observamos el complejo tema de la potestad soberana de un Estado o Grupo de Naciones para admitir o rechazar el ingreso de una persona en su territorio.

Unos de los grandes temas en la sociedad de nuestros días es el progresivo envejecimiento de la población, que ha provocado que el número de personas mayores aumente. El envejecimiento de la población va acompañado, muchas veces, de una mayor movilidad de los mayores que en muchos casos, buscan su retiro en lugares apacibles y con condiciones climáticas terapéuticas que no disfrutaban en sus países de origen y deciden instalarse en otros Estados.

Debido a una circulación transfronteriza cada vez mayor de jubilados, entre los que se incluyen adultos vulnerables, la protección jurídica de los mismos debe ser un pilar del derecho a la libre circulación de las personas. Considerando las disparidades que existen entre las legislaciones de los diferentes Estados en el ámbito del estatuto personal y en relación con la situación de los adultos vulnerables, torna necesario la cooperación entre los Estados para reforzar y mejorar el nivel de protección jurídica transfronteriza de las personas mayores de edad.

El establecimiento de un régimen jurídico de protección internacional del adulto mayor, muchas veces en situación de dependencia, tiene impacto en los ciudadanos de un Estado y muy especialmente en los ex-

tranjeros que residen permanentemente o parte del año en un Estado de acogida, e incluso para los dependientes de un Estado residentes en el extranjero, y emigrantes de un Estado que retornan a su país de origen¹. Todo ello es el eje fundamental de la reflexión realizada en este trabajo.

I. El estatuto personal

Desde puntos de vista postmodernos, se ha defendido el papel del Derecho internacional privado como un “canal de comunicación entre culturas”². En este sentido, nuestra disciplina estaría llamada a proporcionar cauces de convivencia, integración y respeto de esa diversidad. Sin embargo, también el Derecho internacional privado debe suministrar los límites de la tolerancia de la diversidad cultural.

En la consecución de estos objetivos, el Derecho internacional privado comparado arroja luces y sombras y se enfrenta a algunos problemas de alcance general en el tratamiento del llamado tradicionalmente “*estatuto personal*”³. Los conflictos interculturales que suscitan las distintas concepciones sobre el mismo, requieren una respuesta adecuada por parte del Derecho internacional privado.

Se designa como *estatuto personal* al conjunto de materias concernientes a la persona —en tanto tal—, en la vida social o, según el caso, al conjunto de leyes que se le aplican.

La noción del estado de las personas comprende, en el Derecho internacional privado el estatuto individual: estado civil, nombre, domicilio y capacidad, que engloba a la vez la determinación de la incapacidad y la protección del incapaz. Dada la importancia que actualmente tiene la nueva categoría de los derechos de la personalidad, Audit⁴ se pregunta si no sería conveniente incluirlos también en el *estatuto personal*.

Dentro del *estatuto personal* se incluye el estatuto familiar, aunque sobre su contenido no existe unanimidad en las diversas legislaciones. Si bien todos están de acuerdo en incluir los llamados derechos extrapatrimoniales —matrimonio, divorcio, filiación—, no sucede lo mismo en lo

¹ Cfr. DURÁN BERNARDINO, M. (2011), “Protección jurídico-social de los extranjeros dependientes”. En GARCÍA CASTAÑO, F. J., y KRESSOVA, N. (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía* (pp. 815-826). Granada: Instituto de Migraciones. ISBN: 978-84-921390-3-3.

² Cfr. SÁNCHEZ LORENZO, S., “Postmodernismo y derecho internacional privado”, *R.E.D.I.*, vol. XLVI (1994/2), pp. 576-580; E. JAYME, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne (Cours général de droit international privé)”, *R. des C.*, T. 251 (1995), esp. pp. 262-264.

³ SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, “Globalización, pluralidad cultural y derecho internacional de la familia”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 17, Madrid, 2005, p. 101.

⁴ AUDIT, BERNARD, *Droit International Privado*, París, Editorial Económica, 1997, p. 114.

que respecta a los derechos patrimoniales. Así, por ejemplo, el derecho peruano incluye en este estatuto los regímenes de bienes del matrimonio, e incluso el derecho sucesorio; otros derechos, como es el caso del derecho francés, excluyen estas materias del estatuto personal, vinculando los regímenes matrimoniales al régimen de los contratos y las sucesiones al estatuto real⁵.

En lo que concierne a la delimitación del ámbito de aplicación sustantivo del estatuto personal y, por ende, del supuesto de hecho de las normas de conflicto de los diferentes sistemas de Derecho internacional privado para determinar el ordenamiento nacional aplicable al mismo, un análisis de Derecho comparado nos ofrece un panorama que, en esencia, se resume en la existencia de tres concepciones⁶:

1.- La *estricta*, en la que el estatuto personal estaría conformado por *el estado civil y la capacidad* como consecuencia de una consideración de *la persona como individuo aisladamente considerado*;

2.- La *intermedia*, que añadiría a lo anterior las *relaciones de familia* por entender a *la persona en su calidad de miembro de una institución familiar*; y

3.- La *amplia* que agregaría a lo precedente la *sucesión mortis causa* por asentarse en un concepto de *la persona como miembro de una sociedad*.

Respecto a la conexión del estatuto personal no existe acuerdo entre los diversos sistemas jurídicos, dividiéndose las opiniones entre los participantes de la *ley del domicilio* y los de la *ley nacional*. Los países latinoamericanos, los anglosajones y los escandinavos se inclinan por la ley del domicilio, mientras que los países de Europa continental, los del Medio Oriente y los de Extremo Oriente optan por la ley nacional⁷.

A. La disyuntiva entre nacionalidad, domicilio y residencia habitual

La disyuntiva entre la integración-asimilación del inmigrante y el respeto a su identidad cultural suele justificar la opción respectiva entre

⁵ DELGADO BARRETO, CÉSAR, DELGADO MENÉNDEZ, MARÍA ANTONIETA, CANDELA SÁNCHEZ, CÉSAR LINCOLN, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Tº I, Conflicto de Leyes, Parte General, Fondo Editorial, Dirección Académica de Investigación, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006, p. 188.

⁶ RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS, Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de I+D del Ministerio de Educación y Ciencia del Gobierno de España "La europeización del derecho de familia" (DER2008-05299/JURI), *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2010), Vol. 2, Nº 1, pp. 186-202, ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt.

⁷ DELGADO BARRETO/CÉSAR, DELGADO MENÉNDEZ, MARÍA ANTONIETA, CANDELA SÁNCHEZ, CÉSAR LINCOLN, ob. cit., p. 188.

la ley de la nacionalidad o la del domicilio o la ley de la residencia habitual como conexiones para determinar la ley aplicable.

1. Argumentos a favor de la ley de la nacionalidad

El primer argumento esgrimido es el de su *estabilidad*. Se estima, por una parte, que la ley nacional es la más respetuosa con la identidad cultural en la medida en que refleja la ley de origen del individuo, aquella con la que presenta un vínculo personal más estrecho. Sin duda esto ocurre así en muchos casos, pero la asimilación entre identidad nacional e identidad cultural tiende a difuminarse en muchas otras hipótesis. Por una parte, la remisión a la ley nacional puede conducir a sistemas jurídicos religiosamente comprometidos, imponiendo al inmigrante la aplicación de una ley nacional que presupone ciertas creencias, en contra de su auténtica libertad personal⁸, o, incluso, de los propios cambios sociales no reconocidos por el sistema jurídico estatal. Asimismo, muchos Estados son esencialmente multiculturales, y la diversidad de legislaciones no ampara una diversidad de nacionalidades. La pluralidad legislativa de base personal implica, en estos países, el célebre problema de la remisión a sistemas plurilegislativos donde la ley nacional debe exceptuarse a favor de conexiones más abiertas, “vínculos más estrechos” o “principio de proximidad”. Pero, en segundo lugar, los movimientos migratorios han generado, como se ha dicho, la presencia de grupos o minorías pertenecientes a otra cultura, que terminan accediendo a la nacionalidad del Estado de acogida, aunque sea en sucesivas generaciones. También esta convivencia multicultural justifica una disgregación de los propios ciudadanos de origen de dichos Estados. Es perfectamente posible que un ciudadano nacional de un Estado adquiera la nacionalidad del Estado de acogida, sin perder por ello sus rasgos culturales. Estas situaciones generan “conflictos” que no deben descartar soluciones muy parecidas a las propias de las situaciones internacionales, en especial, recursos como el análisis en dos escalones⁹.

⁸ Cfr., PASTORE, F., “Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in francia e in italia,” *Riv.dir.int.*, 1993, p. 145.

⁹ *Las Sentencias. Hoge Raad de 18 de noviembre de 1983, 28 de noviembre de 1984 y 30 de marzo de 1984*, extraídas por H. Jessurun d’Oliveira, ilustran este método en sendos supuestos de contratos laborales con elemento internacional, en que el despido afectaba, respectivamente, a ciudadanos chino, marroquí y turco, empleados en los Países Bajos. Pese a la aplicabilidad de la ley holandesa (*lex fori* y *lex causae*), el Tribunal tuvo en cuenta la diversidad cultural del caso y el Derecho de origen para determinar cuestiones tales como la configuración de la relación patrono-empleado o la legitimidad de una ausencia laboral motivada por razones de desplazamiento al país de origen o convicciones religiosas (Ramadán). SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, “Globalización, pluralidad cultural y derecho internacional de la familia”, ob. cit., p. 102.

2. Argumentos a favor de la ley del domicilio

Los principales argumentos expuestos a favor de la ley del domicilio son los siguientes:

1º Se invoca que esta conexión es la más conveniente al interés de los individuos, a quienes les conviene estar sometidos a la ley donde viven. Este es el argumento central que esgrimen los anglosajones.

2º Como el estatuto personal comprende el estatuto familiar, en caso de matrimonios mixtos, como los esposos tienen generalmente el mismo domicilio, no existe dificultad si se aplica la ley del domicilio, que es la ley personal de ambos consortes. La ley del domicilio permite en la gran mayoría de los casos designar una ley única para regir el estatuto personal¹⁰.

3º La situación demográfica de los países tiene importancia en la elección de la ley aplicable al estatuto personal. El interés de los Estados de inmigración es que los extranjeros que se radican como inmigrantes sean asimilados lo más rápidamente posible, y esto se logra más fácilmente sometiendo su estatuto personal a la ley del domicilio¹¹.

Se invoca, además, que es la más conveniente al *interés de los individuos*.

3. Criterio de la residencia habitual

La aplicación de la *ley de la residencia habitual*, por su parte, fomenta la integración del extranjero, que ve sometidas sus relaciones personales y familiares a la ley del país de inmigración. Los movimientos migratorios provocan una gran rigidez de las normas de extranjería, de forma que resulta común que el acceso a la nacionalidad del Estado de acogida requiera un período de residencia, por otra parte “legal”, sumamente largo y de justificación compleja. Afirma Sánchez Lorenzo que si bien, en estos supuestos, el inmigrante no accede a la nacionalidad, ostenta, sin embargo, una suerte de “*nacionalidad sociológica*”. Al resultar aplicable la ley nacional, la política de extranjería está “contaminando” la regla relativa al estatuto personal (ley nacional) que pretende aplicar la ley más próxima al sujeto. Si se quiere respetar este valor sin modificar las normas de inmigración, sólo cabe preferir la “*nacionalidad sociológica*” o anticipar dicha nacionalidad a los efectos del Derecho aplicable, mediante el recurso a la “ley

¹⁰ DELGADO BARRETO, CÉSAR, DELGADO MENÉNDEZ, MARÍA ANTONIETA, CANDELA SÁNCHEZ, CÉSAR LINCOLN, ob. cit., p. 188.

¹¹ DELGADO BARRETO, CÉSAR, DELGADO MENÉNDEZ, MARÍA ANTONIETA, CANDELA SÁNCHEZ, CÉSAR LINCOLN, ob. cit., p. 188.

de la residencia habitual". A través de esta alternativa se estaría facilitando la propia integración del inmigrante¹².

Nos, dice Audit, que el concepto de residencia habitual se separa tanto del concepto de *domicilio* como de la *nacionalidad*, en el sentido que quiere ser puramente localizador, desligado de toda la connotación de pertenencia a un Estado, pero que está incuestionablemente más próximo al concepto de *domicilio* que al de la *nacionalidad*¹³.

B. El papel de la autonomía de la voluntad

La fuerza expansiva de la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado no patrimonial es una realidad¹⁴, y afecta en primer término a aquellas instituciones del Derecho no patrimonial que revelan, sin embargo, un alcance económico o patrimonial: régimen económico matrimonial y sucesiones; pero se extiende también a materias estrictamente personales: efectos del matrimonio, divorcio, nombre y apellidos¹⁵.

Audit¹⁶, por su parte, expresa que si bien el estatuto personal es una materia tradicionalmente considerada como imperativa, la evolución de las costumbres en la mayor parte de los países europeos ha traído como consecuencia la reforma del derecho de familia. Esto ha llevado a considerar el estatuto personal como un aspecto de la vida privada de los individuos y, por consiguiente, a la necesidad de tener en cuenta su voluntad. Esta tendencia individualista aparece igualmente en los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos¹⁷.

Dentro de este contexto parece natural permitir a la persona cuyo estatuto está vinculado a más de una ley, elegir alguna de ellas susceptibles de aplicarse. Sin embargo, la eventual elección no puede ser ilimitada, sino que debe quedar circunscripta a las leyes que presentan un lazo significativo con la situación¹⁸.

¹² SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, "Globalización, pluralidad cultural y derecho internacional de la familia", ob. cit., p. 103.

¹³ Cfr. AUDIT, BERNARD, ob. cit., pp. 131-133.

¹⁴ Cfr. SÁNCHEZ LORENZO, S., "El principio de libertad personal en el derecho internacional privado de la familia", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 4, 2001, pp. 207-230.

¹⁵ SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, "Globalización, pluralidad cultural y derecho internacional de la familia", ob. cit., p. 103-104.

¹⁶ Cfr. AUDIT, BERNARD, ob. cit., pp. 131-133.

¹⁷ DELGADO BARRETO/CÉSAR, DELGADO MENÉNDEZ, MARÍA ANTONIETA, CANDELA SÁNCHEZ, CÉSAR LINCOLN, ob. cit., p. 191.

¹⁸ DELGADO BARRETO/CÉSAR, DELGADO MENÉNDEZ, MARÍA ANTONIETA, CANDELA SÁNCHEZ, CÉSAR LINCOLN, ob. cit., pp. 191-192.

C. Correctivos materiales

1. Método del segundo escalón

La perspectiva conflictual no es suficiente, sin embargo, para dar una respuesta completamente eficiente a las situaciones personales internacionales en que colisionan distintas concepciones culturales, pues la técnica conflictual “nacionaliza” situaciones heterogéneas y genera “*conflictos ocultos*”. El análisis en dos escalones trata de dar respuesta, desde el Derecho de familia, a esta dificultad clásica del planteamiento savignyano. En estos casos, aunque el primer escalón remite a la *lex fori*, en un segundo escalón se tiene en cuenta el elemento extranjero e intercultural para interpretar el Derecho nacional a la luz del Derecho extranjero, quizá considerado como simple dato, con el único fin de incorporar a la decisión las diferencias culturales, religiosas y sociales que pueden apuntar a una decisión más modulada o incluso antagónica respecto de aquellos supuestos en que no concurren tales diferencias¹⁹.

2. El orden público internacional

El correctivo clásico del “orden público internacional”²⁰ se erige como un elemento de equilibrio insoslayable en un sentido inverso: como “límite a la tolerancia”. El fundamento o razón de esta excepción está en la defensa de ese reducto o núcleo básico de principios y valores del ordenamiento del foro que es, por así decirlo, su personalidad, frente a los ataques de normas extranjeras que, inicialmente, fueron llamadas por la norma de conflicto del foro.

Podemos señalar que en esta cuestión, ya sea en lo referente a la determinación del concepto como a su aplicación práctica, nos encontramos frente a un tema de interpretación de la ley, que es en definitiva el de mayor trascendencia en el mundo jurídico y para resolverlo, entra en juego el complejo cultural de formación del intérprete, quien en cada caso reaccionará de acuerdo a su razón subjetiva.

Aunque deba partirse de un concepto “atenuado” de orden público, que limite su intervención a aquellos casos en que resulte auténticamente imprescindible para garantizar una protección material e individual de los derechos fundamentales, su presencia es inevitable. El correctivo

¹⁹ SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, “Globalización, pluralidad cultural y derecho internacional de la familia”, ob. cit., p. 108.

²⁰ El OP, en el sentido técnico en que aquí lo utilizamos, está constituido por los valores fundamentales de una comunidad, en un momento determinado, manifestados básicamente en una serie de principios y concretados generalmente en ciertas normas.

debe funcionar en todo caso con la necesaria sensibilidad hacia la diversidad cultural, lo que no es incompatible con una tutela efectiva de los derechos humanos. En Europa, este planteamiento ha trascendido a la hora de interpretar el correctivo de orden público, particularmente en el ámbito del Derecho de familia.

Jayne²¹ se refiere a la concreción del orden público como correctivo funcional, concretamente cuando la pauta de valoración se extrae de un convenio internacional, aunque no se halle en vigor en el foro. Pues bien, con carácter general, esta apertura valorativa, fruto del fenómeno multicultural, redundaría en beneficio de un principio de libertad personal, reconocido con carácter general en las Constituciones de los países occidentales. A ello se añade, como contrapunto, que los movimientos migratorios generan una vinculación de las relaciones jurídicas familiares con el país de inmigración que muy a menudo parece justificar una acción discriminada del orden público, que se ampara no tanto en parámetros jurídicos como antropológicos. En muchos casos, la normativa extranjera contraria al orden público encuentra una explicación antropológica que no es ya defendible en otro contexto territorial y cultural, lo que facilita la actuación del correctivo de orden público y el papel dominante de la *lex fori*²².

La diversidad de estatutos personales pone de relieve que la variabilidad de las migraciones influye ciertamente en la ley aplicable al estatuto personal, razón por la cual, se presentan conflictos en los casos de la circulación internacional de las personas físicas. En los supuestos transfronterizos que se presentan por las migraciones de adultos mayores, que necesitan de una protección particular precisamente en atención al envejecimiento, queda en evidencia la fragilidad del estatuto personal al que están sujetos, pues la variabilidad del estatuto personal converge con la variabilidad del hecho migratorio.

Es por ello, que consideramos la necesidad de contar con un instrumento internacional jurídicamente vinculante que asegure el goce efectivo de los derechos de las personas de edad avanzada.

II. La protección jurídica internacional de las personas de edad o adulto mayor

Como hemos expresado anteriormente, uno de los grandes temas en la sociedad de nuestros días es el progresivo envejecimiento de la población, que ha provocado que el número de personas mayores aumente.

²¹ Citado por SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, "Globalización, pluralidad cultural y derecho internacional de la familia", ob. cit., p. 108.

²² SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, "Globalización, pluralidad cultural y derecho internacional de la familia", ob. cit., p. 109.

El envejecimiento poblacional constituye una revolución demográfica que es necesario conocer y potenciar. Vivir más años es un logro histórico que debe reflejarse en: readecuación de las políticas públicas, formulación de las legislaciones nacionales, organización de la sociedad, adecuación de las respuestas diferenciadas de los Estados a los cambios de la estructura por edades de la población.

Este proceso de envejecimiento, uno de los más acelerados del mundo, puede caracterizarse por dos fenómenos propios de las últimas décadas: la *baja de las tasas de fecundidad* y el *aumento de la esperanza de vida*. Según documentos de la CEPAL²³, aunque a corto plazo la región registrará una baja de la relación de dependencia demográfica total (el número de niños y adultos mayores por cada persona en edad de trabajar), ya en el año dos mil veinticinco el proceso de envejecimiento pasará a dominar la fecundidad y la tasa global de dependencia de la región aumentará persistentemente. Según opinión de los demógrafos de la Organización de Naciones Unidas-ONU, es muy probable que, en un plazo de cincuenta años, haya por primera vez en la historia más personas mayores de sesenta años que niños menores de quince. Mientras ahora una de cada diez personas tiene menos de sesenta años, en el año dos mil cincuenta la proporción será de una por cada cinco. Y se espera que las cifras de los que tienen más de ochenta años (“personas de edad mayores”) se quintuplique²⁴.

- El aumento espectacular de la expectativa de vida aunque, en ocasiones, acompañada de una fuerte dependencia familiar, sanitaria y social;
- el descenso de la natalidad que ha reducido considerablemente el número de miembros de la familia y por tanto el principal potencial protector de este tipo de personas;
- la carrera por los logros científicos a costa, en ocasiones, del sacrificio de valores y principios naturales del ser humano;
- el fenómeno migratorio multicausal, que ha llevado a los jóvenes a salir de sus núcleos familiares por imposición de la llamada globalización como fenómeno económico de implicación social, política y cultural y a los mayores a buscar su retiro en lugares apacibles y con condiciones climáticas terapéuticas;

²³ Comisión Económica para América Latina.

²⁴ A tal fin, tomamos en cuenta, el esquema de análisis de los Documentos de la CEPAL los cuales se apoyan en abundante material gráfico, que ilustra los principales mensajes del diagnóstico y sus posibles repercusiones en materia de políticas, legislación y planes sobre envejecimiento.

- la desestructuración de los núcleos familiares fruto de algunas de las causas mencionadas y de otras de fuerte impacto social y familiar.

Todo ello, ha provocado un aumento paulatino del número de mayores dependientes en diferente grado, con núcleos familiares reducidos o desestructurados y con grandes limitaciones para hacerse cargo del equilibrio integral físico, emocional, social y económico que necesitan estas personas.

A. La concepción de las personas mayores como sujetos de derecho

Las personas mayores son sujetos de especiales derechos, cuya concreción avanza rápidamente, tanto en el campo del Derecho Internacional, Comunitario y de la Integración, como en el del Derecho de fuente autónoma. El desafío es enorme, debido a que en el contexto actual, junto con lograr que las personas mayores sean reconocidas como sujetos de derechos, se deben crear reglamentos, políticas e instituciones que les garanticen su pleno goce y ejercicio.

Al decir de Vicente Blanco, “desde una perspectiva general, se ha abierto un proceso de discusión sobre la existencia de una rama del Derecho que se ocupe de la materia, un verdadero Derecho de la ancianidad”²⁵.

Según Dabove, el proceso de especificación de los Derechos Humanos provocó el desarrollo de dos tipos de fuentes formales aplicables en materia de Derecho de la Ancianidad: 1) los catálogos de los Derechos Humanos que pueden ser directamente aplicables debido a su rango constitucional²⁶, y 2) aquellos documentos que sólo sirven como principios

²⁵ VICENTE BLANCO, DÁMASO JAVIER, “La protección de los adultos en el derecho internacional privado codificado por la conferencia de La Haya: el convenio de 13 de enero de 2000 y sus soluciones”, en *Oñati Socio-Legal Series*, v. 1, n. 8 (2011) – *Ancianidad, derechos humanos y calidad de vida*, ISSN: 2079-5971 ISSN: 2079-5971, p 5. El autor señala que “su más relevante valedora ha sido la profesora argentina de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional de Rosario, Dra. M. Isolina Dabove, con los antecedentes de su maestro, el profesor Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani” (Dabove 2003, 2006a, 2006b; 2008 y 2012; Ciuro Caldani, 1992 y 1995), p. 5. <http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/94>.

²⁶ Dabove menciona: a) *Fuentes de Derecho Internacional*: Declaración de Derechos Humanos de 1948; los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de derechos civiles y de derechos económicos, sociales y culturales de 1966. b) *Fuentes de Derecho Regional Americano*: Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración de Bogotá) de 1948; Declaración Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 1969/84; Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1979; Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1979; c) *Fuentes de Derecho Interno vinculadas con la aplicación de las fuentes internacionales y americanas*: Ley 16.986/66, sobre Acción de Amparo (art. 43 C.N.); Ley 17.454/81 sobre Acción de Amparo contra acto y omisión de un particular (art. 43 C.N.); Ley 23.098/84 sobre Recurso de Habeas Corpus (arts. 43 y 18 C.N.); Ley

orientativos o criterios generales de interpretación jurídica²⁷. Sin embargo, indica Dabove, la consagración final de los Derechos Humanos, siempre “está dirigida tanto a proteger el derecho individual de cada anciano a verse libre de discriminaciones arbitrarias como a exigir medidas políticas de discriminación positiva”²⁸.

La concepción de las personas mayores como *sujetos de derecho* se inserta en un contexto más amplio de análisis teórico-político referido a la atribución de derechos a ciertos grupos desfavorecidos o vulnerables²⁹.

La sociedad y sus instituciones, en términos estructurales e ideológicos, aún no se han adaptado a la nueva composición por edades de la población, y continúan funcionando sobre la base de un imaginario asentado en la juventud.

Los derechos de las personas mayores se encuentran abordados de manera superficial por diversos instrumentos internacionales, ya que a diferencia de otros grupos considerados vulnerables, como mujeres y niños, los derechos de los que debieran gozar no han sido consagrados en un documento global de carácter vinculante y no se cuenta con algún mecanismo que vigile y haga valer la obligatoriedad de la aplicación del conjunto de *Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad*³⁰ en cinco ámbitos principales: *independencia, participación, cuidados, auto-realización y dignidad*³¹.

Recurso de Habeas Data (art. 43 C.N.); Ley 23.592/88 sobre Derechos y garantías constitucionales. Actos discriminatorios. Sanciones para quienes lo ejecuten. Ver. DABOVE M. ISOLINA/PRUNOTTO LABORDE, A., Directores, *Derecho de la Ancianidad. Perspectiva interdisciplinaria*, Rosario, Juris, 2006, ps. 30-31.

²⁷ En este grupo, Dabove menciona a fuentes formales, a las cuales califica como *fuentes de interpretación*: a) *Fuentes interpretativas de Derecho Internacional*: Plan de Acción Internacional de Viena sobre Envejecimiento de 1982; Principios de la ONU a favor de las personas de edad de 1991; Informe sobre los Derechos de las personas de edad en relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —UN. Doc.E/C. 12/1999/16/Rev.1—, de 1995; Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, de 2002; Convención de La Haya sobre Protección Internacional de los Adultos, del año 2000. b) *Fuentes interpretativas de Derecho Regional Americanas*: Código Sanitario Panamericano de 1924; Constitución de la Organización Panamericana de la Salud de 1947; Declaración de Cartagena de Indias sobre Políticas Integradas para las Personas Mayores en el Área Interamericana de 1992; Declaración Gerontológica de La Habana de 1992; Declaración de Montreal de 1999. Ver. DABOVE M. ISOLINA/PRUNOTTO LABORDE, A., Directores, ob. cit., ps. 31-34.

²⁸ DABOVE M. ISOLINA/PRUNOTTO LABORDE, A., Directores, ob. cit., p. 30.

²⁹ Mujeres, Niños (as), Personas con discapacidad, Migrantes, Indígenas.

³⁰ Resolución 46/91, Adoptada por la Asamblea General.

³¹ *Independencia*. 1. Las personas de edad deberán tener acceso a alimentación, agua, vivienda, vestuario y atención de salud adecuados, mediante la provisión de ingresos, el apoyo de sus familias y de la comunidad y su propia autosuficiencia. 2. Las personas de edad deberán tener la oportunidad de trabajar o de tener acceso a otras oportunidades de generar ingresos. 3. Las personas de edad deberán poder participar en la determinación de cuándo y en qué medida dejarán de desempeñar actividades laborales. 4. Las personas de edad deberán tener

B. El enfoque de derechos aplicado a las personas de edad

Como hemos expresado, la demanda de reconocimiento de derechos particulares a grupos desfavorecidos o vulnerables lleva hoy a reivindicaciones grupales o colectivas en las que los sectores o grupos sociales históricamente discriminados, postergados o desaventajados reclaman la remoción de barreras legales, económicas y sociales que impiden o limitan su participación y acceso a distintas esferas sociales. Reclaman asimismo, la visibilización como grupo³², el reconocimiento de diferencias específicas y la remoción de pautas aparentemente neutrales. Todos estos grupos reclaman porque la igualdad formal —de derecho y de hecho— sólo se aplica a determinados grupos sociales (androcentrismo)³³.

La adopción de convenciones específicas para un grupo determinado reafirma la aplicación de aquellos derechos ya reconocidos en

acceso a programas educativos y de formación adecuados. 5. Las personas de edad deberán tener la posibilidad de vivir en entornos seguros y adaptables a sus preferencias personales y a la evolución de sus capacidades. 6. Las personas de edad deberán poder residir en su propio domicilio por tanto tiempo como sea posible.

Participación. 7. Las personas de edad deberán permanecer integradas en la sociedad, participar activamente en la formulación y la aplicación de las políticas que afecten directamente a su bienestar y poder compartir sus conocimientos y pericias con las generaciones más jóvenes. 8. Las personas de edad deberán poder buscar y aprovechar oportunidades de prestar servicio a la comunidad y de trabajar como voluntarios en puestos apropiados a sus intereses y capacidades. 9. Las personas de edad deberán poder formar movimientos o asociaciones de personas de edad avanzada.

Cuidados. 10. Las personas de edad deberán poder disfrutar de los cuidados y la protección de la familia y la comunidad de conformidad con el sistema de valores culturales de cada sociedad. 11. Las personas de edad deberán tener acceso a servicios de atención de salud que les ayuden a mantener o recuperar un nivel óptimo de bienestar físico, mental y emocional, así como a prevenir o retrasar la aparición de enfermedades. 12. Las personas de edad deberán tener acceso a servicios sociales y jurídicos que les aseguren mayores niveles de autonomía, protección y cuidado. 13. Las personas de edad deberán tener acceso a medios apropiados de atención institucional que les proporcionen protección, rehabilitación y estímulo social y mental en un entorno humano y seguro. 14. Las personas de edad deberán poder disfrutar de sus derechos humanos y libertades fundamentales cuando residan en hogares o instituciones donde se les brinden cuidados o tratamiento, con pleno respeto de su dignidad, creencias, necesidades e intimidad, así como de su derecho a adoptar decisiones sobre su cuidado y sobre la calidad de su vida.

Autorrealización. 15. Las personas de edad deberán poder aprovechar las oportunidades para desarrollar plenamente su potencial. 16. Las personas de edad deberán tener acceso a los recursos educativos, culturales, espirituales y recreativos de la sociedad.

Dignidad. 17. Las personas de edad deberán poder vivir con dignidad y seguridad y verse libres de explotación y de malos tratos físicos o mentales. 18. Las personas de edad deberán recibir un trato digno, independientemente de la edad, sexo, raza o procedencia étnica, discapacidad u otras condiciones, y han de ser valoradas independientemente de su contribución económica.

³² Existencia en la agenda de desarrollo.

³³ <http://www.eclac.cl/celade/noticias/paginas/9/34089/SandraHuenchuan.pdf>.

general en otros instrumentos de Derecho internacional³⁴. Son parte de nuevas reivindicaciones para, expandir, especificar y profundizar los derechos humanos; atenuar la alta vulnerabilidad de estos grupos; reconocer los déficits acumulados; y garantizar que las medidas pertinentes presten la debida atención a la situación particular de estos grupos sociales.

El ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de las personas de edad reclama legislación, políticas, planes sobre envejecimiento, a fin de evitar las violaciones de derechos humanos de las personas mayores. Ello plantea un cambio de paradigma, basado en el *enfoque de derechos aplicado a las personas de edad*³⁵, el cual considera que el Derecho internacional de los Derechos humanos es el marco conceptual aceptado y capaz de ofrecer un sistema coherente de principios y reglas en el ámbito de la protección jurídica internacional de las personas mayores³⁶.

III. Convenio de La Haya del 13 de enero de 2000 sobre la protección internacional de adultos

Las migraciones transfronterizas de adultos mayores plantean situaciones jurídicas que dan lugar a conflictos que el Derecho Internacional Privado debe solucionar³⁷ desde el ángulo visual del conflicto de jurisdicciones y de leyes, en pos de la eficacia extraterritorial de las medidas de

³⁴ Vgr. Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); Convención de los Derechos del Niño (1989); Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2007); Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).

³⁵ Principales características de un enfoque de derechos: Mecanismos de responsabilidad Igualdad y no discriminación; Participación y empoderamiento de grupos excluidos; Realización progresiva e indicadores de referencia.

³⁶ Puede verse al respecto: PEREYRA, LUIS CRUZ, "La Protección Internacional de las Personas Mayores. Un cambio de paradigma", en *Nuevos Paradigmas de Familia y su reflejo en el Derecho Internacional*, DREYZIN DE KLOR, ADRIANA/ECHEGARAY, CARLOS EDUARDO, Directores, Editorial Advocatus, Córdoba, Argentina, mayo de 2011, ps. 237 a 270. En este trabajo, el autor resalta los textos jurídicos de las más importantes organizaciones internacionales que, de una u otra forma, servirán de instrumentos de protección de los Derechos de los Adultos Mayores, haciendo un breve análisis de los progresos alcanzados respecto a la incorporación de las personas mayores en los instrumentos internacionales y en el marco más amplio de los derechos humanos.

³⁷ Como por ejemplo, la necesidad de gestionar o vender los bienes de la persona de edad, o de abrir su sucesión, en caso de fallecimiento, en el país de su nueva residencia. Piénsese en la persona extranjera de edad que sufre un accidente en el país de residencia o que ve empeorar su salud y que ya no puede adoptar las decisiones que en ese caso sea necesario tomar en resguardo de la persona o los bienes del adulto. Cfr. VICENTE BLANCO, DÁMASO JAVIER, pág. web cit., p. 5.

protección adoptadas sobre la persona, los bienes y los derechos, de las personas de edad.

Es por ello, que consideramos muy importante destacar que en el ámbito internacional, específicamente en el foro codificador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho internacional privado, se suscribió³⁸ el texto definitivo del *Convenio sobre protección internacional de Adultos*³⁹.

El problema de los adultos mayores o personas de edad es el que han tenido en cuenta todos los Conferencistas de La Haya, ya que, en realidad, las personas incapacitadas son proporcionalmente pocas y la situación resulta más clara y menos compleja que la que se produce en relación a este numeroso grupo de personas que han sido perfectamente capaces, *que no tienen, en principio, ninguna causa de incapacidad* y que, sin embargo, sufren una disminución de sus facultades en razón de la edad, que les impide regir eficientemente su persona y/o sus bienes, con el agravante de ser fácilmente influenciados por terceros, no siempre bien intencionados⁴⁰.

El texto adoptado tiene un interés indudable ya que introduce normas de una gran novedad, no sólo en lo que se refiere a su objeto, es decir, la protección internacional de adultos, sino que también lo tiene en cuanto puede servir de "fermento" para la evolución de la legislación interna⁴¹.

Del breve examen que haremos del referido Convenio puede deducirse el interés del tema y el avance que significa el texto adoptado, que responde a una necesidad evidente.

A. Rasgos Generales del Convenio

El propio Convenio define su ámbito de aplicación cuando refiere que se aplica a las situaciones de carácter internacional de protección de los adultos, quienes en razón de una alteración o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses

³⁸ Con fecha de 13 de enero de 2000. Entrada en vigor: 01-01-2009.

³⁹ Con fecha de 13 de enero de 2000. Entrada en vigor: 01-01-2009, Última actualización: 18-IV-2012, Número de Estados contratantes del Convenio: 7. Alemania, Estonia Finlandia, Francia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa y Suiza. www.hcch.net, http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=71#nonmem#nonmem (11-11/2012).

⁴⁰ HERRERA, MARÍA MARTA LUISA, "Competencia notarial en asuntos no contenciosos. La intervención notarial en la protección del adulto, con especial hincapié en la protección internacional de la persona mayor de edad", *XIII Jornada Notarial Iberoamericana*, <http://www.eldial.com.ar/suplementos/privado/privado.asp>, p. 3.

⁴¹ BORRÁS, ALEGRIA, "Una nueva etapa en la protección internacional de adultos", http://redadultosmayores.org.ar/buscador/files/JURID019Borras_.pdf.

(artículo 1, apartado 1)⁴². La doctrina señala que uno de los puntos más novedosos que introduce el Convenio es la *incidencia de la voluntad del Adulto* al prever la posibilidad que organice su protección cuando todavía está en pleno uso de sus facultades⁴³.

Al respecto debe señalarse que, si bien la situación de los ancianos se tuvo particularmente en cuenta, no son ellos los únicos destinatarios de las regulaciones que comentamos.

A los fines de la aplicación de este Convenio no es necesario que exista medida alguna de incapacitación, que de hecho son poco frecuentes, sino que lo que se tuvo en cuenta es la situación de una persona de edad que no se encuentra en condiciones de proteger sus intereses, en la mayoría de los casos económicos, pero también personales. La protección que contempla en particular, no es la de la persona que tiene disminuidas sus facultades por causa de una enfermedad, aunque también quede incluida, sino la de un numeroso núcleo de población de edad avanzada, que necesita de una protección particular precisamente en atención al envejecimiento. Esta idea de *protección sin incapacitación*⁴⁴, aparece como una de las novedades del Convenio de La Haya. Sin embargo, el adulto es *a priori* una persona capaz, salvo que se demuestre lo contrario, es decir, entre tanto no exista una medida de protección que le limite o suprima su capacidad. Por ello, en la actualidad, se persigue preservar todo lo posible esa capacidad. El Convenio del 19 de octubre de 1996, relativo a *la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños* sirvió para la preparación de un Convenio sobre protección de adultos, en un período muy breve, que culminó con el Convenio del 13 de enero de 2000. El origen del nuevo Convenio en el de 1996 sobre protección de niños, llevó en un principio, a que se pretendiera introducir en su texto una referencia al *“interés superior del adulto”*, del mismo modo que en el Convenio de 1996, el cual hace referencia al *“interés superior del niño”*⁴⁵. Finalmente, tal mención no fue introducida, puesto que así como

⁴² Artículo 1, apartado 1: “El Convenio se aplica, en situaciones internacionales, a la protección de ADULTOS que, en razón de una alteración o de una insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de atender a sus intereses”.

⁴³ http://redadultosmayores.org.ar/buscador/files/JURID019_Borras.pdf.

⁴⁴ Conocida en algunos ordenamientos internos, como el alemán.

⁴⁵ Un sector de la doctrina, considera que el *interés superior del menor* es un principio general del derecho, otros conciben que dicho interés es multiforme y algunas de sus formas son impalpables. También se lo ha entendido como factor de aproximación entre sistemas jurídicos, delegación del poder normativo o una abdicación del legislador, criterio de interpretación y resolutorio de conflictos, concepto jurídico indeterminado. Puede decirse, entonces, que este concepto tiene como característica su imprecisión, o al menos la mutabilidad del mismo, sin embargo, deberá estar siempre presente cada vez que se tomen medidas concer-

el interés superior del niño es un valor indeterminado reconocido universalmente y que debe prevalecer en todo caso, es imposible precisar cómo y frente a quién podía prevalecer el interés superior del adulto, de ahí que únicamente deba procederse en “*interés del adulto*”⁴⁶.

Coincidimos con la Catedrática Alegría Borrás⁴⁷, en que los aspectos fundamentales regulados en el Convenio que lo distinguen de todas las otras regulaciones anteriores de la materia, son: a) el reconocimiento de la relevancia de la voluntad del adulto, que para el Convenio es toda persona mayor de 18 años; b) los aspectos relacionados con los cuidados médicos.

En relación con el reconocimiento de la voluntad del adulto en cuestiones relativas al gobierno de su persona y bienes, es de obvia relevancia. El Convenio prevé el respeto —con ciertos límites y controles— de la voluntad del adulto libremente manifestada con anterioridad por él mismo, en respuesta a las necesidades que se plantean respecto de las personas de edad avanzadas y el deseo de evitar influencias no deseadas o captaciones de su voluntad por parte de familiares o extraños, cuando ya no tuvieran perfecto discernimiento.

Esta inclusión importa el reconocimiento de la autonomía de la voluntad del adulto y permite la aplicación a la cuestión, de todas las demás reglas del Convenio referentes al reconocimiento, ejecución y cooperación de autoridades.

El Convenio es expresión de la necesidad paulatina del Derecho de atender los intereses en juego en la relación jurídica transfronteriza concreta, y en particular de las personas en posición de debilidad, en este caso, adultos en situación de disminución o insuficiencia de sus facultades personales⁴⁸.

1. Objeto del Convenio

El mismo está fijado en el artículo 1, apartado 2:

- Determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para la adopción de medidas de protección de la persona o los bienes del adulto;

nientes a los niños lo cual complica la labor del intérprete y de quien aplica el derecho. La definición de este concepto resulta dificultosa en el ámbito del derecho interno, y la dificultad se acentúa en el del Derecho internacional privado de la minoridad. El art. 3.1 de la Convención de los Derechos Del Niño establece: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

⁴⁶ BORRÁS, ALEGRÍA, pág. web cit.

⁴⁷ BORRÁS, ALEGRÍA, pág. web cit.

⁴⁸ VICENTE BLANCO, DÁMASO JAVIER, Pág. Web cit.

- Determinar la ley aplicable, por estas autoridades en el ejercicio de su competencia;
- Determinar la ley aplicable a la representación del adulto;
- Asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección en todos los Estados contratantes; y
- Establecer un sistema de cooperación entre autoridades de los Estados Contratantes para la realización de los objetivos del Convenio.

2. Persona protegida

La persona protegida es la persona “adulta”, debiéndose obrar siempre en protección del interés del mismo. Se entiende por “adulto” a toda persona que ha alcanzado la edad de dieciocho años (artículo 2, apartado 1)⁴⁹, pues hasta esa edad se aplicará el Convenio de 1996 sobre protección de menores. Aunque para dar continuidad a las instituciones de protección, se establece que el Convenio se aplica igualmente a las medidas relativas a un adulto que no hubiera alcanzado la edad de dieciocho años cuando fueron adoptadas (artículo 2, apartado 2)⁵⁰.

Los artículos 3 y 4 del Convenio, enumeran la lista de medidas de protección incluidas y excluidas del mismo, respectivamente. Mientras que la lista de medidas incluidas (precisadas de forma positiva en el artículo 3) no es taxativa, la de medidas excluidas (precisadas de forma negativa en el artículo 4) es una lista cerrada. Las exclusiones del ámbito de aplicación que aparecen en esta lista exhaustiva, obedecen a razones diversas: unas materias quedan excluidas por existir otros Convenios de la propia Conferencia de La Haya, como es el caso de las obligaciones alimentarias; otras, quedan excluidas por ser materias reguladas por normas de Derecho público fuertemente territorializadas, como es la seguridad social. En todo caso, se indica en el párrafo 2 que la exclusión no afectará “a la cualidad de una persona para actuar como representante del adulto”.

3. Competencia

El eje del Convenio sobre protección de adultos es el establecimiento de autoridades judiciales o administrativas, competentes para adoptar medidas de autoprotección de la persona y sus bienes. En materia

⁴⁹ Artículo 2, apartado 1: Se entiende por “ADULTO” a la persona que ha alcanzado la edad de 18 años.

⁵⁰ Artículo 2, apartado 2: El Convenio se aplica también a las medidas relativas a un adulto que no hubiera alcanzado la edad de 18 años cuando se adoptaron dichas medidas.

de *competencia* de los Estados el reconocimiento de la autonomía de la voluntad del adulto no tiene ningún papel, es decir, que la competencia, regulada por los artículos 5 y 6 del Convenio, no se ve alterada por la voluntad del adulto.

El criterio de conexión para determinar la competencia es el lugar de la residencia habitual del adulto (artículo 5), salvo, en el supuesto de refugiados, desplazados o adultos cuya residencia habitual no pueda ser establecida, en cuyo caso serán competentes las autoridades del país en que se hallen (artículo 6).

La nacionalidad ha quedado relegada a un criterio subsidiario, excluyéndose incluso para el supuesto de refugiados o desplazados precisamente del Estado de su nacionalidad (artículo 7).

Hemos dicho que en materia de *competencia* de los Estados la autonomía de la voluntad del adulto no tiene ningún papel. Sin embargo la autonomía de la voluntad tendría cabida en materia de competencia de los Estados, en los casos en que, según el artículo 8, las autoridades del Estado que normalmente es competente para intervenir en la cuestión, por propia iniciativa o a petición de otro Estado, requieran a las autoridades que el adulto hubiera elegido por escrito para adoptar medidas a su protección, para que efectivamente las adopten.

4. Ley aplicable

En el ámbito de la Ley aplicable, la autonomía de la voluntad adquiere más relevancia. El Convenio prevé la posibilidad de que el adulto elija entre un número limitado de ordenamientos jurídicos.

La norma general es que la autoridad competente aplica su propio Derecho interno (artículo 13, apartado 1)⁵¹. No obstante, se prevé que, excepcionalmente, si la protección de la persona o los bienes del adulto lo requiere, podrá aplicarse o tomarse en consideración la ley de otro Estado “con el que la situación presente un vínculo estrecho” (artículo 13, apartado 2)⁵².

El Convenio contiene diversas reglas para la aplicación de las normas de conflicto. Así, el artículo 18, establece que el Convenio tiene naturaleza *erga omnes* lo cual significa que la ley aplicable lo será, incluso, si es

⁵¹ CAPITULO III - LEY APLICABLE. Artículo 13. 1. En el ejercicio de la competencia atribuida por las disposiciones del Capítulo II, las autoridades de los Estados contratantes aplicarán su propia ley.

⁵² Artículo 13, apartado 2. No obstante, en la medida en que lo requiera la protección de la persona o de los bienes del adulto, podrá aplicarse o tenerse en cuenta excepcionalmente la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho.

la de un Estado no contratante; en el artículo 19 se rechaza el reenvío; el artículo 21 dispone que la ley designada puede ser excluida cuando resulte manifiestamente contraria al orden público; el artículo 20 dispone que las normas imperativas del Estado en el que debe asegurarse la protección se aplican, cualquiera que sea la ley que en otro caso sería aplicable.

En materia de Ley Aplicable, el art. 15 del Convenio dispone que la existencia, extensión, modificación y extinción de los poderes de representación conferidos por un adulto, sea mediante un acuerdo o por un acto unilateral, para ser ejercidos cuando dicho adulto ya no esté en condiciones de velar por sus intereses, se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del adulto en el momento del acuerdo o del acto unilateral, a menos que el adulto haya designado expresamente por escrito una de las siguientes leyes:

- la de un Estado cuya nacionalidad posea el adulto,
- la del Estado de la residencia habitual previa del adulto, o
- la de un Estado en que estén situados los bienes del adulto, en lo que se refiere a dichos bienes.

Las modalidades de ejercicio de estos poderes de representación se regirán por la ley del Estado en que se ejercen⁵³.

El art. 16 del Convenio, establece que dichos poderes pueden ser retirados o modificados por medidas adoptadas por una autoridad competente según el Convenio, añadiendo que para retirar o modificar tales poderes la ley determinada en el art. 15 “debe ser tomada en consideración en la medida de lo posible”.

5. Reconocimiento y ejecución

La regla básica es el reconocimiento de pleno derecho de las medidas adoptadas en resguardo de la persona o los bienes del adulto (artículo 22). El reconocimiento se produce de pleno derecho si bien cualquier persona interesada puede pedir que se decida sobre el reconocimiento o el no reconocimiento, rigiéndose en este caso el procedimiento por la ley del Estado requerido.

⁵³ Resaltamos aquí que Argentina ha ratificado la Conferencia Especializada de Derecho internacional Privado de Panamá de 1975, sobre Régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero que en su art. 1 establece que las formalidades relativas al otorgamiento de poderes, que hayan de ser utilizados en el extranjero, se sujetarán a las leyes del Estado donde se otorguen, salvo que el otorgante prefiera someterse a la ley del Estado en que hayan de ejercerse. En todo caso, si la ley de este último Estado exigiere solemnidades esenciales para la validez del poder, regirá dicha ley. Los requisitos de publicidad del poder se someten a la ley del Estado en que éste se ejerce. Los efectos y el ejercicio del poder se sujetan a la ley del Estado donde éste se ejerce. Arts. 4 y 5.

Las autoridades del Estado requerido están vinculadas por las constataciones de hecho sobre las que ha basado su competencia la autoridad del Estado de origen de la decisión (artículo 24). El procedimiento de registro o de exequátur habrá de ser “simple y rápido” (artículo 25). No podrán proceder a ninguna revisión de fondo de la medida adoptada (artículo 26). Una vez concedido el exequátur, el Convenio termina su función y las medidas de ejecución *stricto sensu* se registrarán por la ley del Estado requerido (artículo 27).

6. Cooperación

La cooperación en materia de Adultos se articula a dos niveles distintos, de autoridades centrales y de autoridades competentes, además del caso particular del artículo 33. Cada Estado parte podrá designar una o varias “autoridades centrales” (artículo 28) que, además del deber genérico de cooperación, tienen encomendadas una serie de funciones (artículos 29 y 30).

Existe también una cooperación horizontal entre las autoridades competentes (arts. 31, 34, 35, 39 y 40).

El artículo 33 regula una situación particular al disponer que ante una decisión de un Estado que pudiera ordenar la colocación del adulto en un establecimiento situado en otro Estado distinto, se requiere que la autoridad que pretende adoptar tal medida lo comunique a la Autoridad Central o a la autoridad competente del segundo Estado, no pudiendo adoptarse la decisión si este segundo Estado manifiesta su oposición “en un plazo razonable”. Si no es así y el acuerdo se adopta, su reconocimiento podría ser rechazado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22, apartado 2, e.

La inclusión o no de los tratamientos médicos en la Convención fue otra de las cuestiones más discutidas. La dificultad de la situación llevó a la creación del denominado “Grupo salud” que acordó un documento de trabajo⁵⁴.

Finalmente, las posiciones se fueron acercando, y se redactaron las disposiciones del texto del Convenio con el doble objetivo de prever una competencia para medidas temporales de protección del adulto, no sólo por tratamiento médico, y, por otra parte, suprimir en el convenio toda referencia al tratamiento médico.

⁵⁴ Documento de trabajo n° 114, conteniendo la propuesta de las delegaciones de Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Croacia, Canadá, España, Estados Unidos de América, Francia, Irlanda.

Los criterios del Convenio de La Haya sobre Protección Internacional de los Adultos, aunque el mismo no sea derecho vigente actual en nuestro sistema jurídico, nos parecen razonables y equitativos.

VI. Los actos de autoprotección

Como hemos expresado precedentemente, uno de los aspectos fundamentales regulados en el Convenio de La Haya que la distinguen de todas las otras regulaciones anteriores de la materia, es el reconocimiento de la relevancia de la voluntad del adulto en cuestiones relativas al gobierno de su persona y bienes. Por ello nos preguntamos sobre la viabilidad de que el adulto, en el momento que aún resulta capaz, haya previsto el futuro y organizado su propia protección para cuando la necesitase a través de diferentes documentos. Este reconocimiento de la autonomía de la voluntad del adulto, prevista en muchas legislaciones estatales, debe ser considerada al regular las soluciones de Derecho internacional privado⁵⁵.

Si bien la protección del adulto puede materializarse a través de diferentes medidas y/o documentos, en este apartado sólo nos referiremos al documento a través del cual una persona, siendo plenamente capaz, dispone acerca de las medidas de protección de su persona o sus bienes para el supuesto de volverse incapaz como consecuencia de la pérdida de su discernimiento o capacidad de autogobierno⁵⁶. Se trata del derecho de todo ser humano a decidir y a disponer sobre su vida, su persona y sus bienes para el futuro⁵⁷, ante una eventual pérdida o disminución de sus facultades mentales. En la Argentina ha sido reconocido en prestigiosos fallos relacionados con temas de salud y especialmente tomado con carácter obligatorio, para disposiciones anticipadas de salud⁵⁸.

En el supuesto de las personas de edad avanzada, se trata del derecho de un sector mayoritario de la población mundial de tener una protección jurídica particular, precisamente en atención al envejecimiento.

⁵⁵ VICENTE BLANCO, DÁMASO JAVIER, pág. web cit., p. 7.

⁵⁶ HERRERA, M. L., "La intervención notarial en la protección del adulto, con especial hincapié en la protección internacional de la persona mayor de edad", pág. web cit., p. 4.

⁵⁷ RAJMIL, ALICIA BEATRIZ - LLORENS, LUIS ROGELIO, "Derecho de autoprotección", *Revista del Consejo Federal del Notariado Argentino*, Bs. As., p. 24.

⁵⁸ Artículo 11 de la Ley 26.529 "Directivas anticipadas. *Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanasias, las que se tendrán como inexistentes.*"

Fallo M. de Mar del Plata y fallo Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (Estado Vegetativo, Ac. 85.627, "S. M. de C Insania 09/02/2005") El fallo de fecha 25 de julio de 2005 en el caso públicamente conocido como "Caso M - Directivas anticipadas" del Juzgado en lo Criminal y Correccional número 1 de Transición de Mar del Plata.

Al respecto consideramos que, si bien en nuestro país no existe una ley específica que regule estos documentos, el juego armónico de la Constitución Nacional⁵⁹, los Tratados Internacionales⁶⁰ y los principios generales del Derecho⁶¹ sustentan jurídicamente la posibilidad de otorgar los llamados “actos de autoprotección”, los cuales son reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina.

Estos documentos o actas, se los suele denominar en la doctrina, *declaraciones de voluntad unilateral*⁶², *directivas anticipadas de voluntad*, *testamento vital*, *disposiciones para la propia incapacidad*, *actos de autoprotección*, que involucran tanto a familiares, médicos y jueces, se refieren al propio interés personal (aceptación o rechazo de tratamientos y/o terapias, cuidados en caso de enfermedades terminales) o de su patrimonio (disposición de bienes, cobro de jubilación o pensiones) empleando indistintamente las denominaciones antes consignadas, en la inteligencia de que, no obstante la pluralidad de designaciones, existe consenso acerca del contenido y alcance de la figura en cuestión, funcionando las denominaciones como sinónimos.

Las disposiciones de autoprotección reflejan la aspiración del disponente a un final de vida y muerte digna, ya por evitación de remedios médicos dirigidos a una prolongación artificial de una vida vegetativa y sin

⁵⁹ Los ancianos no estaban mencionados en el texto originario de la Constitución Nacional sancionada en 1853. Recién con la reforma del año 1994, se reconocen los derechos de la ancianidad, aunque de una manera débil en la Constitución Nacional. El artículo 75, inciso 23 introdujo la facultad del Congreso de: “*Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*”. Es una de las pocas normas constitucionales que hace una referencia específica a los ancianos.

⁶⁰ El artículo 75, inc. 22, incorpora tratados y pactos internacionales sobre los derechos humanos, los que tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional y el poder Ejecutivo podrá denunciar nuevos tratados con jerarquía constitucional previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Estos instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, protegen las diferentes etapas biológicas del ser humano, las distintas inserciones sociales de éste en su vida de interrelación de las que derivan los derechos del niño, los derechos de la avanzada edad, de la mujer y el derecho a ser diferente entre otros.

⁶¹ Los principios y valores que se infieren de los instrumentos internacionales incorporados con jerarquía constitucional, llevados al ámbito del Derecho de Familia, y más concretamente a la protección de las personas de avanzada edad, con una debida reglamentación podrían brindar una protección de los derechos de éstas personas complementando, llenando vacíos e implicitudes de nuestro sistema.

⁶² HERRERA, M. L., “La intervención notarial en la protección del adulto, con especial hincapié en la protección internacional de la persona mayor de edad” <http://www.eldial.com.ar/suplementos/privado/privado.asp>.

esperanza, ya por la aplicación, ante tales expectativas, de remedios dirigidos directamente a conseguir el final⁶³.

La forma que deben adoptar estos documentos de autoprotección, es la forma de la escritura pública como requisito *ad solemnitatem*, es decir que deben redactarse con intervención de un notario⁶⁴, por ser ésta la más idónea por las características propias de este tipo de instrumento público y, además, porque emitir este tipo de disposiciones constituye un acto solemne.

En virtud de lo expuesto, consideramos que una persona podría válidamente disponer en el extranjero respecto de su persona y sus bienes; y dicha disposición (declaración anticipada) sería susceptible de ser reconocida y ejecutada en Argentina, siempre que las disposiciones contenidas en el instrumento respectivo no contraríen nuestro orden público internacional. De la misma manera, una persona con residencia habitual en Argentina puede disponer válidamente sobre su propia incapacidad, respecto de su persona y sus bienes. La promoción de la autonomía de la voluntad personal y atención a las personas de edad en situación de dependencia, tienen consecuencias importantes, no sólo para la población dependiente originaria de un Estado, residente en ese Estado, sino también para el numeroso colectivo de extranjeros que residen permanentemente o parte del año en ese país, e incluso, para los dependientes de ese Estado residentes en el extranjero y emigrantes de ese Estado que retornan a su país. Todo ello se ve agravado por la “inmigración de dependientes” o personas potencialmente dependientes que provienen fundamentalmen-

⁶³ No existe en el derecho argentino disposición expresa alguna que regule esta materia en forma específica la validez y eficacia de las mismas ha sido receptada por vía jurisprudencial. En efecto, en un fallo dictado por el Juez Pedro Federico Hooft, a cargo del Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición N° 1 Mar del Plata, el 25 de Julio de 2005, en autos “M s/ acción de amparo”, el tribunal se pronunció sobre la validez de las disposiciones o directivas anticipadas contenidas en documento notarial. Los hechos que fundaron la acción de amparo promovida fueron los siguientes: el cónyuge de una señora víctima de una larga, irreversible y progresiva enfermedad (que no tiene tratamiento curativo en la ciencia actual), inició una acción de amparo tendiente a que, en el futuro, se respetaran las directivas anticipadas o actos de autoprotección que la misma había emitido por escritura pública, por las cuales ésta había manifestado su oposición a someterse a procedimientos mecánicos invasivos y a permanencia, es decir, respirador mecánico e hidratación y alimentación por tubo. El a quo resolvió que era procedente la acción de amparo HERRERA, M. L., ob.cit., p. 8.

⁶⁴ El 23 de abril del 2004, el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires abrió el primer Registro Público para estos actos existentes en el país. Por otra parte, en Diciembre de 2009 se creó bajo la órbita del Consejo Federal Notarial Argentino, el Registro Nacional de actos de autoprotección en el que se debe tomar razón de todos los documentos otorgados en cualquier parte del país. En la provincia de Chaco por ley 6212 se modificó el Código de Procedimiento de la Provincia, en el cual se establece la obligatoriedad a todos los jueces de solicitar al Registro de Declaraciones de actos de autoprotección dependiente del Colegio Notarial de la provincia, informes en todas las causas de incapacidad.

te de países integrantes de una integración regional, fenómeno que ha sido conceptualizado como *gerontoinmigración*⁶⁵ o más ampliamente, *migración internacional de retirados*.

A ello se le añade el fenómeno demográfico denominado *envejecimiento del envejecimiento*, es decir, el aumento del colectivo con edad superior a los ochenta años, lo que conlleva problemas de dependencia en las últimas etapas de la vida.

A estos cambios se le suma la innegable y masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo, que son las que han venido asumiendo tradicionalmente el cuidado de las personas dependientes, constituyendo lo que se denomina el "apoyo informal". Es así, que la *dependencia* como situación de necesidad específica, se produce en el momento en que emerge un grupo de edad que se caracteriza por la disminución o falta de autonomía, y demanda una cobertura específica ante la inadecuación funcional de los mecanismos tradicionales de contención y protección, familiares o institucionales.

V. Consideraciones finales

Del breve examen realizado sobre la protección jurídica internacional de los adultos mayores, puede deducirse el interés y actualidad del tema. Como puso de relieve el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas en 1995, la población mundial envejece de forma espectacular: el número de personas mayores de 80 años era de sólo 13.000.000 en 1950, mientras que hoy supera los 150.000.000 y se calcula que en el año 2025 serán 137.000.000. Este envejecimiento de la población va acompañado de un mayor desplazamiento transfronterizo de personas de edad en búsqueda de su retiro a lugares apacibles y condiciones climáticas y terapéuticas mejores de las que gozan en sus países de origen.

Por otra parte, asistimos a un aumento paulatino del número de adultos mayores, dependientes en diferente grado, con grandes limitaciones para hacerse cargo del equilibrio integral físico, emocional, social y económico, que deben emigrar de su Estado de origen al otro Estado

⁶⁵ La *gerontoinmigración* es una expresión acuñada en 2003 por el Grupo Interdisciplinario de Investigación Eur-IN&EN, Inmigración y Envejecimiento en Europa, de la Universidad de Málaga, que hace referencia al "fenómeno complejo que estudia la movilidad transfronteriza de los adultos mayores y ulterior asentamiento en los lugares de acogida". La gerontoinmigración sería "el resultado de la emigración al sur de Europa y a la edad de jubilación de ciudadanos extranjeros, particularmente del centro y norte del continente, del retorno a España de españoles emigrantes y de sus descendientes, del reagrupamiento familiar de los ascendientes extranjeros de éstos últimos y de los residentes extranjeros y, en menor medida por el momento, del envejecimiento de la población extranjera inmigrante laboral".

donde reside otro miembro de la familia. La base de nuestra sociedad, la familia, se encuentra actualmente reconfigurada en la espacialidad transnacional. En el momento en que la madre o el padre van al país de acogida, dejando atrás al otro miembro de su pareja, a los hijos, a sus padres, se producen rupturas afectivas y es todo un problema poder llegar a conseguir la reunificación familiar con posterioridad. Se habla de *reagrupamiento familiar*⁶⁶ cuando se reúnen, con una persona residente en un país del que no es nacional, los miembros más próximos de su familia residentes en un país distinto.

Como hemos expresado precedentemente, la diversidad de estatutos personales pone de relieve que la variabilidad de las migraciones influye ciertamente en la ley aplicable al estatuto personal. Ello ocasiona problemas en los supuestos transfronterizos que se presentan frente a las migraciones de adultos mayores, quienes necesitan de una protección particular precisamente en atención al envejecimiento y *evidencia*, por otra parte, la *fragilidad* del estatuto personal al que están sujetos, lo que puede llevar a situaciones conflictivas y claudicantes de los derechos de los adultos mayores.

Como hemos expresado precedentemente, el ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de las personas de edad o adulto mayor, reclama legislación, políticas y planes sobre envejecimiento, a fin de evitar las violaciones de sus derechos. Ello plantea un cambio de paradigma, *basado en el enfoque de derechos aplicado a las personas de edad*. La concepción de las personas mayores como *sujetos de derecho* se inserta en un contexto más amplio de análisis teórico-político referido a la atribución de derechos a ciertos grupos desfavorecidos o vulnerables.

No debemos confundir el tema de la protección jurídica de los adultos mayores o personas de edad con el régimen jurídico de las personas incapacitadas, En el caso de los adultos mayores se trata de un numeroso grupo de personas que han sido perfectamente capaces, *que no tienen, en principio, ninguna causa de incapacidad* y que, sin embargo, muchas veces, no se encuentran en condiciones de proteger sus intereses, en la mayoría de los casos económicos, pero también personales, razón por la cual, necesitan de una protección particular en atención al envejecimiento.

En virtud de lo expuesto, consideramos que el texto adoptado por el Convenio de La Haya sobre la Protección Internacional de Adultos, res-

⁶⁶ Los Estados receptores de emigrantes se resisten a que se hable del *reagrupamiento familiar* en términos de *derecho*. Esta resistencia obedece a los temores que experimentan los Estados en este ámbito, ya que, *el inmigrante individual* se considera que *es un inmigrante de regreso*, mientras que *la emigración familiar* la contemplan como una *emigración de asentamiento*.

ponde a una necesidad evidente, y pretende dar respuestas a estas situaciones, desde la perspectiva del Derecho internacional privado. Si bien contiene algunas disposiciones que pueden resultar complejas, en su conjunto resultan aceptables, y los criterios utilizados en cuanto a la competencia y derecho aplicable, nos parecen razonables y equitativos. Asimismo, el reconocimiento y regulación de la autonomía de la voluntad del adulto mayor para decidir y disponer sobre su vida, persona y bienes para el futuro, ante una eventual pérdida del discernimiento, constituyen buenas directrices que podrían orientar la labor judicial y notarial, ante un planteo en jurisdicción argentina de un caso iusprivatista multinacional por haberse instrumentado en nuestro país y/o ejecutarse alguna disposición para la propia incapacidad contenida en un instrumento extranjero.

Podemos afirmar que si bien en el ordenamiento jurídico argentino vigente no existen normas específicas de Derecho interno ni de Derecho internacional privado de fuente autónoma y/o convencional y/o institucional que regulen la protección del adulto mayor, podemos afirmar que nuestro país, aún en el estado legislativo actual, está en condiciones de efectuar tareas de cooperación y sustentar jurídicamente la posibilidad de otorgar los llamados "actos de autoprotección", a tenor de los antecedentes jurisprudenciales existentes.

Estamos, pues, en una situación expectante y llena todavía de interrogantes, pero con un texto convencional, no vigente para nuestro país, que incluye soluciones nuevas para los problemas presentes y, en particular, en lo que se refiere a la voluntad del propio adulto manifestada con anterioridad a la situación de imposibilidad de regir su persona y/o sus bienes.

¿Qué importancia le concedemos hoy y en el futuro a la autonomía y a la independencia, al poder que implica la responsabilidad y la libertad de decidir, cómo, dónde y con quién vivir? Trabajemos por un mundo que sea más amigable para quienes hoy ya son mayores y para que la bienvenida a este largo trecho de la vida sea más cordial para quienes año a año nos iremos sumando a este creciente grupo de grandes personas.



AMPLIACIÓN DEL MERCOSUR: EL CASO VENEZUELA[†]

Graciela R. Salas^{*1}

Resumen: Desde la creación del Mercosur se previó su ampliación, particularmente por insertarse este esquema dentro del establecido por la común pertenencia a la ALADI.

Esta ampliación constituye una opción beneficiosa al desarrollo económico-social que además es el eje central tanto para las organizaciones de integración como particularmente para las existentes en nuestro continente americano.

Centramos la atención en el enfoque jurídico propiamente dicho, sin soslayar las connotaciones políticas o económicas que la ampliación conlleva, conjuntamente con las transformaciones *ad intra* que plantea.

La solicitud de incorporación por parte de Venezuela es enfocada desde el punto de vista político, económico y particularmente desde la cláusula democrática, auténtica piedra basal del sistema mercosureño.

Palabras clave: Ampliación. MERCOSUR. Venezuela.

Introducción

La ampliación del MERCOSUR responde a las características que ALADI impone a la creación de este tipo de organizaciones dentro del marco establecido por el Tratado de Montevideo de 1980².

Al mismo tiempo, si bien se contempla la ampliación hacia los otros estados integrantes de la ALADI, entendemos que se establece un límite a la misma, precisamente por el marco establecido por el acuerdo subregional.

Desde el comienzo advertimos que los considerandos precedentes distinguen al proceso mercosureño del seguido por el proceso de integración europeo. En este orden vemos que, mientras que la Unión Europea³

[†] Recibido el 03/06/2013, Aprobado el 24/09/2013.

^{*} Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Titular a cargo de la Cátedra "C" de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba.

¹ Este trabajo formó parte del proyecto de investigación llevado adelante por el grupo integrado por la Dra. Graciela R. Salas como directora, la Dra. Adriana Dreyzin de Klor como co-directora, la Mag. María Alejandra Sticca y el Abog. Fabio Mastrángelo. Este proyecto se desarrolló entre los años 2010 y 2011, contando con subsidio de la SECYT.

² Art. 20 del Tratado de Montevideo de 1980.

³ Mayor información en www.europa.int.

se constituyó entre determinados estados y se abrió a los otros como una organización regional con un criterio de no discriminación, MERCOSUR se creó entre determinados estados, obligados a ampliar el número de integrantes, por la preexistencia de un acuerdo marco, el celebrado en Montevideo en 1980, reemplazando a la ALALC por la ALADI.

No analizaremos en esta oportunidad el desarrollo de estos dos últimos procesos de integración latinoamericana por exceder los alcances de este trabajo.

Para algunos observadores, particularmente desde la visión económica, la ampliación del Mercosur constituye una incógnita, sobre todo porque el único proceso avanzado hasta el presente es el que intenta integrar a Venezuela⁴, proceso que demandó más de cinco años. Esto desde el punto de vista de otros procesos de integración no constituiría un gran desafío en la medida en que toda nueva incorporación implica no sólo que se complete un proceso formal desde lo jurídico o aún lo político, sino también un proceso de adaptación del ingresante a todo un bagaje de derecho originario y de derecho derivado que a la vez exige un importante esfuerzo de armonización legislativa del postulante, que analizaremos más adelante.

A partir de lo antes expresado, debemos diferenciar la condición de Estado Asociado de la condición de Estado Parte. La primera se relaciona directamente con el modelo de asociación de libre comercio y tiene sus raíces en lo establecido por el art. 20 del Tratado de Asunción que posteriormente fue reglamentado por la CMC/DEC. N° 28/05, aunque en este caso entendemos que en relación a la incorporación de nuevos estados con plenitud de derechos, es decir como Estado Parte. Mientras que la segunda tiene objetivos superadores de esa condición, con objetivo en la conformación de un mercado común.

El citado art. 20 del T.A. refiere a la adhesión de los restantes países miembros de ALADI, pero no discrimina en cuanto a la condición de esa adhesión, más allá de la consideración de la pertenencia a otros esquemas de integración subregional o extra-regional, todo lo cual fue objeto de la construcción política posterior. De todos modos es claro que la condición de Estado Asociado constituye una etapa previa a la incorporación como Estado Parte. Este es el caso de Venezuela que nos convoca en este trabajo.

Surgieron allí los requisitos para la incorporación de estados pertenecientes a otros esquemas subregionales, como fue el caso originalmente

⁴ Le sigue en orden la reciente invitación a Ecuador para comenzar su proceso de incorporación como Estado Parte del MERCOSUR. CMC/DEC. N° 38/11. Esta Decisión constituyó el grupo ad hoc que definirá en forma conjunta con la delegación de la República del Ecuador, los términos para la incorporación de Ecuador como Estado Parte del MERCOSUR.

de Bolivia y posteriormente de Venezuela y Ecuador, que integraban entonces la Comunidad Andina de Naciones⁵.

Sin embargo, el proceso de relacionamiento hacia afuera, como así también la incorporación a este proceso de integración de nuevos integrantes adquiriría características particulares. Esto surgió con meridiana claridad en ocasión de la celebración de acuerdos interinstitucionales como el acuerdo CAN - MERCOSUR.

En este caso es posible observar que los obstáculos originarios para la incorporación de estados que ya formaban parte de otro proceso de integración, van desapareciendo, al menos en el nivel de estados asociados. Esto surge con meridiana claridad en la Decisión 613 adoptada en ocasión de la Decimoséptima Reunión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores el 7 de julio de 2005. En este caso otorgando calidad de miembros asociados a la CAN de los Estados Parte del MERCOSUR.

Este instrumento ofrece aristas interesantes, y ya desde sus considerandos va dejando en claro que el objetivo es la continuidad del proceso de integración de América Latina, con antecedentes en la ALADI, a través de la Comunidad Sudamericana de Naciones, refiriendo al Tratado de Montevideo de 1980 y la Resolución 2 del Consejo de Ministros de la ALADI, al ACE 36 (Bolivia-MERCOSUR), al ACE 58 (Perú - MERCOSUR), al ACE 59 (Colombia, Ecuador y Venezuela —Países Miembros de la CAN— y los Estados Miembros del MERCOSUR).

En este sentido cabe rescatar que tanto los acuerdos de complementación económica, en el sentido de ALADI, como los acuerdos interinstitucionales que venimos mencionando, parecerían agotarse en el objetivo de conformar un área de libre comercio. Sin embargo, queda siempre abierta una vía a futuro, a través de la permanente referencia a los objetivos de ALADI, entre ellos el de la conformación de un mercado común latinoamericano.

Los requisitos

Más allá de los requisitos formales que supone la celebración y aceptación de los instrumentos de adhesión y de conformación del bloque subregional encontramos dos requisitos establecidos para la pertenencia al MERCOSUR que merecen especial atención: la vigencia de instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos en los Estados Parte. Nos detenemos ahora en esos aparentes dos requisitos, dada la importan-

⁵ La primera continúa siéndolo, mientras que Venezuela renunció a la misma en 2006. En 2011 se cumplieron los cinco años de plazo para que acabara de desligarse de los compromisos asumidos mientras la integraba.

cia que los mismos revisten y la profunda interrelación existente entre ambos.

En efecto, la vigencia de las instituciones democráticas es considerada actualmente como un requisito insoslayable para la promoción y la protección de los derechos humanos si bien no aparece originariamente en el TA. Encontramos una clara referencia ya en la Declaración Presidencial de la Segunda Cumbre del Mercosur de junio de 1992, es decir inmediatamente después de la entrada en vigor del tratado constitutivo. A partir de allí se plantean cuestiones que no debemos perder de vista como es la vigencia de los citados requisitos en dos situaciones diferentes: la primera ante la incorporación de un nuevo miembro, la segunda es en la permanencia dentro del sistema de un Estado Parte, profundamente imbricados el uno en el otro.

Entre los primeros, es decir la vigencia de las instituciones democráticas como requisito, encontramos a ésta no sólo en lo que venimos mencionando acerca de su necesidad al momento de la presentación de una solicitud al Consejo del Mercado Común, sino también en la adhesión al Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el Mercosur (1998) y en la Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el Mercosur (1996)⁶.

En este orden se inscribe todo lo actuado por MERCOSUR en relación a los procesos democráticos, entre ellos la Dec. CMC N°05/07 y particularmente lo establecido por el art. 1 de la Dec. CMC N° 17/05⁷.

Ahora bien, la más reciente DEC/CMC N° 27/11⁸ acaba de agregar algunos elementos a tomar en consideración. Así su artículo 1 precisa en qué condiciones se podrá adoptar medidas en caso "*...de ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático, de una violación del orden constitucional o de cualquier situación que ponga en riesgo el legítimo ejercicio del poder y la vigencia de los valores y principios democráticos*".

Cabe detenerse particularmente en este punto ante la necesidad de precisar quién califica si se ha producido esa situación, para lo cual los firmantes de este protocolo⁹ acordaron dejar esa responsabilidad en manos de los Presidentes de las demás Partes, o en su defecto sus Ministros

⁶ CMC/DEC. N° 18/04: Régimen de participación de los estados asociados al Mercosur.

⁷ CMC/DEC. N° 17/05 Protocolo de Asunción sobre compromiso con la promoción y protección de los derechos humanos del MERCOSUR.

⁸ CMC/DEC. N° 27/11 Protocolo de Montevideo sobre compromiso con la democracia en el Mercosur (Ushuaia II).

⁹ La República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay, la República Oriental del Uruguay, Estados Partes del MERCOSUR, y el Estado Plurinacional de Bolivia, la República de Chile, la República de Colombia, la República del Ecuador, la República del Perú y la República Bolivariana de Venezuela, Estados Asociados del MERCOSUR.

de Relaciones Exteriores, quienes adoptarán las medidas que se citan, en sesión ampliada del Consejo del Mercado Común. Sin embargo no escapa al más superficial análisis que en los instrumentos constitutivos de nuestra organización subregional no existen causales de **expulsión** de una Parte¹⁰. Esta situación se apoya en diversos fundamentos, entre ellos el objetivo de mantener dentro de la organización a todos sus integrantes, procurando la permanencia del sistema que, en definitiva, tiende no sólo a la constitución de un mercado común sino esencialmente a lograr el desarrollo y el mantenimiento de la paz entre las partes¹¹.

Planteadas esa posibilidad el art. 6 de esta Decisión establece cuáles son las medidas que *se podrán adoptar*:

a.- **Suspender** el derecho a participar en los distintos órganos de la estructura institucional del MERCOSUR.

b.- **Cerrar** de forma total o parcial las fronteras terrestres. Suspender o limitar el comercio, tráfico aéreo y marítimo, las comunicaciones y la provisión de energía, servicios y suministros.

c.- **Suspender** a la Parte afectada del goce de los derechos y beneficios emergentes del Tratado de Asunción y sus Protocolos, y de los Acuerdos de integración celebrados entre las Partes, según corresponda.

d.- **Promover la suspensión** de la Parte afectada en el ámbito de otras organizaciones regionales e internacionales. Promover ante terceros países o grupos de países la suspensión a la Parte afectada de derechos y/o beneficios derivados de los acuerdos de cooperación de los que fuera parte.

e.- Respaldo los esfuerzos regionales e internacionales, en particular en el marco de las Naciones Unidas, encaminados a resolver y a encontrar una solución pacífica y democrática a la situación acaecida en la Parte afectada.

f.- Adoptar sanciones políticas y diplomáticas adicionales.

Las medidas guardarán la debida proporcionalidad con la gravedad de la situación existente; no deberán poner en riesgo el bienestar de la población y el goce efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales en la Parte afectada; respetarán la soberanía e integridad territorial de la Parte afectada, la situación de los países sin litoral marítimo y los tratados vigentes”.

Como puede observarse, las citadas medidas, sin ser exhaustivas, son mencionadas dejándolas siempre sujetas a la decisión política de los EP, sin que por ello pierdan peso o importancia al momento de su adop-

¹⁰ De todos modos y como una válvula de escape el T.A. dedica su Capítulo V a la posibilidad de la denuncia de este tratado por un Estado Parte.

¹¹ Objetivo último y fundacional en el sistema europeo y que fue puesto en cuestión al producirse la reunificación alemana.

ción¹². Esto para quienes ya integren el esquema subregional, mientras que para el caso de un Estado que inicie su proceso de incorporación a Mercosur, debe adherir a la vez a los citados instrumentos, más allá de que este último no se encuentre aún en vigencia.

Esto plantea algunas discusiones a nivel teórico, particularmente en el ámbito del Derecho de los Tratados. Ello así en la medida en que un acuerdo en estas condiciones, si bien no es formalmente obligatorio para las partes hasta su entrada en vigor de acuerdo a lo establecido en el propio tratado, genera para los firmantes la obligación de no traicionar su objeto y fin durante el período abarcado entre la firma y la entrada en vigor para la parte en cuestión¹³.

En consonancia con lo afirmado vemos que a su vez el art. 3 de la CMC/DEC. N° 28/05 estableció otros instrumentos a los que debe adherir el Estado que ingrese como EP:

“Luego de aprobada la solicitud, el Consejo del Mercado Común instruirá al Grupo Mercado Común que negocie con los representantes del Estado adherente las condiciones y términos específicos de la adhesión, los que deberán necesariamente comprender:

I - la adhesión al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto y al Protocolo de Olivos para Solución de Controversias del MERCOSUR;

IV - la adopción del acervo normativo de MERCOSUR, incluyendo las normas en proceso de incorporación;

V - la adopción de los instrumentos internacionales celebrados en el marco del Tratado de Asunción; y

VI - la modalidad de incorporación a los acuerdos celebrados en el ámbito del MERCOSUR con terceros países o grupos de países, así como su participación en las negociaciones externas en curso”.

Esto no constituye sino una continuidad inclusive con los mecanismos acordados oportunamente al suceder la ALADI a la ALALC, y debe ser interpretado en los términos establecidos por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, razonamiento éste que se apoya en la soberanía del Estado, que es quien en definitiva acuerda adherir a un sistema en los términos establecidos en éste, sobre la base de sus propios intereses. Como es fácilmente observable, aún los reparos que pudieren ofrecer aquellos, como la ausencia de plazos o de metas concretas, no constituyen sino el resultado de la decisión de las partes en el acuerdo.

¹² Este tema ha sido objeto de tratamiento en dos oportunidades en ocasión de plantearse conflictos internos en Paraguay, con diferentes resultados. Estamos haciendo referencia al intento de golpe de Estado encabezado por Lino Oviedo, abortado en esa oportunidad, y la reciente sustitución del presidente Fernando Lugo por el vice-presidente Federico Franco luego de un meteórico juicio político.

¹³ Art. 18 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969.

Pero también cabe rescatar la relación existente entre nuestros esquemas de integración latinoamericanos con el marco general fijado por la Carta de la Organización de los Estados Americanos que, inclusive por ser previo en el tiempo y vigente desde muchos años antes de la iniciación de la integración latinoamericana, va marcando las líneas de acción que deben respetar los estados americanos, incluyendo a los miembros de ALADI y de MERCOSUR. Una de estas líneas de acción reside en la vigencia de los procesos democráticos en todos los estados que la integran. Esta relación imbrica profundamente en lo establecido en la Carta Democrática Interamericana¹⁴.

El siguiente requisito esencial es la vigencia de los derechos humanos en el estado que solicite su incorporación al esquema subregional como Estado Parte.

Más allá de que este punto será objeto del próximo proyecto de investigación de nuestro equipo, es posible efectuar algunas consideraciones.

En efecto, el Consejo del Mercado Común, mediante Decisión CMC N° 24/04, creó el Centro MERCOSUR de Promoción del Estado de Derecho (CMPED) y en 2007, a través de la Decisión CMC N° 05/07, conformó el Observatorio de la Democracia del MERCOSUR (ODM)¹⁵, coordinado conjuntamente por el CEMPED y por la Comisión de Representantes Permanentes del MERCOSUR (CRPM), con vistas a fortalecer los objetivos del Protocolo de Ushuaia, entre otros¹⁶. Como consecuencia se produjo una serie de acciones relacionadas a la promoción y protección de los derechos humanos, identificado ya desde las primeras opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁷. El Consejo del MERCOSUR aprobó la DEC. N° 26/03 y el plan de trabajos para el trienio siguiente. En su art. 2.7 se previó la profundización del intercambio de información y la promoción y respeto de los derechos humanos a partir del importantísimo rol desempeñado por el Grupo Ad Hoc de Derechos Humanos en la posibilidad de adoptar una Carta de Derechos Humanos del MERCOSUR.

El tema reapareció en la Reunión de Presidentes, en la ciudad de Puerto Iguazú (Misiones - Argentina, julio de 2004). Asimismo en la Cumbre Presidencial de Ouro Preto, donde el Consejo del Mercado Común aprobó la Decisión CMC N° 40/04, en la que se creó la Reunión de Altas Autoridades en el área de Derechos Humanos (RAADDHH), conformada por

¹⁴ Carta Democrática Interamericana, disponible en: http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm.

¹⁵ Distinto del Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el MERCOSUR.

¹⁶ Art. 3 de la Decisión CMC N° 05/07.

¹⁷ Tal el caso de la O.C. N° 6.

los organismos gubernamentales competentes en la materia y las respectivas Cancillerías¹⁸. Este órgano subsidiario del Consejo del Mercado Común, coordinado por el Foro de Consulta y Concertación Política (FCCP)¹⁹, formuló el proyecto de Protocolo sobre Compromiso en la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR y el proyecto de Declaración Presidencial de Asunción sobre Compromiso en la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, en ocasión de su reunión de Asunción de 2005. Dicho Protocolo fue aprobado por la CMC/DEC N° 17/05, en el que los Estados Parte asumen el compromiso de cooperación en la promoción y protección efectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales a través de los mecanismos institucionales mercosureños (art. 2), creó mecanismos de consulta y acción en materia de derechos humanos, y fue complementado por la Declaración de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el MERCOSUR y Estados Asociados del 20 de junio de 2005.

Fue en este marco que se desarrollaron las Reuniones de Altas Autoridades en el área de Derechos Humanos que no analizaremos aquí por exceder los alcances de este trabajo. Sin embargo debemos destacar que en el devenir de estas reuniones se fue incorporando la participación de la sociedad civil, en un todo de acuerdo con la profundización y progresividad característicos de los derechos humanos.

Vemos así que desde un comienzo surge con claridad la permanente interacción entre la vigencia de los regímenes democráticos y los derechos humanos.

Los procesos de incorporación actuales

En la actualidad están en marcha tres procesos de incorporación como Estados Parte: el de la República de Bolivia, el de la República Bolivariana de Venezuela y el de la República del Ecuador, enumerados por estricto orden cronológico de su iniciación.

La solicitud de Bolivia se fundamenta en su incorporación como Estado Asociado a partir de la XI Reunión de Cumbre del Mercosur, en Fortaleza (Brasil), el 17 de diciembre de 1996, mediante la suscripción del *Acuerdo de Complementación Económica Mercosur-Bolivia*; la de Venezuela por su parte es posterior y la MERCOSUR/CMC/DEC. N° 29/05 aprobó la Solicitud de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercado Común del Sur. Mientras que la más reciente es la de Ecuador a quien en la MERCOSUR/CMC/DEC. N° 43/04 se le reconoció la condición de Estado

¹⁸ Decisión CMC N° 40/04, Art. 1.

¹⁹ Decisión CMC N° 40/04, Art. 2.

Asociado, y a partir de la MERCOSUR/CMC/DEC. N° 38/11 se comenzó su incorporación como E. P. con la creación de un grupo ad hoc a tal efecto.

Tanto desde el punto de vista político como económico, cada uno de estos procesos reviste características particulares y, estando sujetos a la aprobación de los protocolos de adhesión por parte de los respectivos parlamentos nacionales, a su vez vienen sufriendo diversos grados de avance y/o retrocesos.

Así el proceso de incorporación de Bolivia, que acompaña a MERCOSUR como Estado Asociado desde las primeras etapas de su creación, ha perdido dinámica en su intento de avanzar hacia su constitución en Estado Parte. Desde un comienzo este paso se encontró de alguna forma obstaculizado por su pertenencia a la Comunidad Andina de Naciones que implicaba algún tipo de impedimento en los términos del art. 20 del T.A. La situación de Ecuador se relaciona con la anterior en tanto, si bien se enfrenta a los mismos impedimentos por su carácter de miembro de la CAN, la superación de estas dificultades también lo ha beneficiado. En este último caso el proceso es más reciente pero asimismo encuentra algunos impedimentos, situación que lo acerca al caso de Venezuela, en tanto los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos arrojan serias dudas en particular en relación a la situación de la prensa en ese país²⁰, y al derecho de expresión como así también a la información.

No analizaremos estos casos en particular por exceder los alcances de este trabajo.

En el caso de Venezuela la situación implica la coexistencia de limitaciones a la libertad de expresión, como derecho humano, con los obstáculos al ejercicio de los derechos políticos, de todo lo cual informa la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes anuales²¹. Sin embargo esto no fue un impedimento para su incorporación definitiva al MERCOSUR, al cierre de este trabajo.

Con posterioridad a la entrega de este trabajo, tanto a la SECYT como para su publicación, se completó el proceso de incorporación de Venezuela e ingresó efectivamente a MERCOSUR a fines del mes de julio de 2012. Pero al mismo tiempo, como es de público conocimiento, la 43° Cumbre del Mercosur, celebrada en la ciudad de Mendoza suspendió a Paraguay en el ejercicio de sus derechos en MERCOSUR, con fundamento en

²⁰ http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/RELATORIA_2010_ESP.pdf.

²¹ En este proceso Paraguay ha mantenido una posición firme, el senado paraguayo ha rehusado admitir a Venezuela porque sostiene que su presidente Hugo Chávez no se aviene a las reglas democráticas, con lo que caería uno de los requisitos que venimos desarrollando, según surge de la información surgida en ocasión de la XLII Cumbre de Jefes de Estado de Montevideo en diciembre de 2011.

lo establecido por ambos Protocolos de Ushuaia. Esta sanción fue levantada en ocasión de la 45ª Cumbre del MERCOSUR (2013) y a partir de la asunción del nuevo gobierno constitucional paraguayo el 15 de agosto de 2013, dándose así por cumplidos los requisitos establecidos por el art. 7 del Protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático.

Más allá de este caso puntual, y en relación a las condiciones generales de incorporación al sistema subregional apuntadas más arriba, es necesario detenerse aunque más no sea brevemente en lo establecido por el art. 20 del Tratado de Asunción que en su segundo párrafo, última parte dice:

...“No obstante, podrán ser consideradas antes del referido plazo las solicitudes presentadas por países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración que no formen parte de esquemas de integración subregional o de una asociación extrarregional”.

Este punto no aparece demasiado claro en cuanto a que considera la posibilidad de liberar del plazo establecido en el primer párrafo a aquellos estados a los cuales está abierta la adhesión a MERCOSUR, pero al mismo tiempo lo excluye de aquellos que formaran parte de otro esquema subregional, léase la Comunidad Andina de Naciones. Parecería que se impusiera el desarrollo de uno en detrimento del otro. En este punto vemos que Venezuela salió de la CAN, mientras que Bolivia aún integra ese esquema y, por otra parte, ambas instituciones MERCOSUR y CAN celebraron acuerdos interinstitucionales de gran repercusión.

Los avances

Como puede observarse, a partir de los instrumentos constitutivos del Mercosur²², se fueron completando los requisitos vigentes actualmente tanto para la incorporación de un nuevo Estado Parte como para la permanencia dentro del esquema. Pero en nuestro análisis no podemos perder de vista tanto el derecho originario como el derecho derivado de ALADI, en virtud de las apuntadas características del sistema mercosureño, que plantean la necesidad de interpretación de un sistema jurídico dentro de otro que oficia de marco. Esto implica que el Tratado de Asunción haya sido negociado y firmado como un tratado abierto a la adhesión de aquellos estados que a la vez formen parte de ALADI²³. Esto se viene cumplien-

²² El Tratado de Asunción de 1991 y los protocolos complementarios que fueron reformando al MERCOSUR, como así también todas las normas de derecho derivado generadas en su consecuencia.

²³ Actualmente Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú, México, Uruguay y Venezuela.

do, situación fácilmente constatable al verificar la nómina de estados asociados²⁴.

Estos avances se produjeron ante la necesidad de instrumentar el proceso de incorporación de nuevos estados al MERCOSUR, en una primera etapa como Estado Asociado, y a través de ella a la condición de Estado Parte. Es de aplicación al primer caso CMC/DEC. N° 18/04²⁵, a partir de la cual, superando la formalidad de la solicitud al CMC, se coloca como requisito indispensable la adhesión al Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile, y a la Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR. Será detrás de la adhesión a estos instrumentos que recién se comenzará a avanzar en el proceso de incorporación a alguna de estas características.

Primera etapa entonces: desde el surgimiento del esquema de integración hasta la celebración de estos dos instrumentos, en la que la incorporación como Estado Asociado se reducía a la celebración de los acuerdos respectivos, formalmente sin condicionamientos y sujetos simplemente a la decisión política de las partes.

Pero a partir de la celebración del Protocolo de Ushuaia se abrió una *segunda etapa* en la que se estableció con claridad que...

*Art. 1. "La plena vigencia de las instituciones democráticas es **condición esencial** para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Partes del presente Protocolo"*

Sin embargo, este protocolo limitaba su alcance a los Estados Parte de Mercosur y a los dos estados asociados de ese momento como eran Chile y Bolivia (art. 9).

Más recientemente esta segunda etapa acaba de ser complementada por una *tercera*, con la celebración del Protocolo de Montevideo de 2011 conocido también como Ushuaia II²⁶ que continúa con este proceso, al acordarse que aplicará a los Estados Parte del MERCOSUR, y a los Estados Asociados al mismo: el Estado Plurinacional de Bolivia, la República de Chile, la República de Colombia, la República del Ecuador, la República del Perú y la República Bolivariana de Venezuela, que en ese momento aún no había concluido con su proceso de incorporación:

²⁴ Actualmente Bolivia, Colombia, Chile, Perú y Venezuela, hasta tanto finalice su proceso de incorporación como Estado Parte. Asimismo han iniciado procesos de incorporación como Estado Parte la República de Bolivia, formalmente desde la CMC/DEC/01/07, y la República del Ecuador, luego de la CMC/DEC. N° 38/11 del 20 de diciembre de 2011 que crearon los respectivos grupos de trabajo a tal efecto.

²⁵ CMC/DEC. N° 18/04: Régimen de participación de los estados asociados al MERCOSUR.

²⁶ Fue aprobado y firmado por los presidentes de Argentina, Brasil, Ecuador, Paraguay, Uruguay y Venezuela el 20 de diciembre de 2011.

...“se aplicará en caso de ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático, de una violación del orden constitucional o de cualquier situación que ponga en riesgo el legítimo ejercicio del poder y la vigencia de los valores y principios democráticos”²⁷.

Como puede observarse, ya no se trata solamente de un requisito para el ingreso al MERCOSUR sino también de un requisito para la permanencia en el mismo. Para el caso en que una situación tal se presentara, se reconoce un rol protagónico a los Presidentes de las Partes o, en su defecto, los Ministros de Relaciones Exteriores, situación ésta que reafirma el carácter intergubernamental y esencialmente político de los órganos de nuestra organización subregional (art. 6). El primer caso de aplicación de este instrumento se produjo en los recientes hechos producidos en la República del Paraguay, que derivó en su suspensión, al cierre de este trabajo.

Pero más allá de lo apuntado, continuando con algunas consideraciones que hiciéramos más arriba, es notorio que el objetivo de estas normas no parece ser la expulsión del integrante que se encuentre en tal situación²⁸ sino la cooperación de los demás estados del esquema para la resolución de esa situación y la continuidad de su permanencia.

Finalmente nos permitimos llamar la atención sobre expresiones de este Protocolo, cuyo art. 11 en su parte pertinente dice:

...“En las materias reguladas por el **presente Protocolo** (2011), las relaciones entre las **Partes** que lo hayan ratificado y aquellos que aún no lo hayan ratificado y de éstos últimos entre sí continuarán rigiéndose por el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, Bolivia y Chile” (1998).

Esta cláusula es comprensible en la medida que, conforme a lo establecido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, se trataría de la terminación de un tratado que es reemplazado por otro, pero se enfrenta a situaciones particulares como es el hecho de que el Protocolo firmado en 1998 en la actualidad cuenta con estados firmantes y con adherentes y, hasta tanto no entre en vigor el protocolo de 2011 no es posible innovar en la aplicación del acuerdo originario.

El siguiente apartado, creemos que en un intento de resolver discrepancias que pudieran plantearse, seguramente motivará nuevos cuestionamientos:

...“Una vez que **todos los Estados signatarios y adherentes** del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, Bolivia y

²⁷ CMC/DEC. N° 27/11 Protocolo de Montevideo sobre compromiso con la democracia en el MERCOSUR (Ushuaia II), art. 1.

²⁸ Lo que muestra una vez más la inexistencia de normas sobre la expulsión de un integrante del MERCOSUR.

Chile, hayan ratificado el presente Protocolo, el primero quedará terminado a todos sus efectos”.

Podría inducirse que en el párrafo anterior el protagonismo está en manos de las Partes, mientras que en el siguiente, al momento de dar por terminada la vigencia del Protocolo de 1998, era necesario corregir la apuntada restricción.

Más allá de estas discrepancias, este Protocolo avanza en la profundización del rol de los procesos democráticos en nuestro proceso de integración, manteniéndolo dentro del marco general instrumentado por las Naciones Unidas y por ende también la OEA, lo que queda patentizado en expresiones como las que encontramos en su art. 6:

...“Respaldar los esfuerzos regionales e internacionales, en particular en el marco de las Naciones Unidas, encaminados a resolver y a encontrar una solución pacífica y democrática a la situación acaecida en la Parte afectada”.

Debemos detenernos en este artículo, particularmente para analizar los alcances nacionales e internacionales del mismo, siempre desde el punto de vista jurídico. En efecto, por un lado encontramos al contexto internacional en el que se desarrolla este esquema de integración, cuyos objetivos se orientan siempre y en última instancia hacia el mantenimiento de la paz. Pero por otro lado nos enfrentamos a la posibilidad de la existencia de una *situación*²⁹ acaecida *ad intra* de un Estado Parte, lo que nos lleva al principio de no intervención, tan caro a nuestras repúblicas americanas.

Contribuyen de alguna manera a mantener este delicado equilibrio tanto el carácter de intergubernamental del CMC como la presencia de los representantes estatales, dentro del marco de lo acordado en el derecho mercosureño.

El caso de Venezuela

Más allá del proceso de incorporación como E. P., que implica la adopción por parte de Venezuela del acervo jurídico y económico del MERCOSUR, lo que no es objeto de este trabajo, surge la necesidad de analizar si la hermana república sudamericana reúne los requisitos mencionados más arriba.

²⁹ Esta expresión no ha sido definida con precisión en el ámbito subregional, lo que le da una extrema amplitud y flexibilidad. Sin embargo, en la Carta de las Naciones Unidas (Cap. VI y VII) se hace referencia a una crisis que está en estado latente. Como puede observarse, se trata aquí de una situación interna, no de una situación que pueda llevar a una controversia internacional.

Particularmente encontramos un instrumento ilustrativo que nos permite acercarnos a esta suerte de constatación. Y si bien la existencia de un único instrumento podría ser atacada por su limitación desde el punto de vista de la metodología de la investigación, la importancia del análisis efectuado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe de 2009³⁰ nos permite alguna aproximación al tema bajo análisis.

Dicho informe, en su parte pertinente dice:

“Los derechos humanos constituyen un todo indisoluble y, conforme señala la Convención Americana en su preámbulo ‘sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos’³¹.

Y agrega en el párrafo siguiente:

“La Comisión nota que en Venezuela se ha atentado contra uno de los pilares básicos de los sistemas democráticos, como es el respeto de los derechos fundamentales de los individuos bajo los principios de igualdad y no discriminación. En ese sentido, la Comisión advierte que la intolerancia política no solamente dificulta la vigencia de las instituciones democráticas sino que conduce peligrosamente a su debilitamiento. La Comisión estima necesario reiterar al Estado de Venezuela que la consolidación de las democracias requiere que se intensifique la participación de todos los sectores sociales en la vida política, social, económica y cultural de cada nación”.

Surge con palmaria claridad la apuntada relación entre los requisitos citados más arriba. Pero cabría agregar otras precisiones, en el sentido de la progresividad y del principio de complementariedad de los derechos reconocida en diversos instrumentos tanto por la Comisión como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como así también por tribunales internacionales como el europeo o aún la Corte Penal Internacional.

En consecuencia, si bien tres de los cuatro Estados Parte del MERCOSUR habían aprobado la incorporación de Venezuela, el rol del cuarto integrante del esquema subregional se tornó en esencial, particularmente a la luz de los acontecimientos de los últimos tiempos en la República Bolivariana de Venezuela y en la República del Paraguay, lo que arrojaba un serio manto de sospecha sobre la finalización del proceso de incorporación de Venezuela.

Este punto, en materia de derechos humanos concretamente, será objeto de investigación en nuestro proyecto a desarrollarse en el período 2012-2013.

³⁰ <http://www.cidh.org/countryrep/Venezuela2009sp/VE09CAPVIIIISP.htm>.

³¹ Informe de 2009, párrafo 1157.

De todos modos, más allá del trasfondo político que pudiera aducirse en un informe como el precedente, es claro que la incorporación de Venezuela al reunir los requisitos formales establecidos por los instrumentos mercosureños, queda seriamente cuestionada en su legitimidad.

Conclusiones

Luego de las precedentes consideraciones entendemos que los dos requisitos analizados, la vigencia de los derechos humanos y de los sistemas democráticos, sobre los que venimos trabajando, se integran tanto a la incorporación como a la permanencia dentro del esquema de integración que nos ocupa.

La incorporación de un nuevo Estado Parte, sea Venezuela o cualquiera de los que ya han iniciado un proceso similar, implica la necesidad de un análisis en los términos apuntados, situación que debe mantenerse durante su pertenencia al sistema sub-regional.

Finalmente cabe hacer referencia a lo expresado por el alto representante del Mercosur, el brasileño Samuel Pinheiro Guimarães al definir cinco desafíos para el esquema subregional: eliminar la pobreza, promover el desarrollo, construir infraestructura (energía y transporte), reducir asimetrías y profundizar la democracia. Posiblemente en este último punto es donde se encuentre el nudo gordiano que aún deja un gran interrogante respecto del ingreso de Venezuela al Mercosur.

En efecto, de lo anteriormente descrito se desprende con meridiana claridad que la vigencia de las instituciones democráticas está indisolublemente vinculada con la promoción y protección de los derechos humanos.

Asimismo es a todas luces imprescindible que en los procesos de incorporación de nuevos Estados Parte el cumplimiento de los requisitos antes mencionados sea objeto de una observación sistemática y dinámica, en forma previa.

Bibliografía

Documentos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe de 2009.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe de 2010, consultada el 28.12.11. Disponible en: http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/RELATORIA_2010_ESP.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos O. C. No. 6.

Declaración Presidencial de la Segunda Cumbre del Mercosur de 1992.

Declaración Presidencial sobre el Compromiso Democrático en el Mercosur de 1996.

CMC/DEC. N° 18/04 Régimen de participación de los estados asociados al MERCOSUR.

CMC N° 40/04 Creación de la reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos del MERCOSUR.

CMC/ DEC. N° 43/04 Ecuador Estado Asociado.

CMC/DEC. N° 17/05 Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR.

CMC/DEC 28/05 Reglamentación del artículo 20 del Tratado de Asunción.

CMC/DEC.N° 29/05 Aprobación de la Solicitud de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercado Común del Sur.

DECISION 613/05 Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Consultada el 02.02.12. Disponible en: http://www.comunidadandina.org/exterior/can_mercosur.htm.

CMC N° 05/07 Observatorio de la Democracia del MERCOSUR.

CMC/DEC. N° 27/11 Protocolo de Montevideo sobre compromiso con la democracia en el Mercosur (Ushuaia II).

CMC/DEC. N° 38/11 Creación del grupo ad hoc para la incorporación de Ecuador como Estado Parte del MERCOSUR.

XLII Cumbre de Jefes de Estado de Montevideo en diciembre de 2011.

Convergencia comercial de los países de América del Sur hacia la Comunidad Sudamericana de Naciones. Políticas de Competencia. Consultada el 02.02.12. Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/unasur/Convergencia12-%20Políticas%20de%20competencia.pdf>.



LA PROTECCIÓN DE LA CAPA DE OZONO: OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS Y MECANISMOS DE CONTROL^{†1}

María Alejandra Sticca*

Yamila Yunis**

Cristina Andrea Britez Silveira Marquez***

Resumen: En este artículo analizamos los acuerdos ambientales internacionales aplicables a la protección de la capa de ozono (Convenio de Viena de 1985 y Protocolo de Montreal de 1987 y sus modificaciones) destacando especialmente las obligaciones generales asumidas por los Estados Partes y los mecanismos de control de su cumplimiento que se establecieron a los fines de garantizar su efectividad.

Palabras claves: capa ozono – obligaciones de los Estados – mecanismos de control – Convenio de Viena de 1985 – Protocolo de Montreal.

I. Tratados internacionales relativos a la protección de la capa de ozono

En nuestros días, la destrucción de la capa de ozono es uno de los problemas más graves que la comunidad internacional debe enfrentar, problema que traspasa las fronteras nacionales por lo que requiere de la cooperación internacional, podemos afirmar que es un ámbito de cooperación necesaria. Es en este marco que se celebraron acuerdos internacionales sobre la materia y se efectuaron importantes esfuerzos en pos de lograr su regulación, lo que coronó en los instrumentos que seguidamente referimos.

[†] Recibido el 29/05/2013 y Aprobado el 10/10/2013.

¹ El presente trabajo forma parte del proyecto de investigación tipo B que desarrollamos en el ámbito de la Secretaría de Ciencia y Técnica (UNC) sobre el tema: *“Principio del Desarrollo sostenible: la obligación de los Estados de adoptar normas internas eficaces sobre medio ambiente”*

* Doctorando en Derecho (UNC) – Magister en Cooperación Internacional al Derecho y Asistencia Humanitaria – Especialista en Aspectos Jurídicos del Mercosur - Abogada - Lic. en Relaciones Internacionales – Prof. de Derecho Internacional Público en UNC y en UCES Sede San Francisco – Email: alejandrasticca@arnet.com.ar

** Abogada (UNC). Diplomado en Diplomacia Contemporánea. Adscripta en la asignatura Derecho Internacional Público de la Fac. de Derecho y Cs. Ss. (UNC), Email: y_yamila83@hotmail.com.

*** Lic. en Relaciones Internacionales (UESiglo21). Diplomado en Diplomacia Contemporánea. Cursando Maestría en Procesos Educativos Mediados por Tecnologías (CEA - UNC), Email: andreasilveiramarquez@yahoo.com.ar.

I.a. El Convenio de Viena sobre protección de la Capa de Ozono

El Convenio de Viena sobre protección de la capa de ozono de 1985 es el fruto de las labores desarrolladas en el marco del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), organismo que en el año 1977 convocó a una reunión de expertos que redactaron el “Plan Mundial de Acción para la capa de ozono”, simultáneamente se creó un Comité de Coordinación que centralizó todos los trabajos e investigaciones realizadas sobre la capa de ozono. Posteriormente, en 1981 un grupo de expertos tuvo a su cargo la elaboración de un proyecto de acuerdo universal sobre la materia y un protocolo adicional sobre los clorofluocarbonados (CFC), protocolo que no pudo lograr aprobación².

El Convenio aprobado en 1985 es un acuerdo ambiental multilateral, un convenio marco cuya finalidad es la protección de la capa de ozono³, sirve como marco para los esfuerzos de protección de la capa de ozono del planeta.

El tratado fue firmado por veintiocho países en marzo de 1985, entró en vigor el 22 de septiembre de 1988. La República Argentina lo ratificó el 18 de septiembre de 1990⁴.

² Sobre este punto se puede consultar LAMMERS, J. G., “Efforts to develop a protocol on chlorofluocarbons to the Vienna Convention for the protection of the ozone layer”, *Hague Yearbook of International Law*, 1988, vol. I.

³ En su art. 1 entiende por “capa de ozono” la capa de ozono atmosférico por encima de la capa límite del planeta.

⁴ La ratificación de la Convención y del Protocolo se recibió con la siguiente reserva: La República Argentina rechaza la ratificación del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono efectuada por el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte el 15 de mayo de 1987 y comunicada por el Secretario General de las Naciones Unidas por Nota CN. 112.1987. TREATIES - 1 (Depositary Notification), con respecto a las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y reafirma su soberanía sobre dichas Islas que forman parte integrante de su territorio nacional.

La Asamblea General de las Naciones Unidas ha adoptado las resoluciones 2065 (XX), 3160 (XXVIII), 31/49, 37/9, 38/12 y 39/6 en las que se reconoce la existencia de una disputa de soberanía referida a la Cuestión de las Islas Malvinas y se urge a la República Argentina y al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a reanudar las negociaciones a fin de encontrar lo antes posible una solución pacífica y definitiva de la disputa y de sus restantes diferencias referidas a dicha Cuestión, con la interposición de los buenos oficios del Secretario General, quien deberá informar a la Asamblea General acerca de los progresos realizados. La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó también las resoluciones 40/21 y 41/40 que instan nuevamente a ambas Partes a reanudar dichas negociaciones.

La República Argentina rechaza también la ratificación del mencionado Convenio por el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte con respecto al que ese país denomina “Territorio Antártico Británico”. Al mismo tiempo, reafirma sus derechos de soberanía sobre el Sector Antártico Argentino comprendido entre los Meridianos de 25 y 74 de Longitud Oeste y el Paralelo de 60 de Latitud Sur y el Polo Sur, y su jurisdicción de Estado ribereño en la Antártida con arreglo al derecho internacional. Dichos derechos, fundados en títulos históricos y geográficos, se encuentran controlados por el Artículo IV del Tratado Antártico.

El 16 de setiembre de 2009 llegó a ser el primer convenio en alcanzar ratificación universal⁵. Actualmente el convenio cuenta con 197 Estados Partes ya que en enero de 2012 se incorporó Sudán del Sur⁶.

En él, las naciones convinieron en adoptar medidas apropiadas para proteger la salud humana y el medio ambiente contra los efectos adversos resultantes de las actividades humanas que modifiquen o puedan modificar la capa de ozono.

Este Convenio logró que las naciones llegaran a un acuerdo de principio para hacer frente a un problema ambiental mundial antes de que se sintieran sus efectos o se demostrara científicamente su existencia, lo que probablemente constituye el primer ejemplo de aceptación del “principio de precaución”, cuya adopción tuvo el carácter anticipatorio, por lo que puede ser considerado una aplicación *avant la lette* de este principio⁷.

Entre sus objetivos se encuentra el de alentar a las Partes a promover la cooperación a través de observaciones sistemáticas, investigaciones e intercambio de información sobre el impacto de las actividades humanas en la capa de ozono y para adoptar medidas legislativas o administrativas en contra de actividades que puedan producir efectos adversos en la capa de ozono.

El objetivo del Convenio es “*proteger la salud humana y el medio ambiente de los efectos adversos⁸ resultantes de las modificaciones de la capa de ozono*”.

El Convenio no establece acciones concretas para el control de sustancias que agotan la capa de ozono, simplemente se limita a condicionar las obligaciones generales asumidas por los Estados Partes, previstas en el artículo 2, a “los medios de que dispongan” y “en la medida de sus posibilidades”. No provee entre sus objetivos la reducción en el uso de los CFC, principales agentes químicos que causan el agotamiento del ozono.

Como afirma Juste Ruiz, el convenio no contiene reglas precisas sino que institucionaliza mecanismos de cooperación que podrán elabo-

⁵ http://ozone.unep.org/new_site/sp/vienna_convention.php.

⁶ http://ozone.unep.org/new_site/sp/treaty_ratification_status.php?treaty_id=3&country_id=&srchcrit=1&input=Visualizar.

⁷ Cfr. DRNAS, Z., *El Principio de precaución ambiental. La práctica argentina*, Edit. Lerner, Córdoba, 2008, pp. 35-37. También puede consultarse DRNAS, Z. y otros, *Codificación y comentario de normas internacionales ambientales vigentes en la República Argentina y en el Mercosur*, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2001, pp. 307-311.

⁸ Por “efectos adversos” se entiende “los cambios en el medio físico o las biotas, incluidos los cambios en el clima, que tienen efectos adversos significativos para la salud humana o para la composición, resistencia y productividad de los ecosistemas tanto naturales como objeto de ordenación o para los materiales útiles al ser humano” (art. 1.2).

rarlas⁹. Las obligaciones generales se complementan con compromisos específicos relativos a la investigación y observaciones sistemáticas (art. 3), a la cooperación en las esferas jurídica, científica y tecnológica (art. 4) y a la transmisión de información (art. 5).

El órgano de aplicación del Convenio es la Conferencia de Partes (art. 6), encargada de dar un contenido más preciso a los compromisos asumidos y de adoptar Protocolos de desarrollo del convenio (art. 8). Las funciones de la Secretaría están previstas en el art. 7.

Este convenio no admite reservas (art. 18). Sí en su art. 19 se establece la posibilidad de la denuncia, la cual puede presentarse transcurridos cuatro años de su entrada en vigor.

I. b. Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono de 1987

El Protocolo afirma en su Preámbulo que *“la emisión en todo el mundo de ciertas sustancias puede agotar considerablemente y modificar la capa de ozono de una forma que podría tener consecuencias nocivas sobre la salud y el medioambiente.”* Ante ello, las Partes se declaran *“decididas a proteger la capa de ozono adoptando medidas preventivas para controlar equitativamente las emisiones mundiales de las sustancias que la agotan, con el objetivo final de eliminarlas”*.

El Protocolo es más detallado que el Convenio de Viena y es la base práctica sobre la cual las Partes de ambos tratados actúan. El Protocolo contiene, por ejemplo, normas sobre medidas de control y cálculo de los niveles de control y su evaluación y examen; normas sobre control del comercio con Estados que no sean Parte en el Protocolo, y normas que tratan la situación especial de los países en desarrollo. Además, establece normas sobre la presentación de datos, incumplimiento, investigación, intercambio de información, asistencia técnica, mecanismo financiero y transferencia de tecnología.

Fue aprobado por los Estados en 1987 y entró en vigor el 1 de enero de 1989, cuando 29 países y la CEE, que representaban aproximadamente el 82% del consumo mundial, lo ratificaron. Desde enero del 2012 cuenta con 197 Estados partes¹⁰. La República Argentina lo ratificó el 18 de setiembre de 1990.

La relación entre el protocolo y el convenio está regulada en el art. 14 del protocolo y en el art. 16 del convenio.

⁹ JUSTE RUIZ, J., *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Edit. Mc Graw Hill, 1999, Madrid, pp. 277.

¹⁰ http://ozone.unep.org/new_site/sp/treaty_ratification_status.php?treaty_id=4&country_id=&srchcrit=1&input=Visualizar.

Es un acuerdo sobre las medidas específicas que deben tomarse a fin de salvar la capa de ozono. Con el Protocolo se dio en 1987 el primer paso concreto para proteger la capa de ozono, es decir, se acordó una reducción del 50% de la producción y del consumo de determinados CFC y la congelación de la producción y el consumo de determinados halones antes de 1992 tomando como referencia los niveles calculados de 1986.

El Protocolo, en aplicación del principio de responsabilidad común pero diferenciada, distingue entre dos grupos de países. Los países que operan bajo el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo, que son los países en desarrollo con un consumo anual de sustancias controladas bajo cierto nivel, y el grupo de los que no operan bajo este párrafo los cuales fundamentalmente son países desarrollados. Los países en desarrollo tienen derecho a aplazar por 10 años el cumplimiento de las medidas de control, además de tener facilidad de asistencia técnica y financiera para cumplir las disposiciones del Protocolo.

También establece medidas de control del comercio de las sustancias controladas con Estados que no son Partes en el Protocolo, prohibiéndose la importación de las mismas a partir del 1 de enero de 1990 y su exportación a partir de 1 de febrero de 1993 (art. 4). A tal fin, las Partes deben comunicar a la Secretaría del Convenio datos estadísticos sobre su producción, exportación e importación (art. 7).

Este tratado internacional puede ser modificado de dos maneras: introduciéndole ajustes y/o enmiendas. Los ajustes se deciden en base a lo dispuesto en sus arts. 2.9 y 6 y son obligatorios para todas las Partes. Las enmiendas se adoptan de conformidad con art. 9 del Convenio de Viena de 1985, pero sólo obligan a los sujetos que las ratifican.

Este protocolo fue enmendado en Londres, Copenhague, Montreal y Beijing. En el caso particular de la República Argentina ratificó las enmiendas de Londres¹¹, de Copenhague¹², de Montreal¹³ y de Beijing¹⁴.

II. Obligaciones de los Estados Partes

En la base de las obligaciones convencionales que adquieren los Estados se encuentra la convención marco o Convenio de Viena que como anticipamos “no hace nacer obligaciones directamente exigibles a los Estados Parte, aunque éstos si quedan, en cambio, comprometidos a nego-

¹¹ Ratificada el 04 de diciembre de 1992.

¹² Adhirió el 20 de abril de 1995.

¹³ Ratificó el 15 de febrero de 2001.

¹⁴ Ratificó el 28 de agosto de 2006.

ciarlas en un futuro” y esto se produce mediante dos procedimientos: los protocolos y las decisiones que emanan de las reuniones de la Conferencia de las Partes. Para Drnas de Clément se trata de formulaciones débiles que se subordinan a aquello que las partes pueden hacer según los medios y posibilidades que dispongan para favorecer la cooperación, es decir, que estaríamos en presencia de mecanismos de cooperación más que de reglas autoejecutorias¹⁵.

Por otra parte, cabe destacar que éstas obligaciones medioambientales tienen dos características particulares: a) son de carácter regulatorio, más que recíprocas y b) se aceptan en beneficio de toda la sociedad y no de un grupo de Estados en concreto. Sin embargo, también existen obligaciones que son contractuales y como ejemplo basta mencionar el art. 2, párrafo 9, inc. c del Protocolo de Montreal que habilita un sistema de votación diferente del consenso cuando estipula que “si, a pesar de haberse hecho todo lo posible por llegar a un consenso, no se ha llegado a un acuerdo, esas decisiones se adoptarán, en última instancia, por una mayoría de dos tercios de las Partes presentes y votantes que representen una mayoría de las Partes que operen al amparo del párrafo 1 del artículo 5 presentes y votantes y una mayoría de las Partes que no operan al amparo de esa disposición presentes y votantes”.

Estrictamente, las obligaciones de los Estados para la protección de la capa de ozono y por extensión, para el cuidado de la salud humana y el medio ambiente están enmarcadas, esencialmente, en los artículos 2, 3, 4, 5, 11 y los anexos I y II del Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono y en las especificaciones del Protocolo de Montreal y sus enmiendas.

Respecto del Convenio de Viena y del Protocolo conviene destacar la presencia en ambos preámbulos de la palabra prevención que denota la existencia del denominado principio ambiental de carácter precautorio. De hecho, se considera que este convenio es el primer acuerdo internacional que incorpora este principio. Este principio general del Derecho ambiental puede conceptualizarse como toda acción preventiva que supone actuar frente a una actividad que presumiblemente puede causar un daño irreversible al medio ambiente. Concordando con Drnas de Clément¹⁶, el Convenio de Viena hace referencia a este principio en los párrafos primero y quinto:

¹⁵ Cfr. DRNAS DE CLEMENT, Z. y otros, *Codificación y comentario de Normas internacionales ambientales vigentes en la República Argentina y en el Mercosur*, Edit. La Ley, Bs. As. 2001, p. 310.

¹⁶ DRNAS DE CLÉMENT, Z., *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*, Edit. Lerner, Córdoba, 2008, pp. 35-36.

“Conscientes del impacto potencialmente nocivo de la modificación de la capa de ozono sobre la salud humana y el medio ambiente,

Teniendo presentes también las medidas de precaución que ya se han adoptado, en los ámbitos nacional e internacional, para la protección de la capa de ozono...”

Mientras que el Protocolo de Montreal, hace referencia a este principio en los párrafos segundo, tercero, y cuarto:

“Conscientes de que, en virtud del Convenio, tienen la obligación de tomar las medidas adecuadas para proteger la salud humana y el medio ambiente contra los efectos nocivos que se derivan o pueden derivarse de actividades humanas que modifican o pueden modificar la capa de ozono, Reconociendo que la emisión en todo el mundo de ciertas sustancias puede agotar considerablemente y modificar la capa de ozono en una forma que podría tener repercusiones nocivas sobre la salud y el medio ambiente,

Conscientes de los posibles efectos climáticos de las emisiones de esas sustancias...”

Habiendo especificado lo anterior, es importante señalar que las obligaciones estatales más importantes en la esfera medioambiental se relacionan con la protección de la salud humana y del medio ambiente y con la adopción de todas las medidas que resultaren necesarias. Esta obligación general se plasma en el art. 2 del Convenio de Viena e incluye obligaciones de “hacer” como cooperar mediante observaciones sistemáticas, investigación e intercambio de información (art. 2.2. a), adoptar las medidas legislativas o administrativas adecuadas (art. 2.2. b) y cooperar en la formulación de medidas, procedimientos y normas convenidos y con los órganos internacionales competentes para la aplicación del convenio (art. 2.2., inc. c y b).

Específicamente, la base para la cooperación en la *realización de investigaciones científicas* se encuentra en los arts. 2.2.a y 3 del Convenio de Viena, siendo que en este último artículo se estipulan los temas sobre los cuales deben tratar dichas investigaciones. Así, las investigaciones se deben enfocar en:

- a) Los procesos físicos y químicos que puedan afectar a la capa de ozono;
- b) Los efectos sobre la salud humana y otros efectos biológicos de cualquier modificación de la capa de ozono, en particular los ocasionados por modificaciones de las radiaciones solares ultravioleta que tienen una acción biológica (UV-B);
- c) La incidencia sobre el clima de cualquier modificación de la capa de ozono;
- d) Los efectos de cualquier modificación de la capa de ozono y de la consiguiente modificación de las radiaciones UV-B sobre materiales naturales o sintéticos útiles para el ser humano;
- e) Las sustancias prácticas, procesos y actividades que puedan afectar a la capa de ozono, y sus efectos acumulativos;
- f) Las sustancias y tecnologías alter-

nativas; g) Los asuntos socioeconómicos conexos; como se especifica en los anexos I y II.

A su vez, se han agregado temas de preocupación específicos en las diferentes reuniones de la Conferencia de Partes. En la decisión CIV/4 de la Primera Reunión de la Conferencia de Partes, adoptada en Helsinki en 1989 se especificó la necesidad de realizar investigaciones sobre:

a) Las repercusiones sobre la atmósfera de los sustitutos potenciales de las sustancias controladas, particularmente con respecto a su probable capacidad potencial de agotamiento del ozono y a su efecto potencial de invernadero; b) La vigilancia de los gases más raros en la troposfera y las investigaciones sobre sus interacciones; c) La ampliación del Sistema Mundial de Observación del Ozono, en particular en los trópicos y el hemisferio meridional. Se deberá prestar atención especial a la vigilancia del ozono en las regiones polares. Las naciones deben asumir un compromiso a largo plazo de aplicar programas de vigilancia de este tipo y, en particular de poner a disposición los recursos necesarios para su aplicación eficaz; d) Los efectos biológicos y las repercusiones sobre la salud humana de los cambios de las radiaciones ultravioletas en la superficie de la tierra. Se debe prestar particular atención a las repercusiones sobre la producción de alimentos en el mundo en desarrollo y a la producción de variedades de cultivo resistentes a niveles superiores de radiaciones ultravioletas; e) Las investigaciones de los efectos sobre la atmósfera de los gases que pueden agotar la capa de ozono distintos de las sustancias controladas, por ejemplo el metilcloroformo; f) Estudios relativos a los efectos sociales y económicos del agotamiento del ozono.

En la decisión CVIV/3 de la Cuarta Reunión de la Conferencia de las Partes se estipuló que los Estados Partes debían, en relación con las investigaciones y mediciones:

a) mantener y ampliar la vigilancia y el registro de las mediciones del ozono estratosférico y troposférico, incluidos los perfiles verticales y la presencia de otros elementos en trazas y aerosoles, y que continúen con el desarrollo y aplicación de nuevos métodos de observación, tales como mediciones desde aeronaves y satélites;

b) intensificar la investigación y la cuantificación de los procesos estratosféricos y troposféricos mediante la vigilancia periódica y la realización de campañas experimentales para profundizar en el conocimiento de los cambios que están teniendo lugar y continuar el desarrollo de las predicciones de los cambios estratosféricos a corto y a largo plazo;

c) investigar las interacciones entre el ozono y el clima y los efectos de las emisiones de las aeronaves;

d) cooperar con la Organización Meteorológica Mundial en su continua labor en pro de la coordinación y la compatibilidad de las mediciones de la radiación UV-B y su registro;

- e) Fomentar la investigación de los efectos de la radiación UV-B mediante, entre otras cosas, el establecimiento de datos de referencia sobre sistemas biológicos y la determinación de las interacciones con otros factores ambientales, como el cambio climático;
- f) cooperar con la Organización Meteorológica Mundial y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente para fomentar la capacitación y la vigilancia de referencia del ozono y de la radiación UV-B y las investigaciones conexas en los países en desarrollo;
- g) apartar contribuciones voluntarias adicionales al Fondo Especial para la Vigilancia del Medio Ambiente de la Organización Meteorológica Mundial para el Sistema Mundial de Observación del Ozono.

La Quinta Reunión amplió los temas de las decisiones anteriores. Así, se pide a las partes que:

- a) Que continúen manteniendo instrumentos y desarrollen la vigilancia, la calibración y el registro de las mediciones del ozono estratosférico y troposférico, incluidas las mediciones de los perfiles verticales del ozono y la presencia de otros elementos en traza y aerosoles que son esenciales, y que continúen con el desarrollo y aplicación de nuevos métodos de observación, tales como mediciones desde aeronaves y satélites, simultáneamente con un programa acelerado para la calibración de instrumentos de medición terrestres;
- b) Que amplíen las estaciones de ozono terrestres, especialmente en la parte continental de Asia (p. ej. Siberia), así como en la región del Caribe y América central;
- c) Que intensifiquen la investigación y la cuantificación de los procesos estratosféricos y troposféricos mediante la vigilancia periódica y la realización de campañas experimentales para comprender los cambios que están teniendo lugar y continuar el desarrollo y el aprovechamiento de las predicciones de los cambios estratosféricos a corto y largo plazo;
- d) Que continúen dando alta prioridad a la investigación de las interacciones entre el ozono y el clima y los efectos de las emisiones de las aeronaves en el ozono;
- e) Que pidan a la Organización Meteorológica Mundial que continúe su labor para mejorar la calidad y la compatibilidad de las mediciones de la radiación UV-B y su registro;
- f) Que fomenten especialmente la investigación sobre los efectos de la radiación ultravioleta (UVB), y las actividades para vigilar esos efectos;
- g) Que pidan a la Organización Meteorológica Mundial y al Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente que adopten medidas para fomentar la capacitación y la vigilancia del nivel básico del ozono y de la radiación UV-B y la investigación conexas en los países en desarrollo, teniendo en cuenta que esos objetivos sólo pueden lograrse con la ayuda de organizaciones internacionales de financiación como el Fondo para el Medio Ambiente Mundial y el apoyo directo que prestan las Partes en el Convenio a esos programas por conducto de mecanismos adecuados.

Finalmente, la novena Conferencia de las Partes refiere nuevamente a la necesidad de mantener los instrumentos de vigilancia, investigar e insta a los Estados a seguir las recomendaciones de la séptima reunión de Administradores de investigaciones sobre el ozono.

Por otra parte, los datos deben ser comparables, por lo cual desde la firma del Convenio hasta la Novena Reunión de las Partes (2011) se instó a las partes a ayudar a los países en desarrollo a calibrar los instrumentos de modo de obtener datos comparables. Datos específicos son pedidos por el Protocolo de Montreal en relación con el consumo y la producción nacional de sustancias controladas según el art. 7.

Así, luego de la determinación de los temas a investigar y la obtención de datos comparables, resulta necesario transmitir la información obtenida. Por ende, paralelamente a la reunión, validación y transmisión de datos (art. 4 del Convenio de Viena) se procede al intercambio de investigaciones científicas, técnicas, socioeconómicas, comerciales y jurídicas (art. 4 y anexo 2 del Convenio de Viena). Cabe señalar que este intercambio estará sujeto a la cumplimentación de los arts. 7 y 9 del Protocolo de Montreal según lo estipulado en la decisión CVII/2 de la Segunda Reunión de Partes. Concretamente, respecto de la transmisión de información, los Estados partes deberán comunicar a la Secretaría sobre: a) medidas aplicadas (art. 5 del Convenio de Viena), licencias impuestas por el Estado (art. 4B.3 del Protocolo de Montreal), transferencia de producción de manera inmediata (arts. 2.5 y 2.7 del Protocolo de Montreal), transferencia de consumo (art. 2.5 bis del Protocolo de Montreal) y transferencia de tecnología (art. 10A del Protocolo de Montreal). Además, todo Estado Parte deberá presentar informes cada tres años sobre las actividades realizadas en relación al art. 9 (art. 9.3 del Protocolo de Montreal).

Por otra parte, la adopción de medidas legislativas y administrativas adecuadas para cumplir con las normas internacionales se plasma en obligaciones estatales relativas a: a) el fomento o establecimiento de programas conjuntos o complementarios para las observaciones sistemáticas del estado de la capa de ozono y de otros parámetros pertinentes (art. 3.2 del Convenio de Viena), la prohibición de importar determinadas sustancias de Estados no partes (art. 4.1 del Protocolo de Montreal), el desalentar la exportación así como la prohibición de conceder nuevas subvenciones, ayuda, créditos, garantías o programas de seguros para la exportación a Estados que no sean Partes, salvo que ayuden a lidiar con el problema (arts. 4.2 y 4.6 del Protocolo de Montreal), la prohibición de exportación de determinadas sustancias —salvo para si éstas fueren destinadas a su destrucción— (art. 4.7, 4A.1 del Protocolo de Montreal), el establecimiento de licencias —en tiempos diferenciales— (art. 4B.1 y 4B.2 del Protocolo de

Montreal), la obligación de donar al Fondo Multilateral (art. 10.3 del Protocolo de Montreal), la incorporación de decisiones obligatorias producto de la reunión de partes (art. 2.9.d del Protocolo de Montreal), la adopción de medidas para favorecer la transferencia de tecnología hacia países en vías de desarrollo (art. 10A del Protocolo de Montreal), el pedido de apoyo hacia los programas de vigilancia del ozono y la radiación UV-B y a las investigaciones conexas en los países en desarrollo a través de mecanismos apropiados (Decisión CVIV/4, Cuarta Reunión de las Partes), la reducción de sustancias en tiempos diferenciales (art. 5 del Protocolo de Montreal), la promoción de capacitaciones (anexo 1 del Convenio de Viena) y la determinación de los medios para impartir aquéllas, la formulación de recomendaciones (anexo 1 del Convenio de Viena), la formulación de medidas, procedimientos y normas y cooperación con los organismos competentes para la aplicación del Convenio (art. 2 del Convenio de Viena), y la realización de actividades para favorecer la sensibilización del público (art. 9.2 del Protocolo de Montreal).

Paralelamente a las obligaciones expuestas se encuentran medidas que revisten el carácter de opcionales. Ejemplo de esto es la posibilidad de: a) aplicar medidas adicionales no incompatibles con el convenio (art. 2.3 del Convenio de Viena), b) aplazar el cumplimiento de las obligaciones por diez años a causa del desarrollo económico del Estado (arts. 5.1 y 8 del Protocolo de Montreal), c) proveer a una parte de los consumos/producción de la otra parte (art. 2.5 del Protocolo de Montreal), d) colocar nuevas sustancias en las listas o eliminarlas de ellas, así como medidas de control (art. 2.9 del Protocolo de Montreal).

Finalmente, cuando surgiera un conflicto las partes deberán obligatoriamente recurrir a lo estipulado en el art. 11 del Convenio de Viena, el cual determina la obligatoriedad de resolver la controversia por medios pacíficos. En un primer momento se exige a las partes que entablen negociaciones. En caso de que éstas no pudiesen llevarse a cabo, existen dos vías alternativas para la solución de controversias: los buenos oficios o la mediación. Tras la imposibilidad de resolverse la cuestión por las vías precedentes se procederá optando por el arbitraje o por someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia. En caso de no someterse al arbitraje o a la Corte, se podrá optar por una comisión de conciliación, salvo que las partes acuerden otra cosa (art. 11 del Convenio de Viena). El problema reside en que la resolución de la comisión será de carácter definitivo, pero recomendatorio. En relación con esto, el reglamento de arbitraje estipula en su art. 15 que la decisión será de carácter obligatorio para las partes, pero no se estipula ningún procedimiento en caso de incumplimiento posterior.

El análisis de las obligaciones antes explicitadas nos permite determinar que hablamos de obligaciones que se incorporan al derecho interno sobre la base de los requerimientos del Convenio de Viena. A su vez, se denota que la responsabilidad de los Estados en la protección del medio ambiente es diferenciada toda vez que se le permite a los países en vías de desarrollo poder aplazar el cumplimiento de ciertas medidas. Finalmente, puede señalarse que estamos en presencia de una gran variedad de obligaciones de “hacer” que tienden a proteger el medio ambiente incentivando la cooperación constante entre los Estados con base en la preservación de un interés común.

III. Mecanismos de control

En este punto en primer lugar esbozaremos algunas características generales de los mecanismos de control del cumplimiento de los acuerdos ambientales, para luego detenernos en los mecanismos establecidos en el marco de la protección de la capa de ozono.

Los mecanismos de control establecidos en los tratados internacionales en materia ambiental permiten obtener información sobre el estado de aplicación y cumplimiento de las obligaciones de los Estados, evaluación fáctica y jurídica de su cumplimiento, a fin de identificar posibles incumplimientos. Es posible diferenciar dos categorías de mecanismos de control, los mecanismos permanentes y generales y los ocasionales y específicos.

El objetivo de los mecanismos de control varía, ya que unos buscan apoyar la correcta aplicación de las obligaciones convencionales, en tanto, otros apoyan el cumplimiento de las mismas a través de procedimientos de incumplimiento. En todos los casos, los mecanismos se caracterizan por brindar asistencia y apoyo en pos de la aplicación y el cumplimiento y no revisten un carácter coercitivo o sancionador. Las características de estos mecanismos varían en función de las particularidades del tratado en cuyo marco se crean y de las necesidades del sector ambiental a proteger. En algunos casos, se da una utilización simultánea de distintos mecanismos funcionando así el control de manera acumulativa. Por ejemplo, los informes estatales pueden ser el disparador de una medida de incumplimiento o de la realización de inspecciones *in situ*.

En el marco del Convenio de Viena de 1985 se estableció la Conferencia de Partes¹⁷, órgano encargado de dar un contenido más preciso a los

¹⁷ Artículo 6 Conferencia de las Partes.

1. Queda establecida una Conferencia de las Partes...

2. Las reuniones extraordinarias de la Conferencia de las Partes se celebrarán cuando la Conferencia lo estime necesario o cuando cualquiera de las Partes lo solicite por escrito, siempre

compromisos asumidos y, en particular, de adoptar Protocolos de desarrollo del Convenio.

El Protocolo de Montreal en su artículo 6¹⁸ prescribe que las partes evaluarán al menos cada cuatro años la aplicación de las medidas de control estipuladas y prevé el establecimiento de procedimientos y mecanismos institucionales para determinar el incumplimiento de las disposiciones del protocolo y las medidas que haya que adoptar respecto de las Partes que no hayan cumplido lo prescrito. En el artículo 8¹⁹ se establece que en caso de incumplimiento las Partes aprobarán procedimientos y mecanismos institucionales para determinar el incumplimiento de las

que, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que la solicitud les sea comunicada por la Secretaría, un tercio de las Partes, como mínimo, apoye esa solicitud.

3. La Conferencia de las Partes acordará y adoptará por consenso su reglamento interno y su reglamentación financiera...

4. La Conferencia de las Partes examinará en forma continua la aplicación del presente Convenio y, asimismo:

a) Establecerá la forma de intervalos para transmitir la información que se habrá de presentar con arreglo al artículo 5 y examinará esa información, así como los informes presentados por cualquier órgano subsidiario;

b) Examinará la información científica sobre el estado de la capa de ozono, sobre su posible modificación y sobre los efectos de tal modificación;

c) Promoverá, de conformidad con el artículo 2, la armonización de políticas, estrategias y medidas adecuadas encaminadas a reducir al mínimo la liberación de sustancias que causen o puedan causar modificaciones de la capa de ozono, y formulará recomendaciones sobre otras medidas relativas al presente Convenio;

d) Adoptará, de conformidad con los artículos 3 y 4, programas de investigación y observaciones sistemáticas, cooperación científica y tecnológica, intercambio de información y transferencia de tecnología y conocimientos;

e) Considerará y adoptará, según sea necesario y de conformidad con los artículos 9 y 10, las enmiendas al Convenio y a sus anexos;

f) Considerará las enmiendas a cualquier protocolo o a cualquier anexo al mismo y, si así se decide, recomendará su adopción a las Partes en los protocolos pertinentes;

g) Considerará y adoptará, según sea necesario de conformidad con el artículo 10, los anexos adicionales al presente Convenio;

h) Considerará y adoptará, según sea necesario, los protocolos de conformidad con el artículo 8;

i) Establecerá los órganos auxiliares que se consideren necesarios para la aplicación del presente Convenio.

¹⁸ Artículo 6 Evaluación y examen de las medidas de control A partir de 1990, y por lo menos cada cuatro años en lo sucesivo, las Partes evaluarán las medidas de control previstas en el artículo 2 y en los artículos 2A a 2I teniendo en cuenta la información científica, ambiental, técnica y económica de que dispongan. Al menos un año antes de hacer esas evaluaciones, las Partes convocarán grupos apropiados de expertos competentes en las esferas mencionadas y determinarán la composición y atribuciones de tales grupos. En el plazo de un año a contar desde su convocación, los grupos comunicarán sus conclusiones a las Partes, por conducto de la Secretaría.

¹⁹ Artículo 8 Incumplimiento Las Partes, en su primera reunión, estudiarán y aprobarán procedimientos y mecanismos institucionales para determinar el incumplimiento de las disposiciones del presente Protocolo y las medidas que haya que adoptar respecto de las Partes que no hayan cumplido lo prescrito.

disposiciones del Protocolo y las medidas adoptadas por las Partes que no hayan cumplido. Las enmiendas de noviembre de 1992 han establecido un procedimiento muy desarrollado, el que comporta la intervención de un Comité de aplicación que, en caso de no lograr una solución amistosa aceptable para las Partes concernidas, someterá un informe a la Reunión de las Partes que autorizará las medidas de reacción que sean conformes con el Derecho Internacional.

El referido Comité de Aplicación toma en consideración las alegaciones de incumplimiento presentadas por cualquier Estado Parte ante la Secretaría y recomienda a la Reunión de Partes la adopción de alguna acción²⁰.

Coincidimos con Borrás Pentinat cuando afirma que el Protocolo de Montreal tiene un sistema de control muy avanzado, pues desde una perspectiva institucional tiene distintos órganos de control, la Secretaría y el Comité de Aplicación órgano que somete su informe posteriormente a la Reunión de Partes²¹.

En la Décima Reunión de las Partes, celebrada en El Cairo el 23 y 24 de noviembre de 1998, por Decisión X/10 se aprobó el examen del procedimiento relativo al incumplimiento²².

²⁰ Ver Decisión II/5 de la Reunión de Partes en doc UNEP/OzL.Pro.2/3 (19909, enmendada por la Dec. III/20, doc.UNEP/OzL.Pro.3/11 (1991) y dec. IV/5 de Reunión de Partes en doc. UNEP/OzL.Pro4/15 en <http://www.unep.org/ozone/3mnbofin.htm>.

²¹ Cfr. BORRAS PENTINAT, S., "Los mecanismos de control de la aplicación y del cumplimiento de los tratados internacionales multilaterales de protección del medio ambiente", en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=8235>.

²² Se ha estipulado el siguiente procedimiento de conformidad con el artículo 8 del Protocolo de Montreal. Se aplicará sin perjuicio de las disposiciones del procedimiento de solución de controversias establecido en el artículo 11 del Convenio de Viena.

1. Si una o más Partes tienen reservas respecto del cumplimiento por otra Parte de las obligaciones contraídas en virtud del Protocolo, estas reservas pueden ser expresadas por escrito a la Secretaría. Toda comunicación de esa índole deberá ir acompañada de información que la corrobore.

2. La Secretaría, dentro de las dos semanas siguientes a la recepción de una comunicación, enviará copia de la misma a la Parte cuyo cumplimiento de una determinada disposición del Protocolo esté en discusión. La respuesta, de haberla, junto con la información que la acompañe, será presentada a la Secretaría y a las Partes interesadas en el plazo de tres meses contados desde la fecha del envío o dentro de un plazo más prolongado si las circunstancias de algún caso particular lo requieren. Si la Secretaría no hubiera recibido una respuesta de la Parte tres meses después de haber enviado la comunicación original, la Secretaría enviará a la Parte un recordatorio de que debe formular su respuesta. Tan pronto como se disponga de la respuesta e información de la Parte, pero a más tardar seis meses después de recibir la comunicación, la Secretaría transmitirá la comunicación, la respuesta y la información, si la hubiera, proporcionada por las Partes al Comité de Aplicación mencionado en el párrafo 5, el cual examinará la cuestión lo antes posible.

3. Cuando, durante la preparación de su informe, la Secretaría tenga conocimiento de la posibilidad de que alguna Parte no haya cumplido sus obligaciones en virtud del Protocolo, podrá solicitar a esa Parte que facilite la información necesaria al respecto. Si no se recibe respuesta

Al ser los informes estatales uno de los medios por los que se efectúa el control del cumplimiento del tratado, el art. 7 del Protocolo prevé que las partes tienen que brindar información estadística sobre produc-

de la Parte de que se trate en el plazo de tres meses, o en un plazo más largo si las circunstancias del asunto lo requieren, y éste no se resuelve con medidas administrativas o a través de contactos diplomáticos, la Secretaría incluirá el asunto en su informe a la reunión de las Partes de conformidad con el artículo 12 c) del Protocolo, e informará al Comité de Aplicación, que examinará la cuestión lo antes posible.

4. Cuando una Parte llegue a la conclusión de que, pese a haber realizado de buena fe los mayores esfuerzos posibles, no está en condiciones de cumplir plenamente las obligaciones contraídas en virtud del Protocolo, podrá dirigir por escrito una comunicación a la Secretaría para explicar, en particular, las circunstancias concretas que, a su juicio, son la causa del incumplimiento. La Secretaría transmitirá esa comunicación al Comité de Aplicación, que la examinará lo antes posible.

5. Se establece un Comité de Aplicación, compuesto por diez Partes elegidas por dos años por la Reunión de las Partes con arreglo al criterio de la distribución geográfica equitativa. Se requerirá que cada Parte así elegida como miembro del Comité notifique a la Secretaría en un plazo de dos meses desde su elección, el nombre de la persona que la representa y procurará que la misma persona siga siendo su representante durante todo el mandato. Las Partes salientes también podrán ser reelegidas por un mandato inmediatamente consecutivo. Una Parte que haya completado un segundo período consecutivo de dos años como miembro del Comité sólo podrá ser elegida nuevamente después de un año de ausencia en el Comité. El Comité de Aplicación elegirá su propio Presidente y Vicepresidente. Ambos desempeñarán sus funciones durante un año cada vez. El Vicepresidente desempeñará además las funciones de relator del Comité.

7. Las funciones del Comité de Aplicación serán las siguientes:

- a) Recibir y examinar toda comunicación presentada de conformidad con los párrafos 1, 2 y 4, e informar al respecto;
- b) Recibir y examinar toda información u observación transmitida por la Secretaría en relación con la preparación de los informes mencionados en el artículo 12 c) del Protocolo e informar al respecto, así como sobre toda otra información relativa al cumplimiento de las disposiciones del Protocolo recibida y comunicada por la Secretaría;
- c) cuando lo considere necesario, solicitar por conducto de la Secretaría más información sobre las cuestiones que esté examinando;
- d) Determinar los hechos y las posibles causas que guardan relación con el incumplimiento y formular recomendaciones adecuadas a la Reunión de las Partes;
- e) A invitación de la Parte interesada, reunir información en el territorio de esa Parte en cumplimiento de las funciones del Comité;
- f) Mantener, en particular para la preparación de sus recomendaciones, un intercambio de información con el Comité Ejecutivo del Fondo Multilateral en relación con la cooperación financiera y técnica, comprendida la transferencia de tecnología a las Partes que operan al amparo del párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo.

8. El Comité de Aplicación examinará las comunicaciones, la información y las observaciones mencionadas en el párrafo 7 con miras a lograr una solución amistosa del problema, basada en el respeto de las disposiciones del Protocolo.

9. El Comité de Aplicación informará a la Reunión de las Partes, presentando recomendaciones si lo considera apropiado. El informe se pondrá a disposición de las Partes a más tardar seis semanas antes de su reunión. Después de recibir el informe del Comité, las Partes podrán, teniendo en cuenta las circunstancias del asunto, tomar una decisión al respecto y pedir que se adopten medidas para lograr el pleno cumplimiento del Protocolo, incluidas medidas para ayudar a las Partes a cumplir el Protocolo y para facilitar la consecución de los objetivos del Protocolo.

ción, importación y exportación, y a los fines de asegurar la uniformidad entre los diferentes informes estatales, la Conferencia de las Partes precisó las formalidades e información a ser incluida. En el ámbito del Protocolo de Montreal se adoptó un formulario tipo que permitió estandarizar la información recibida²³.

IV. Conclusión

Fruto de las obligaciones asumidas por los Estados Partes en los acuerdos internacionales antes referidos y de los mecanismos de cumplimiento, se ha reducido la producción y el consumo de sustancias que agotan la capa de ozono. Se han logrado en este sector de la protección ambiental medidas concretas y cuyo efectivo cumplimiento es factible de alcanzar aunque sea aún un tema pendiente.

El ser estos los tratados internacionales ambientales en lograr mayor número de ratificaciones son demostrativos de la importancia asignada por toda la comunidad internacional a la protección del medio ambiente, ello debe llenarnos de esperanza de cara al futuro, pues si bien resta mucho camino por recorrer, hechos como el señalado son una señal por demás prometedora.



²³ Vid Decisión III/9 en el Manual del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, p. 269 en <http://ozone.unep.org/spanish/Publications/MP-Handbook-07-es.pdf>.

IMPACTO DE LA MIGRACIÓN EN LOS DERECHOS HUMANOS[†]

*Amalia Uriondo de Martinoli**

Resumen: El artículo esboza algunas ideas en torno a la migración a escala internacional, ya que se considera que cerca del 3% de la población mundial no vive en su país de origen. El migrante, como toda persona, se encuentra bajo el manto protector de los instrumentos jurídicos de derechos humanos y libertades fundamentales. No obstante, en el proceso de integración en la sociedad de acogida afloran los conflictos que se traducen en el rechazo, la xenofobia y la estigmatización de los sujetos migrantes, que arrojan sombras sobre el presente. No es posible hablar de la integración social de los inmigrantes si no se tienen garantizados los derechos inherentes a todos los seres humanos. El principio que permitirá unir la diversidad y la diferencia es la tolerancia con otros mundos y realidades.

Palabras clave: Migración internacional - derechos humanos - integración social - tolerancia.

I. Introducción

El presente trabajo forma parte de la investigación desarrollada en el marco del proyecto titulado “Migraciones internacionales y su incidencia en el estatuto personal” (Código 05/D547) y pretende abrir un nuevo espacio de debate que plantea la emigración a escala internacional y el modo en que los derechos humanos de los migrantes son protegidos. No es un tema nuevo ni mucho menos, ya que existe una extensa literatura que ha sido estudiada desde diferentes disciplinas y enfoques dentro de ellas (sociología, antropología, historia, filosofía, derecho, política, educativa, etc.). El eje de la cuestión radica en compatibilizar el principio de la libertad de tránsito, que recoge la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948¹, con el derecho soberano de cada Estado de de-

[†] Recibido el 07/05/2013, Aprobado el 23/12/2013.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesora Titular, Cátedra “B”, Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Par Evaluadora de Proyectos de Investigación. Docente-Investigadora Categoría I. Profesora de Posgrado en Universidades nacionales y extranjeras. Autora de libros, capítulos y artículos publicados en el país y en el extranjero. Miembro de Asociaciones de Derecho Internacional. e-mail: martinoli@fibertel.com.ar.

¹ Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), cuyo art. 13 establece que 1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a seguir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene el derecho a salir de

cidir quién entra y quién sale de su territorio. Los Estados pueden asegurar sus fronteras y resolver sobre las condiciones de ingreso y permanencia, así como sobre las condiciones de expulsión de las personas que ingresan en su espacio territorial. Ahora bien, un hecho incuestionable es que las poblaciones migrantes constituyen grupos altamente vulnerables en cuanto a la vigencia de sus derechos fundamentales. Es por ello, que la comprensión del fenómeno migratorio no puede entenderse desligado de la integración de los extranjeros en la sociedad receptora y de la necesidad de proponer o adaptar las soluciones existentes, a partir de un estricto respeto de los derechos de las personas migrantes. De ese modo, se instaura la necesidad de combinar dos exigencias a menudo contrapuestas: la integración del inmigrante en el país de destino y el respeto a sus orígenes.

Para reflexionar sobre estos problemas dividiré el trabajo en dos partes: en la primera, me referiré a los distintos aspectos que presentan los flujos migratorios. En la segunda, me centraré en la normativa internacional sobre derechos humanos que constituye el sustento jurídico de los principios de la tolerancia, cuyo objetivo es promover actitudes y valores que fortalezcan la coexistencia, el pluralismo y el respeto a los diferentes grupos e individuos que forman la sociedad. De allí que surjan estos interrogantes: ¿Qué es migración?; ¿Quién es un migrante?; ¿Se protegen los derechos de los migrantes?

1. Migración internacional

La primera cuestión que nos plantea la migración internacional es precisar ¿Qué es migración? Muchas veces se utiliza la definición en un sentido amplio para referirse a todo movimiento de las personas de un lugar a otro por razones de satisfacción de necesidades generalmente económicas o mejora de las condiciones de vida. La migración es una de las formas de movilidad humana, por lo general, la decisión de emigrar suele estar influida por el contexto social. Tal vez por ser el modo más generalizado también se la emplea para referirse a casi todos los tipos de desplazamientos², que conllevan un cambio de residencia bien sea temporal o definitivo. Así, cabe identificar el caso de las “migraciones mixtas”, movimientos que incluyen refugiados, peticionantes de asilo, migrantes económicos, menores

cualquier país, incluso del propio, y regresar a su país. Así también lo establecen, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (art. 22); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 12). Los instrumentos también garantizan muchos otros derechos aplicables a situaciones que son comúnmente experimentadas dentro del contexto de la migración.

² Cfr. “Los migrantes, sus derechos y legislación aplicable. Guía práctica”, disponible en: www.iom.int/jahia/webdav/.../oim_colombia_guia_practica.pdf.

no acompañados, migrantes ambientales, personas traficadas, víctimas de trata y migrantes varados, entre otros, y cuya principal característica es la condición de vulnerabilidad asociada con la irregularidad de las personas involucradas³. Aunque la migración tiene ciertas especificidades respecto a otros géneros como el refugio y el desplazamiento forzado, que comprenden a las personas que huyen de situaciones que atentan contra la integridad y la seguridad.

Seguidamente nos preguntamos ¿Quién es un migrante?

Esta es una pregunta interesante ya que, de alguna manera, todas las personas podemos identificarnos de una forma u otra con la inmigración. A nivel internacional no hay una definición aceptada de migrante, no obstante ha sido entendido como aquél que ha tomado, en forma libre, la decisión de migrar por conveniencia personal y sin ningún tipo de presión externa. Este término se aplica a aquellas personas y los miembros de su familia, que se desplazan a otro país u otra región con el fin de mejorar sus condiciones materiales y/o sociales⁴. También se lo ha conceptualizado como un término genérico que abarca tanto al emigrante —persona que deja un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él— como al inmigrante —persona que llega a otro Estado con el propósito de residir en él—⁵.

Son diversas las causas de la migración y el perfil de los migrantes. Incita la movilidad de la población a escala internacional una serie de causas: las tendencias demográficas, los conflictos armados⁶, los desastres naturales, las desigualdades de las economías nacionales, las condiciones de pobreza de amplios sectores, la falta de oportunidades laborales y, en general, el abismo cada vez mayor entre pobreza y riqueza. En la historia sabemos de desplazamientos de personas de un lugar a otro y a veces de un país a otro por razones de hostigamiento político o religioso o simplemente en búsqueda de trabajo que desde África, Iberoamérica y algunas partes de Asia se trasladan hacia zonas desarrolladas del mundo. Con el progreso de la tecnología y de las comunicaciones, los intercambios son más frecuentes

³ *Migración internacional en América Latina y el Caribe- Nuevas tendencias, nuevos enfoques*, Editor JORGE MARTÍNEZ PIZARRO, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, mayo de 2011, p. 21.

⁴ Organización Internacional para las Migraciones; *International Migration Law. Glossary on Migration*: OIM, Ginebra 2004, p. 40.

⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003 solicitada por México bajo el epígrafe “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados” (párr. 69).

⁶ En los últimos meses miles de personas que escapan de la guerra civil de Siria comenzaron a llegar a campos de refugiados del Líbano (Sabra y Shatila), cfr. diario La Nación de 15 de septiembre de 2012.

y sobre todo más complejos. Se habla de la globalización y ese concepto agrupa una serie de elementos que llevan a una mayor cercanía entre países y a un estrecho contacto entre culturas diversas.

Las migraciones internacionales han sido un componente socio-cultural básico en el curso del siglo XX, y podemos asegurar que durante el XXI persistirán los amplios movimientos de personas sin que sus características predominantes varíen substancialmente, pues *“los factores socio-culturales, políticos y sobre todo económicos que hicieron del pasado siglo ‘la era de la migración internacional’ (Castles y Zlotnik, 1999), no parecen desaparecer por el momento, de modo que su configuración actual le confiere a ésta un carácter de ‘fenómeno a largo plazo’ (Suárez-Orozco, 2001)”*⁷, cada día más dinámico y fluido. Estudios e informes de organismos internacionales⁸ señalan que la totalidad de migrantes alcanza al 3% de la población mundial, y afecta a casi todos los países, ya sea como país de emigración, de inmigración, de tránsito, o incluso, los tres caracteres a la vez. Actualmente, se estima que el número de personas que se han establecido en un país distinto del que nacieron oscila entre 185 y 192 millones en todo el mundo. Ello permite afirmar que la migración internacional o la libre circulación de personas entre territorios autónomos, con sistemas políticos, jurídicos, económicos y sociales heterogéneos, se ha convertido en una característica intrínseca de la globalización, en donde la brecha entre países desarrollados y en desarrollo se puede agudizar.

a) Destinos de la emigración

Históricamente en los países de Sudamérica las migraciones fueron marcadas por corrientes venidas de Europa. Hoy han cambiado de dirección, se han invertido las tendencias migratorias, pasando de ser una zona de inmigración para convertirse en una región con movimientos migratorios que circulan por diferentes lugares, gran parte van a Estados Unidos y hacia los países más cercanos. El deterioro de las economías, el empobrecimiento de la clase media y la elevada desocupación han hecho que gran parte de los migrantes hayan elegido países de la misma región y aquellos con mejores posibilidades económicas y preparación intelectual hayan optado por Europa, Estados Unidos o incluso Japón.

⁷ VALIDO, ANA MARÍA, “Migración internacional y Derecho de familia: realidades y retos”, *Aldea Mundo Revista sobre Fronteras e Integración*, Año 11, No. 22 / Noviembre 2006 - Abril 2007.

⁸ Ver “La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes”, publicado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) 2005.

En tanto, dentro de América Latina y el Caribe, la cifra de inmigrantes total representa únicamente el 1% de la población regional, mientras tanto, el porcentaje de emigrantes sube al 4%. O sea que por cada inmigrante que llega a la región, cuatro personas están afuera. Algunas excepciones que se han convertido en polos de atracción dentro de la zona son los casos de Argentina, Costa Rica y Venezuela en América Latina y Puerto Rico, Barbados y Bahamas en el Caribe. Las poblaciones inmigrantes en estos países giran alrededor del 10% y en los casos caribeños superan esta cifra⁹. Para complicar aún más la escena, cabe añadir que los flujos migratorios atraviesan las fronteras no sólo del o los países inmediatamente vecinos, sino que muchas veces se ven obligados a cruzar las de varios Estados en su camino al país al que migran. La situación de los “transmigrantes” o “migrantes de paso” conlleva la necesidad de establecer una regulación propia además de la prevista para los supuestos de inmigración y emigración de personas o grupos¹⁰.

En Europa occidental, en los últimos años, se han establecido alrededor de veinte millones de migrantes, es decir, casi un 15% de la población activa, siendo un 40% de ellos provenientes de países del tercer mundo. Esta circunstancia denota que la adaptación y la convivencia de algunos grupos de inmigrantes con la sociedad receptora resultan en verdad conflictivas, pues proceden de lugares que presentan gran variedad de etnias, culturas, lenguas y religiones, que no muestran una gran afinidad con la cultura europea¹¹.

Desde mediados del siglo XIX, la República Argentina ha sido un país receptor de inmigrantes, tanto intra-continetales como extra-continetales. Por diversos motivos, la presencia de la migración ultramarina comenzó a disminuir notablemente a mediados del siglo XX¹², en tanto que la inmigración proveniente de países limítrofes se mantuvo relativamente estable a lo largo del siglo. Cabe señalar el incremento de la corriente migratoria proveniente de otros países latinoamericanos, entre los que se destaca Perú, de países asiáticos, principalmente China y Corea del Sur,

⁹ PERALTA GAINZA, PATRICIA, “Tendencias migratorias en América Latina”, en *Revista GLOOBAL Hoy*, 27/7/2006, disponible en: www.gloobal.net.

¹⁰ CARRILLO CASTRO, ALEJANDRO, “La migración en América latina”. disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/24/11.pdf>, p. 116.

¹¹ CARBALLO ARMAS, PEDRO, “Inmigración y Derechos Fundamentales en la Unión Europea: una aproximación a los instrumentos jurídico-políticos de integración de los extranjeros en España”, ReDCEn° 5, enero-junio de 2006, p. 6, disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/RED-CES5/articulos/11pedrocarballo.htm>.

¹² COURTIS, CORINA, “Marcos institucionales, normativos y de políticas sobre migración internacional en Argentina, Chile y Ecuador”, en *Migración internacional en América Latina y el Caribe. Nuevas tendencias, nuevos enfoques*, JORGE MARTÍNEZ PIZARRO (editor), Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, mayo de 2012.

de países de Europa del Este y de diversos países de África (especialmente Senegal y Nigeria). Asimismo, que Argentina cuenta con una importante cantidad de emigrados residiendo en el extranjero.

El 17 de diciembre de 2003, el Congreso de la Nación sancionó una nueva ley de migraciones N° 25 871¹³, que distingue como objetivo los compromisos internacionales de la República respecto a los derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes (art. 3). Ha supuesto un cambio esencial en el enfoque de la política migratoria en el país, al ser la migración vista como un derecho que se debe garantizar sobre la base de los principios de igualdad y universalidad (art. 4). Ofrece, además, un marco jurídico protector de la infancia migrante, tanto para permitir su ingreso y residencia en el país como para evitar que algunas decisiones (vgr. de expulsión) impliquen la separación de la familia. El derecho a preservar la unidad de esta institución social y jurídica fundamental, se ve fortalecido cuando se garantiza el derecho a la reunificación familiar; reconocimiento que impacta también en la protección de los derechos de la niñez migrante y de los hijos de las personas migrantes.

La normativa tiene la particularidad de conceder el derecho a residir y trabajar libremente a los ciudadanos de los países limítrofes e incorporó el criterio único de la nacionalidad del Mercosur para el otorgamiento de la residencia en el país, sin depender de otros criterios migratorios tradicionales de radicación (trabajo, familia, etc.). Establece los siguientes derechos de los extranjeros: a la migración y a la reunificación familiar; a la igualdad de trato; a la información; al acceso, no discriminatorio, del inmigrante y su familia, a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social. Con posterioridad, se firmó un tratado con la República del Perú reconociendo los mismos derechos a sus ciudadanos.

Mediante el decreto 1169/2004, se puso en marcha la “Regularización migratoria de ciudadanos nativos fuera de la órbita del Mercosur”, que alcanza a los ciudadanos provenientes de China, Taiwán, República Dominicana y ciertos países de África. En virtud de esta medida, se estima que aproximadamente 12.000 personas regularizaron su situación migratoria¹⁴. En 2005, se implementó el programa nacional de normalización documentaria migratoria denominado Plan Patria Grande¹⁵, con el fin de

¹³ La ley fue reglamentada en mayo de 2010 (Decreto 616/2010). La Dirección Nacional de Migraciones (DNM) es la autoridad de aplicación de esta ley, a quien corresponde regular la admisión, el ingreso, la permanencia y el egreso de personas migrantes en el territorio nacional.

¹⁴ COURTIS, CORINA, “Marcos institucionales, normativos y de políticas sobre migración internacional en Argentina, Chile y Ecuador”, art. cit., p. 110.

¹⁵ Disposición DNM N° 53.253, diciembre de 2005. A través del Decreto N° 836/04, se creó en el ámbito de la Dirección Nacional de Migraciones el programa nacional de normalización

conceder la residencia a los inmigrantes provenientes de países fronterizos y Perú que se encontraban en situación irregular, extendiéndose también para los ciudadanos de origen ecuatoriano, colombiano y venezolano. A fines de 2009, concluyó este programa, otorgándose 221.814 radicaciones. De acuerdo al informe del año 2012 de la síntesis estadística de radicaciones elaborada por la DNM —Ministerio del Interior— el total de solicitudes iniciadas y resueltas por categoría: permanente y temporaria durante el período 2004-2012 (al mes de diciembre) fue de 1.688.106 (iniciadas) y 1.503.430 (resueltas) de personas de distintas nacionalidades¹⁶.

b) Feminización migratoria

Un estudio de la CEPAL (ONU)¹⁷ destaca que “...la región cuenta con alrededor del 10% de los migrantes del mundo y una creciente participación de personas, comunidades y países en la migración internacional...” y como hecho sobresaliente ocurrido durante las últimas décadas en la región, es la participación de las mujeres en la migración internacional. Este último dato tiene especificidades y significados profundos, asociados tanto a las transformaciones económicas mundiales, a la reestructuración de los mercados laborales como a la consolidación de redes sociales y familiares. Los motivos que llevan a las mujeres a emigrar deben mirarse desde el contexto social y cultural del país del que proceden. Así, una de las características distintivas de la migración latinoamericana y caribeña, es la participación de mujeres en numerosos flujos migratorios internacionales, que guardan estrecha relación con la demanda laboral en actividades de servicios en el país de destino. En esta dirección apunta la fuerte representación de trabajadoras en el servicio doméstico, en el cuidado de ancianos y menores como modalidad de inserción laboral preferente en Europa y, en menor grado, en los Estados Unidos y Canadá. Es decir, las trabajadoras migratorias predominan en el mercado laboral informal de la mayoría de

documentaria migratoria cuyo objetivo es la regularización de la situación migratoria y la inserción e integración de los extranjeros residentes en forma irregular en el país. Por Decreto N° 578/05, se instruyó a la Dirección Nacional de Migraciones a implementar en el marco del citado Programa, la regularización migratoria de los extranjeros nativos de los Estados Parte del Mercosur y sus Estados Asociados.

¹⁶ Paraguay: 674.791; Boliviana: 447.086; Peruana: 251.679; Colombiana: 53.472; Chilena: 38.359; Uruguay: 32.071; Brasileña: 31.267; China: 24.019; Estadounidense: 22.318; Ecuatoriana: 11.728; Española: 11.464; Mexicana: 9.413; Venezolana: 8.953; Italiana: 8.822; Colombiana: 47.758; Dominicana: 8.099; Filipina: 7.202; Francesa: 7.167; Alemana: 4.817; Ucraniana: 4.113; India: 2.211; Cubana: 1.004; Rusa: 975; otras nacionalidades: 29.055 (Base SADEX; incluye trámites ordinarios y Patria Grande).

¹⁷ ONU. CEPAL, *El mapa migratorio de América Latina y el Caribe, las mujeres y el género*, 2003.

los países receptores y realizan tareas domésticas, industriales, agrícolas o en el sector de los servicios, quienes, en general, son mal remuneradas y las colocan en una situación de aislamiento, subordinación y estigmatización. Esta situación se ve agravada cuando el Estado receptor la tolera implícitamente¹⁸.

“No obstante que aún presenta escasa visibilidad, la feminización de la migración entraña la oportunidad de abrir nuevos espacios a la mujer dentro del ámbito de la familia y de la sociedad como un todo, pues está llamada a contribuir a que se flexibilice la división sexual del trabajo y transformen los modelos y roles de género. Sin embargo, también esconde el riesgo de afectar negativamente los proyectos de vida de las mujeres, de reforzar sus condiciones de subordinación y las jerarquías asimétricas de género, de menoscabar su dignidad y atentar contra sus derechos. Un ejemplo de ello es el trabajo doméstico transfronterizo, que representa un alto componente de la inserción laboral femenina y está fuertemente vinculado con una preocupación de la comunidad internacional sobre la situación de vulnerabilidad que afrontan las mujeres migrantes respecto a ser víctimas de discriminación y de la violación de sus derechos humanos y libertades fundamentales”¹⁹, específicamente los laborales y sindicales.

Este pensamiento está en sintonía con las recomendaciones realizadas por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE, 2009) respecto a la necesidad de formular políticas de inmigración laboral sensibles al género que desarrollen ambientes habilitantes que proporcionen igualdad de oportunidades de empleo y de acceso a los beneficios tanto a los inmigrantes hombres como mujeres, inclusive el reencontro familiar.

c) Flujos migratorios interregionales

Los migrantes intrarregionales totalizan una cifra cercana a los tres millones de personas, las que se desplazan fundamentalmente entre países fronterizos o con proximidad geográfica. 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

¹⁸ Primer informe de actividades de Gabriela Rodríguez Pizarro, ex Relatora Especial para los Derechos Humanos de los Migrantes de las Naciones Unidas, (Rodríguez, 2001, disponible en: <http://www.ohchr.org/spanish/issues/migration/rapporteur/>).

¹⁹ “Migración internacional de latinoamericanos y caribeños en Iberoamérica: características, retos y oportunidades”. *Documento preparado por el Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía* (CELADE) - División de Población de la CEPAL con ocasión del Encuentro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo, Madrid, 18 y 19 de julio de 2006. Santiago de Chile, julio de 2006.

retorno de migrantes. El análisis y la acción en las zonas fronterizas son sin duda importantes, si consideramos la compleja trama de interacciones que se desarrollan en los espacios limítrofes de los países miembros y que atraviesan todas las dimensiones: económicas, políticas, laborales, sociales y culturales²⁰.

En el Mercosur se han adoptado medidas para facilitar la movilidad de las personas dentro del espacio integrado, así lo confirma el Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados Partes del Mercosur²¹, que produce un salto cualitativo en el tratamiento de la cuestión. El Acuerdo establece lo que puede considerarse como “un área de libre residencia” para los ciudadanos de sus Estados, con el requisito de acreditar su nacionalidad y falta de antecedentes penales. El derecho a residencia se aplica tanto a quienes desean ingresar como a los ya residentes, extendiéndose también a su familia. Declara la igualdad de derechos civiles, sociales, culturales y económicos entre nacionales del país de recepción y nacionales de otros países firmantes; el principio de reunión familiar; el derecho a transferir remesas a su país; el derecho de los hijos de los inmigrantes a tener un nombre, una nacionalidad y a la educación, aún en caso de que sus padres estén en situación irregular, etc. En esa misma fecha, los cuatro Estados más Bolivia y Chile también suscribieron el Acuerdo de regularización migratoria de los ciudadanos del Mercosur, cuyo objetivo es legalizar la situación de los ciudadanos de las naciones firmantes que se encuentran residiendo en forma irregular en el territorio de otro Estado parte, permitiendo su regularización sin tener que regresar al país de origen y con independencia de la categoría con que hubieran ingresado, lo cual constituye un importante avance en la materia.

A fines de 2003, se concreta el Acuerdo de creación de la Visa Mercosur (Dec.CMC 16/03) con el fin de establecer reglas comunes para el movimiento temporal de personas físicas prestadoras de servicios en la región. La concesión de la Visa no estará sometida a ninguna prueba de necesidad económica ni a cualquier autorización previa de naturaleza laboral y estará exenta de cualquier requisito de proporcionalidad en materia de nacionalidad y de paridad de salarios. Se establece que la visa dará derecho a múltiples entradas y salidas.

²⁰ PÉREZ VICHICH, NORA, “Fundamentos teóricos del tratamiento de la movilidad de personas en Mercosur”, Entelequia, *Revista interdisciplinar*. Monográfico, junio 2007, disponible en: <http://www.eumed.net/entelequia/pdf/2007/e04a13.pdf>.

²¹ El proyecto se aprobó en la reunión realizada entre el 9 y el 11 de noviembre de 2002 en la ciudad de Salvador de Bahía (Brasil). Los presidentes de los cuatro países más Bolivia y Chile, en tanto países asociados, refrendaron este Acuerdo en la Declaración Conjunta Presidencial del Mercosur de 6 de diciembre de 2002 (Brasilia, Dec. CMC 28/02).

La necesidad de adoptar medidas para prevenir, detectar y penalizar el tráfico de personas y migrantes en la región, llevó a los Presidentes de los Estados Parte del Mercosur, Bolivia y Chile a suscribir el 16 de diciembre de 2004, en Belo Horizonte (Brasil), el Acuerdo contra el tráfico ilícito de migrantes²² (Dec. CMC 37/04). Entre las acciones previstas se incluyen la cooperación, el intercambio de información y la acción conjunta entre las partes²³.

En caso de que se registren graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en una de las partes, se aplicará el Protocolo de Asunción sobre compromiso con la promoción y protección de los Derechos Humanos del Mercosur de 19 de junio de 2005 (Dec. CMC 17/05)²⁴. El instrumento promueve la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales como condiciones esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración entre las partes. Para cumplir con su objetivo, establece la cooperación mutua a través de los mecanismos institucionales establecidos en el Mercosur e instituye la vía de las consultas entre los integrantes del bloque y la parte afectada en los supuestos en que ésta haya incurrido en graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales, en situaciones de crisis institucional o durante la vigencia de estados de excepción previstos en los ordenamientos constitucionales respectivos.

La XXX Reunión de Ministros del Interior del Mercosur y Estados Asociados²⁵ pone de manifiesto que la adhesión de Ecuador y Perú al Acuerdo sobre residencia de 2002, representa un gran avance en la consecución de un espacio común en que los nacionales de la región puedan circular y residir, garantizando a todos sus derechos civiles, sociales y económicos en los países del bloque. No obstante, una de las características generales de los inmigrantes a nivel internacional es la de constituir un sector de la población relativamente más vulnerable en lo que se refiere a la protección de sus derechos humanos, a diferencia de la población nativa. De allí, que nos preguntemos:

II. ¿Se protegen los Derechos humanos de los migrantes?

La inmigración es uno de los fenómenos mundiales más controvertidos y multifacéticos. Si bien los Estados tienen la capacidad y facultades

²² Argentina aprobó el Acuerdo por ley 26.382, la cual fue promulgada de hecho el 10/06/2008.

²³ El acuerdo complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y se interpretará juntamente con dicha Convención y su Protocolo Adicional en materia de "Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire".

²⁴ Mediante ley 26.109 (BO, 03/07/2006) Argentina aprobó el Protocolo de Asunción.

²⁵ Montevideo, 25 de noviembre de 2011.

des de establecer reglas para la migración de las personas, al mismo tiempo debe haber reconocimiento de derechos básicos e igualdad, se trate de connacionales de un Estado o extranjeros, quienes deben ser respetados en cualquier circunstancia²⁶. Tal afirmación deriva porque los derechos humanos son derechos inherentes a toda persona por el simple hecho de su condición humana, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, orientación sexual, opinión política o de cualquier otra índole, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles²⁷.

La mayoría de las doctrinas jurídicas distinguen tres grupos de derechos humanos: los de primera generación son los derechos civiles y políticos, vinculados con el principio de libertad (vida, libertad, seguridad jurídica, libertad de expresión, libertad religiosa, etc.). Los de segunda generación son los derechos económicos, sociales y culturales, conexos con el principio de igualdad (seguridad social, trabajo, salud, alimentación, vivienda, educación, etc.). Exigen para su realización efectiva de la intervención de los poderes públicos, a través de prestaciones y servicios públicos. Los de tercera generación, mucho más recientes, se vinculan con la solidaridad y se refieren al progreso social, la ecología, etc. (el cuidado del medio ambiente, el patrimonio común de la humanidad, el desarrollo científico y tecnológico, etc.). Los unifica su incidencia en la vida de todos, a escala universal, por lo que precisan para su realización una serie de esfuerzos y cooperaciones en un nivel planetario²⁸.

Cada persona involucrada en el proceso de migración, se encuentra bajo el amparo de un conjunto de tratados sobre derechos humanos en general. Estos imponen límites a lo que los Estados pueden y no pueden hacer a las personas dentro de su territorio. Además, gozan de un sistema de protección que tiene jurisdicción sobre la casi totalidad de los países del mundo, cuya principal función es la de supervisar la aplicación de los tratados por los Estados Parte y denunciar su incumplimiento²⁹.

²⁶ Cfr. "Advierte la ONU retos en protección a migrantes", disponible en: El Universal.com.mx.

²⁷ Cfr. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

²⁸ PÉREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE, *La tercera generación de Derechos Humanos*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 28 y ss.

²⁹ Por ejemplo: el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos, la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, el Centro de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores

1. Declaraciones de las Naciones Unidas

a) Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración del 10 de diciembre de 1948, está firmada por un gran número de gobiernos representando diferentes culturas, áreas geográficas y sistemas políticos. Su texto “hace un esfuerzo por plasmar, en un total de treinta artículos, los principios y valores considerados como elementales a lo largo de la historia desde distintas concepciones del hombre o del mundo”³⁰. En el marco de la migración, cobra relevancia el principio de no discriminación que garantiza que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona tiene todos los derechos y libertades sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición.

El derecho de toda persona a emigrar, como condición inherente al principio de libertad de tránsito, se encuentra recogido en el art. 13 cuando garantiza la libertad de circulación y desplazamiento tanto en el ámbito territorial nacional como en el espacio internacional, y cuando le reconoce el derecho a escoger libremente el lugar de su residencia en el territorio de un Estado.

b) Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven

Con la resolución 40/144 del 13 de diciembre de 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas “*Consciente* de que, al mejorar las comunicaciones y establecerse relaciones de paz y amistad entre los países, cada vez hay más personas que viven en países de los que no son nacionales”³¹, proclamó esta Declaración para asegurar que los derechos humanos fundamentales proporcionados en los pactos internacionales específicos también estarían garantizados para los no ciudadanos. Instituye los derechos de los extranjeros a: la vida, *intimidad, igualdad ante los tribunales, elegir cónyuge, casarse, fundar una familia, la libertad de pensamiento*, conservar su propio idioma, *cultura y tradiciones, abandonar el país* y el derecho a *transferir al exterior sus ganancias, ahorros y otros bienes monetarios perso-*

dores Migratorios y de sus Familiares y el Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³⁰ SOLANES CORELLA, ÁNGELES, “Inmigración y derechos humanos”, disponible en: <http://www.fundacioncajamar.es/mediterraneo/revista/me0107.pdf>.

³¹ Preámbulo de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven.

nales (art. 5). Se deja claro que los extranjeros tienen el derecho a un ambiente de trabajo seguro y a igual remuneración sin distinciones de ningún género, garantizándose especialmente a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a aquellas de que disfrutaban los hombres, con igual salario por igual trabajo (art. 8).

2. Tratados relativos a los Derechos Humanos

a) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

La Declaración Universal de 1948 no es legalmente obligatoria por sí misma. Sin embargo, ha establecido importantes principios y valores que más tarde fueron contemplados en tratados legalmente obligatorios de la ONU. Las nuevas circunstancias políticas, económicas o sociales han tenido su reflejo en el catálogo de derechos humanos, incorporándose progresivamente derechos completamente alejados de los reconocidos inicialmente³². De esta forma, el 16 de diciembre de 1966 se elaboraron los Pactos que abordan de forma más amplia los derechos enumerados en aquélla y tienen como distintivo su carácter jurídicamente vinculante. Se garantizan una serie de derechos aplicables a situaciones que son comúnmente experimentadas en un proceso de migración, por ejemplo, el ejercicio de los derechos sin discriminación alguna (art. 2 de ambos Pactos); la libertad de circulación de un país a otro sin limitaciones y la elección del lugar de su residencia, así como el derecho de una persona de regresar a su propio país (PIDCyP, arts. 12 y 13). Pues los factores que motivan el movimiento de una persona de su país de origen, a menudo surgen a partir de violaciones o de la negación de derechos básicos, sean civiles, sociales, económicos u otros derechos humanos, o discriminación en su aplicación. Los “transmigrantes” o “migrantes de paso” también podrían ver afectados sus derechos durante el viaje o a la llegada al país de destino.

b) Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

La Convención del 21 de diciembre de 1965 (ICERD), promueve los principios universales de derechos humanos, al considerar que todos los

³² ARENAS GARCÍA, RAFAEL, en el artículo “El Derecho internacional privado (DIPr.) y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes”, considera que últimamente, se ha venido reivindicando un Derecho fundamental al acceso a Internet, en *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gazteiz* (coord. por FRANCISCO JAVIER QUEL LÓPEZ, JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO), 2008, p. 75.

hombres tienen derecho a igual protección ante la ley contra todo tipo de discriminación racial y segregación, ofreciendo garantías que podrían ser relevantes para los migrantes. No obstante, el tratado se cuida de aclarar que éste no puede ser utilizado de ningún modo para afectar las normas internas de los Estados en materia de ciudadanía e inmigración, en tanto no se establezcan discriminaciones en contra de ciertas nacionalidades. Mediante el art. 5, los Estados Parte se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de una lista no exhaustiva de derechos³³. La Convención no garantiza estos derechos como tales; más bien estipula que, en tanto estos derechos existan en el derecho nacional, deben de ser disfrutados sin discriminación.

c) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer

La Convención del 18 de diciembre de 1979 (CEDAW) tiene como objetivo eliminar efectivamente todas las formas de discriminación contra la mujer, obligando a los Estados a reformar las leyes vigentes a tal fin³⁴. Prescribe las medidas que han de adoptarse para suprimir todas las formas de trata de mujeres, que es una forma amplia de migración internacional, para fines que signifiquen degradación de la dignidad humana como la explotación sexual (prostitución forzada) o laboral (trabajos peor remunerados o no regulados). También se relaciona con la creciente participación de las mujeres en los flujos migratorios y el grado al que éstas son a menudo discriminadas, tanto por el hecho de ser mujer como por ser inmigrante. Singular importancia reviste el derecho a preservar la integridad de la familia, generalmente reconocido por instrumentos universales y regionales³⁵ en los casos en que la mujer haya quedado separada por el motivo que

³³ Como consecuencia de haber otorgado jerarquía constitucional a la Convención, en Argentina se sancionó la ley 24.515/1995, por la cual se creó el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), cuya función es recibir y centralizar denuncias sobre actos discriminatorios, emitir una opinión o dictamen y proveer asesoramiento.

³⁴ El art. 1 precisa que la expresión discriminación “denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquiera otra esfera”.

³⁵ Entre otros: art. 16 de la Declaración Universal de 1948; art. 10 del PIDESyC de 1966; art. 23 PIDCyP; arts. 9, 10, 22 de la CDN de 1989; art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos

fuere, a través de la figura de la reunificación familiar. Porque el derecho internacional relacionado con la unidad familiar, limita la autoridad del Estado de utilizar sus leyes nacionales para regular quién puede ingresar, permanecer, o abandonar su territorio. De esta forma, surge la responsabilidad de garantizar a la mujer la igualdad de condiciones con el hombre en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares (art. 16).

d) Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención del 20 de noviembre de 1989³⁶, es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante destinado a los menores de 18 años de edad que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. El principio del interés superior del niño como consideración primordial (art. 3), entendido como la satisfacción integral de todos sus derechos, resulta medular en los procedimientos migratorios. La prohibición contra toda forma de discriminación por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición del niño, del padre o de sus representantes legales, significa que cualesquiera beneficio que un Estado otorgue a los menores que sean sus nacionales, debe otorgarlos a todos los menores extranjeros con independencia de su situación de legalidad, incluyendo refugiados y otros migrantes.

El derecho de todo niño a preservar su identidad (art. 8), es decir, a tener un nombre, una nacionalidad y a conocer su procedencia, obliga a las autoridades de los Estados parte a utilizar todos los medios necesarios para que el menor extranjero sea reconocido por su “propio nombre, edad, nacionalidad, procedencia, origen, cultura, así como otros rasgos conformadores de su personalidad”³⁷. La afirmación consciente del derecho internacional sobre la necesidad de salvaguardar la unidad de la familia, implica imponer a los países ratificantes una obligación positiva de adoptar medidas destinadas a tal fin (vgr. establecer políticas públicas con

y de las Libertades Fundamentales de 1950; y art. 16 de la Carta Social Europea, revisada en 1996.

³⁶ Con la finalidad de proporcionar a la infancia protección jurídica contra las peores formas de explotación, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 25 de mayo de 2000 los dos Protocolos Facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño (sobre la participación de los niños en los conflictos armados y sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía).

³⁷ ESTEBAN DE LA ROSA, GLORIA, “Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: algunas cuestiones controvertidas”, *Diario La Ley* n° 5714, 7 de febrero de 2003, p. 4.

un enfoque en los derechos de la niñez migrante). En esa línea apunta la Convención cuando consagra el principio de no-separación del niño de sus padres en contra de la voluntad de éstos, que los Estados Partes “garantizarán” (art. 9.1). Esta disposición establece el derecho del niño a la reunificación de la familia y es corroborada por el artículo siguiente, el cual dispone, además de otros postulados, que “toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expedita” y “no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares” (Art. 10. 1). Según el apartado dos del mismo artículo, “los países de origen deben respetar el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país”.

En relación con el retorno al país de origen de menores migrantes no acompañados y separados de su familia, es preciso señalar que el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha expresado que “*sólo podrá contemplarse en principio si redunde en el interés superior del menor*”, por lo que “*Excepcionalmente, el retorno al país de origen podrá decirse, una vez ponderados debidamente el interés superior del menor y otras consideraciones, si estas últimas están fundadas en derechos y prevalecen sobre el interés superior del menor*”. Asimismo, agregó: “*Los argumentos no fundados en derechos, por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior*”³⁸.

En materia migratoria, otro aspecto relevante es el derecho del niño a ser oído por las autoridades competentes como así también el derecho a que sus deseos y opiniones sean tenidas en cuenta a la hora de tomar decisiones que le incumban (art. 12). Esta directiva repercute en la esfera legislativa, administrativa o judicial de los Estados Parte, ya que deberán diseñar e implementar mecanismos adecuados a la edad y etapa evolutiva del niño para poder hacer efectivo este derecho.

En el informe anual ante el Consejo de Derechos Humanos —2 de junio de 2009— el relator especial de la ONU para los derechos de los migrantes, Jorge Bustamante, exhortó a los países de origen, de tránsito y destino de esas personas a proteger a los niños en cada paso del proceso migratorio³⁹. También subrayó la importancia de un marco legal adecuado

³⁸ Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, Observación General N° 6 (2005), “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, (párrs. 84 y 86).

³⁹ Como ejemplo de un enfoque específico de la niñez en la política migratoria, cabe mencionar que el 21 de marzo de 2013, el pleno de la Cámara de Diputados de México aprobó

para resguardar los derechos de los menores. En tal sentido, expresó: “Los Estados, sobre todo los de tránsito y destino, deben consagrar una atención especial a proteger a los niños indocumentados y no acompañados, así como a los que buscan asilo y a los que son víctimas del crimen transnacional organizado”⁴⁰.

e) Instrumentos regionales

En el plano regional, se han adoptado otros instrumentos sobre derechos humanos que ofrecen garantías similares y aplican a todas las personas dentro de la jurisdicción de las partes contratantes. Tienen como objetivo promover y proteger los derechos humanos y libertades básicas tanto a ciudadanos como a no ciudadanos dentro de la respectiva región. Los tratados regionales incluyen, por ejemplo, la **Convención Europea sobre Derechos Humanos, y Libertades Fundamentales** del 4 de noviembre 1950, la **Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos**, también conocida como la Carta de Banjul del 21 de octubre de 1986, la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** del 22 de noviembre de 1969 y el **Protocolo Adicional** a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, de 1988, difundido como Protocolo de San Salvador⁴¹ que operan en el marco de la OEA y el **Protocolo de Asunción sobre compromiso con la promoción y protección de los Derechos Humanos del Mercosur** del 19 de junio de 2005.

f) Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

Todas las naciones desarrolladas (y buena parte de los países en vías de desarrollo) restringen fuertemente la inmigración, justificando económicamente esta política en la competencia desleal que configuraría para los ciudadanos una mano de obra a bajos costes y la carga que representarían los inmigrantes a los servicios sociales de carácter públi-

por unanimidad reformas al art. 112 de la Ley de Migración para garantizar el respeto a los derechos humanos y protección a los menores migrantes que viajen sin la compañía de un adulto. Mientras que la ley argentina 25.871 de 2003 carece de regulaciones expresas respecto de ciertos temas que atañen especialmente a la niñez migrante —vgr. derecho a la identidad— al regular aspectos de la residencia en el país y los procedimientos migratorios.

⁴⁰ Informe suministrado por ACNUR (agencia de la ONU para los refugiados).

⁴¹ Organización Internacional para las Migraciones (OIM), disponible en: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/migration-management-foundations/migration-history/lang/es>.

co. La porosidad de las fronteras ha inspirado sentimientos antimigrantes, provocando el resurgimiento de la xenofobia y el racismo, lo cual conlleva discriminación y desigualdad de trato. En este sentido, bien se ha expresado que “en un contexto internacional globalizado... es necesario pugnar por que se reconozca el compromiso de la comunidad internacional con la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias”⁴².

Con el fin de humanizar su trato se aprobó la **Convención sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares** del 18 de diciembre de 1990⁴³, pues enfatiza la conexión entre migración y derechos humanos. Ello no implica crear nuevos derechos para los migrantes, sino que busca garantizar el trato igualitario y las mismas condiciones laborales para migrantes y nacionales, así como reconocer el derecho de aquéllos a mantener contacto con su país de origen. En su Preámbulo, reconoce la importancia y magnitud del fenómeno de las migraciones, la situación de vulnerabilidad del migrante y sus familiares, y la necesidad de protección internacional en este ámbito. Cabe mencionar que se excluyen ciertas categorías de inmigrantes, entre otros, la de refugiados y apátridas (art. 3).

La Convención efectúa una distinción entre los derechos humanos que los Estados deben garantizar a todas las personas migrantes, independientemente de su condición migratoria (arts. 8-35) y ciertos derechos que podrían restringirse para quienes tienen una residencia legal en el país de destino (arts. 36-56). Ratifica las libertades básicas de los migrantes consagradas a lo largo de la historia por otros tratados, entre ellas, el derecho a libre entrada y salida de su Estado de origen, a la prohibición contra tratos degradantes, a no ser sometidos a esclavitud y servidumbre, a la libertad de pensamiento, religión y culto. Confirma el derecho de los trabajadores migratorios y de sus familiares a mantener vínculos culturales con sus Estados de origen (art. 31). Establece el derecho a la unidad y reunificación de la familia de los trabajadores migratorios, incluyendo el deber de los Estados de facilitar dicha reagrupación. El término “familiares” tiene una definición amplia que incluye las uniones legales y las consensuales de conformidad con el derecho aplicable, así como los hijos resultantes de

⁴² Cfr. CASTAÑEDA, JORGE G., extraído de su exposición en el Día internacional del migrante (18 de diciembre de 2000) versión disponible en www.sre.gob.mx/comunicados/prensa/dgcs/2000/dic.

⁴³ Entró en vigor el 1° de julio de 2003, tras haber sido ratificada por un mínimo de 20 países en marzo de 2003; Argentina la ratificó el 23/02/2007. Por otro lado, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobó dos instrumentos relacionados con el tema, cuyo objetivo es la protección de trabajadores migrantes: Convenio 97 (1949) y Convenio 143 (1975).

ellas y otras cargas legalmente reconocidas⁴⁴. El trabajador migratorio es descrito como “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”. Asimismo, abarca y define los derechos aplicables a determinadas categorías de trabajadores migrantes: trabajador fronterizo, trabajador de temporada, trabajador itinerante, trabajador vinculado a un proyecto, trabajador con empleo concreto, trabajador por cuenta propia.

Si bien no anima su presencia, el convenio extiende también su manto de protección a los migrantes indocumentados o que se encuentran en situación irregular, a quienes asegura que tengan acceso a los derechos humanos fundamentales. El conjunto de derechos que enumera de orden civil, político, económico y cultural deben ser respetados sin distinción de ningún tipo y asegurados “de conformidad con los instrumentos aplicables relativos a derechos humanos”. Conmina a los Estados Parte a tomar medidas para erradicar movimientos clandestinos, esto es, dirigidas a eliminar el ingreso ilegal y el empleo ilegal de trabajadores migrantes, fundamentalmente a través de la lucha contra la información engañosa que pueda incitar a la gente a emigrar irregularmente. Las medidas sugeridas incluyen la imposición de sanciones a traficantes y empleadores de migrantes indocumentados⁴⁵. A tal fin, promueve la cooperación entre los Estados para las diferentes acciones de políticas migratorias, lo cual adquiere particular relevancia en el proceso de integración regional mediante acuerdos formulados entre sus miembros (vgr. Acuerdo sobre residencia para nacionales del Mercosur). Con relación a las previsiones relativas a la infancia, el Preámbulo hace mención expresa de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es por ello que, en cuanto a los derechos de niños e hijos de migrantes, el texto de 1990 establece que “Todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad” (art. 29).

A pesar que la mayoría de los migrantes viven en Australia, Europa y Norteamérica, estos países con alto nivel de migración no han ratificado la Convención, lo cual conspira contra su efectividad. “Sus numerosas disposiciones, que exigen un examen cuidadoso antes de su ratificación, y la inquietud de algunos Estados en el sentido de que su aplicación podría fomentar el ingreso de más personas en situación irregular, explicarían esta

⁴⁴ Según el art. 4, el término familiares se circunscribe a: cónyuges de los trabajadores migratorios; personas que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio; hijos a su cargo; otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate.

⁴⁵ Informe publicado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), noviembre de 2005, disponible en www.unesco.org/shs.

reticencia (CEPAL, 2002)⁴⁶. El creciente reconocimiento internacional del nexo entre la migración y los derechos humanos, se ha canalizado marcadamente a través del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes de las Naciones Unidas⁴⁷. Este mandato fue creado en 1999 por la Comisión de Derechos Humanos —resolución 1999/44⁴⁸— y abarca todos los países, independientemente de si un Estado ha ratificado esta Convención. Los informes son de público conocimiento y describen tanto las vulneraciones de los derechos de las personas migrantes como las respuestas que ofrecen las autoridades nacionales. Desde esta perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos enfatizó la obligación de adecuar las políticas migratorias a los tratados de derechos humanos, y afirmó que *“la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que (...) dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio (...) Lo importante es que (...) los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa”*⁴⁹.

Lo anteriormente expuesto tiene como propósito señalar que la soberanía estatal en materia migratoria, se encuentra cada vez más acotada como resultado de los principios y salvaguardas que la comunidad internacional ha venido estableciendo para garantizar los derechos humanos de los migrantes.

III. Jerarquía de los tratados de Derechos humanos en el orden jurídico interno

La Constitución Nacional argentina de 1994 especificó la relación jerárquica entre el derecho interno e internacional, al otorgar jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos nominados en el art.

⁴⁶ América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo (CEPAL) Capítulo V- Los derechos humanos de los migrantes, p. 323.

⁴⁷ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo lo propio en 1997, a partir de una resolución de la Asamblea General de la OEA.

⁴⁸ El mandato fue prorrogado por otros tres años por la Comisión de Derechos Humanos en 2005, en su 62° período de sesiones (resolución 2005/47). Por medio de la resolución 8/10 del 10 de junio de 2008, el Consejo de Derechos Humanos reforzaría el mandato del Relator Especial y decidiría prorrogarlo por un período de tres años.

⁴⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003 solicitada por México bajo el epígrafe “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados”, párr. 118.

75, inc. 22, entre ellos, los dos Pactos de 1966 y las Convenciones de 1965, 1979 y 1989, antes citadas. Al ratificar estos instrumentos jurídicos, los Estados adquieren compromisos éticos para con la colectividad, lo cual reviste singular importancia para la protección de los inmigrantes, pues supone extender el respeto a los derechos y la dignidad de la persona a todos los habitantes del país, nacionales o extranjeros, por su sola condición humana. Esta política se refleja en la Constitución Nacional que mantiene el Preámbulo del texto de 1853 que explícitamente extiende los derechos fundamentales a “todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”, e incluso el artículo 25 establece: “El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes”. La integración como participación social se asegura cuando dispone que los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles de los ciudadanos, sin obligación de naturalizarse (art. 20). Asimismo, los artículos 14 y 14 bis consagran claramente la protección de los derechos civiles, culturales y económico-sociales a todos los habitantes de la Nación: “...conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...”

IV. Reflexión final

La multiculturalidad es una realidad en muchos países hace ya largos años y designa la coexistencia de diferentes modelos de vida, culturas, etnias o religiones en los países de destino. Para lograr la integración social de las personas que viven en contacto con más de un país y un ordenamiento jurídico, esto es, la convivencia pacífica entre la población autóctona y extranjera que residen de forma habitual en un mismo territorio, será fundamental la cooperación entre los países a nivel bilateral, regional y multilateral, a fin de encarar fenómenos de alcance mundial como la migración internacional. Al ratificar los tratados, los Estados adquieren el compromiso de “*respetar, proteger y garantizar los derechos humanos: respetar significa no interferir de modo alguno en la capacidad de las personas de ejercer sus derechos, proteger consiste en administrar medidas contra los violadores de derechos y garantizar*⁵⁰ *implica emprender acciones legislati-*

⁵⁰ Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “garantizar” implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del Art. 1.1 de la Convención (opinión con-

vas, presupuestarias y judiciales para el ejercicio cabal de los derechos”⁵¹. El encuadre de los principios de igualdad y no discriminación como normas imperativas y, en consecuencia, de obligatorio cumplimiento para los Estados ha sido difundida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la citada Opinión consultiva en los siguientes términos: “*El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares*”⁵². De esta forma, se limitan las distinciones que por vía legislativa o reglamentaria el Estado puede hacer entre sus ciudadanos y los inmigrantes dentro de su territorio. No obstante, en el proceso de integración en las sociedades de acogida afloran los conflictos que se traducen en el rechazo, la xenofobia y la estigmatización de los sujetos migrantes. Estos actos de intolerancia, alimentados por la recesión y el desempleo, han llevado a un incremento de las hostilidades que amenazan la dignidad y los derechos humanos fundamentales de las personas involucradas en la migración. Mientras rigen los instrumentos jurídicos específicos para su protección, las tensiones culturales y las actitudes negativas arrojan sombras sobre el presente. Por ese motivo, la UNESCO hizo un llamado al mundo mediante la Declaración de Principios sobre la Tolerancia, proclamada y firmada por los Estados miembros el 16 de noviembre de 1995⁵³. El documento tiene por objeto fundamental desterrar las intolerancias modernas como la violencia, el terrorismo, la xenofobia, el nacionalismo agresivo, el racismo, el antisemitismo, la exclusión, la marginación y discriminación perpetrados contra minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas,

sultiva N° 11/90 del 10/8/90 – “excepciones al agotamiento de los recursos internos”, párr. 34). Garantizar comprende, asimismo, “el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (í.d., parágrafo 23).

⁵¹ Migración internacional, derechos humanos y desarrollo. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Documento preparado por el Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División de Población de la CEPAL, para la reunión del Comité Especial sobre Población y Desarrollo del XXXI período de sesiones de la CEPAL del 2006. Capítulo V. Los derechos humanos de las personas migrantes, p. 286.

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva número 18 de 17 de septiembre de 2003, p. 129.

⁵³ Aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en su 28a reunión llevada a cabo en París.

refugiados, trabajadores migrantes, inmigrantes y grupos vulnerables de la sociedad, etc.

La Declaración afirma que la tolerancia no es lo mismo que concepción, condescendencia o indulgencia. Es el reconocimiento de la gran variedad de culturas en el mundo, de las formas de expresión y de las maneras de “ser humanos”. La tolerancia es el respeto de los derechos humanos universales y las libertades fundamentales de los demás. La gente es naturalmente diversa, sólo la tolerancia puede asegurar la supervivencia de comunidades heterogéneas en cada región del mundo. Describe la tolerancia no sólo como un deber moral, sino como un requerimiento legal y político de los individuos, grupos y Estados. La sitúa en el marco del derecho internacional sobre derechos humanos, elaborado en los últimos cincuenta años y pide a los Estados que legislen para proteger la igualdad de oportunidades de todos los grupos e individuos de la sociedad⁵⁴. Se considera que la tolerancia tiene varios niveles que van desde la aceptación resignada de la diferencia para mantener la paz, hasta la actitud de adhesión y admisión entusiasta por la diferencia⁵⁵. Este último estadio podría ayudar a mitigar los efectos nocivos de la intolerancia y hacer posible la convivencia pacífica —no sólo la coexistencia— entre grupos humanos con diferentes historias, culturas e identidades⁵⁶. No es posible hablar de la integración social de los inmigrantes si no se tienen garantizados los derechos inherentes a todos los seres humanos.

Una sociedad sustentada en los principios de la tolerancia debería tratar a quienes la integran con igual consideración y respeto, así como establecer las normas de convivencia que faciliten el entendimiento mutuo, porque “La tolerancia hace posible la diferencia; la diferencia hace necesaria la tolerancia”⁵⁷.



⁵⁴ Cfr. sitio oficial relativo al Día Internacional para la Tolerancia de las Naciones Unidas, disponible en: <http://www.un.org/es/events/toleranceday/background.shtml>.

⁵⁵ Los otros niveles de la tolerancia son: estado de indiferencia, estoicismo moral y curiosidad que coinciden con los cinco modelos históricos de WALZER, MICHAEL, en el *Tratado sobre la tolerancia*, Barcelona, Paidós, 1998, pp. 25-26.

⁵⁶ TEJEDA GONZÁLEZ, JOSÉ LUIS, “La política de la tolerancia”, *Política y cultura*, n° 21, México, 2004, pp. 21/35.

⁵⁷ WALZER, MICHAEL, *Tratado sobre la tolerancia*, Barcelona, ob. cit., p. 13.

EL TRANSPORTE TERRESTRE EN LA PLANIFICACIÓN TERRITORIAL DE UNASUR[†]

*Verónica Zamzem**

Resumen: Existen diferencias entre los procesos de integración surgidos en Sudamérica; en ese sentido, la Comunidad Andina (CAN) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) son procesos que buscan básicamente una integración económica y comercial, aunque no sea éste su único objetivo; en cambio, UNASUR —que tiene personalidad jurídica— aparece como un foro político que aspira a ser representativo de toda la región, con incidencia en la toma de decisiones institucionales y gubernamentales de sus países miembros, propugnando una armonización de las mismas en pro de los intereses y objetivos regionales.

En los esquemas de integración mencionados, la infraestructura de transportes y sus servicios conexos son factores imprescindibles para la integración física de los territorios. En la organización de UNASUR se ha creado el COSIPLAN, cuya misión es elaborar y desarrollar un plan estratégico referido a la infraestructura en general, con una visión totalizadora de la planificación territorial y las necesidades existentes en los países que la componen.

Advertimos una coincidencia en los documentos fundacionales de estos procesos de integración: todos destacan la necesidad de promover su integración física como un presupuesto necesario de una integración regional que permita a sus países un desarrollo económico con equidad y bienestar para la sociedad en su conjunto.

Palabras Claves: UNASUR – COSIPLAN – integración física – planificación territorial – transporte terrestre.

I. Introducción

Al constituirse la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)¹ se tuvo especialmente en cuenta la característica de discontinuidad del territorio sudamericano, que presenta relieves geográficos diversos en cada uno de los países que la conforman, lo que significa un problema a resolver

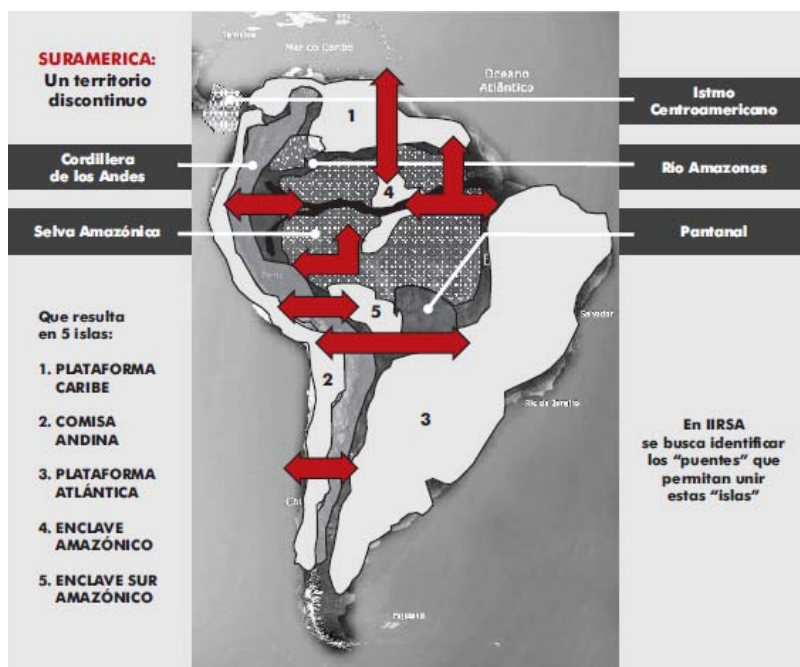
[†] Recibido el 02/05/2013, Aprobado el 11/10/2013.

* Abogada. Doctoranda. Docente Investigadora Categoría II, Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación. Profesora Titular por Concurso de Derecho del Transporte (desde 1999), Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Catamarca. Miembro Titular del Instituto de Estudios Marítimos (IDEM). Miembro Titular del Ateneo del Transporte. Miembro Titular, Secretaria y Consejera de European Community Studies Association ECSA-Argentina. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

¹ Tratado Constitutivo de UNASUR, firmado en la Reunión Extraordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada el 23 de mayo de 2008 en Brasilia, Rep. Federativa del Brasil.

en términos de articulación del territorio y de generación de infraestructuras, ya sea de transportes, de energía o de comunicaciones. En esta ocasión interesa analizar las condiciones de la integración física como factor determinante de la localización de actividades productivas, de flujos de comercio *ad intra* y *ad extra*, de provisión de servicios, y la infraestructura de transporte terrestre es el elemento esencial en este análisis.

Los doce (12) países que conforman UNASUR como Estados Miembros son: República Argentina, Estado Plurinacional de Bolivia, República de Chile, República de Colombia, República del Ecuador, República Cooperativa de Guyana, República del Paraguay, República del Perú, República de Surinam, República Oriental del Uruguay y República Bolivariana de Venezuela. Esta nómina habla por sí sola de la multiplicidad de espacios geográficos que contiene la UNASUR y la imperiosa necesidad de lograr una integración física como presupuesto de los demás objetivos fundacionales de este colectivo político, jurídico y social.



Fuente: Revista UNASUR Nro. 42. www.unasur.org

Debemos recordar que el antecedente más directo de UNASUR es la Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN), creada en la III° Cumbre

Sudamericana de Cusco, en Diciembre de 2004²; la CSN se basó en tres ejes³, uno de los cuales fue la integración física a través de la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Sudamericana (IIRSA)⁴.

El 30 de septiembre de 2005, en ocasión de la 1° Reunión de Jefes de Estado de la Comunidad Sudamericana de Naciones, llevada a cabo en Brasilia, los Presidentes firmaron la Declaración sobre Integración en el Área de Infraestructura, en la que se decidió, entre otras cosas, acelerar el proceso de ejecución de los proyectos prioritarios para la integración sudamericana en las áreas de infraestructura de transportes, incluidos en la Agenda de Complementación Consensuada (AIC) 2005-2010 de IIRSA. Los mencionados proyectos son treinta y uno (31) y comprenden obras en todos los Ejes de Integración y Desarrollo (EID), es decir que impactan en todos los países integrantes de UNASUR. Es por esta razón que Argentina y sus diversas regiones, están directamente implicadas en los proyectos que se desarrollaron dentro de la cartera de IIRSA.

Al momento de la constitución formal de la UNASUR, en el Art. 3 del Tratado se establecen sus objetivos específicos, entre los que se determina "...el desarrollo de una infraestructura para la interconexión de la región y entre nuestros pueblos de acuerdo a criterios de desarrollo social y económico sustentables"⁵. Se pretende reducir las externalidades negativas que produce la infraestructura en general, que se traducen, entre otros inconvenientes, en congestión del transporte, contaminación del ambiente, alta siniestralidad en el transporte carretero, etc.

II. Realización de los proyectos de la agenda de implementación consensuada (2005-2010)

Hacia el año 2010, es posible observar que las dificultades de financiación, entre otras, no permitieron dar acabado cumplimiento a los proyectos incluidos en la Agenda de Implementación Consensuada (AIC), ya que sólo una tercera parte de los mismos se encontraba en ejecución y, además, con severas críticas respecto al elevado impacto ambiental que producen. De los proyectos correspondientes al sector transporte terres-

² Declaración de Cusco sobre la Comunidad Sudamericana de Naciones, punto II, 8 de diciembre de 2004.

³ Los tres ejes son: la concertación y coordinación de políticas exteriores; la convergencia de CAN, MERCOSUR y Chile, y Guayana y Surinam; y la integración física a través de IIRSA. Declaración de Cusco sobre la Comunidad Sudamericana de Naciones, punto II, 8 de diciembre de 2004.

⁴ Constituida en la Declaración de Brasilia, durante la Reunión de Presidentes de América del Sur, el 1 de septiembre de 2000, en Brasilia.

⁵ Tratado Constitutivo de UNASUR, Art. 3, inc. e.

tre incluidos en la AIC fueron completados tan sólo un doce por ciento (12%), mientras que un treinta por ciento (30%) se encontraban en etapa de ejecución. Esta realidad permite suponer que si, a pesar de contar con el apoyo de instituciones financieras multilaterales como son la Corporación Andina de Fomento (CAF), el Fondo de Inversión para la Cuenca del Plata (FONPLATA) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), no se han cumplido los objetivos planteados para el período 2005-2010, es porque coexisten dificultades de otra índole, tales como posiciones políticas divergentes entre los países, falta de aceptación de la sociedad civil de algunos de los emprendimientos consensuados a nivel gubernamental⁶, ausencia de una visión estratégica de la integración que contenga las pretensiones de los Estados en su conjunto.

No obstante haberse ejecutado avances parciales de los proyectos consensuados, en el ámbito del transporte vial persiste una demanda creciente de infraestructura pero la oferta de mayores servicios se mantuvo estancada; tampoco pudo efectivizarse una mejora para la insuficiente interconexión entre los corredores terrestres, ni para las deficiencias tanto físicas como organizacionales que se mantienen en los pasos de frontera.

Esta es la realidad que se presenta hoy ante nuestra mirada frente a los proyectos iniciales de la AIC.

III. Consejo suramericano de infraestructura y planificación (COSIPLAN)

En consonancia con el perfil político que se asigna a UNASUR, durante agosto de 2009, en oportunidad de realizarse en Quito la III^o Reunión Ordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno de UNASUR, se creó el Consejo Suramericano de Infraestructura y Planificación (COSIPLAN). Es una instancia de discusión política y estratégica que articulará programas y proyectos para implementar la integración de la infraestructura regional en los países de la UNASUR⁷, teniendo en consideración el rol que debe desempeñar el Estado y sus políticas públicas en convergencia con los requerimientos y necesidades de la sociedad a la que van dirigidas.

En la Reunión mencionada se valoraron positivamente las actividades que IIRSA ha desarrollado, y que fueron objeto de reconocimiento expreso en la oportunidad⁸, por lo que se decidió que este organismo sea

⁶ En algunas regiones fronterizas de Perú, Ecuador y Brasil existe oposición por parte de las comunidades aborígenes que las habitan para la realización de obras de infraestructura de transporte, ya que alegan que atentan contra su estilo de vida.

⁷ Art. 1 del Estatuto del COSIPLAN.

⁸ Art. 4 inc. d. y Art. 5 inc. b del Estatuto del COSIPLAN.

parte de UNASUR, actuando dentro del COSIPLAN en calidad de foro técnico asesor. Esta decisión reafirma la prioridad que se asigna en el marco de la UNASUR a los proyectos de infraestructura de transportes en todos sus modos, en lo que parece ser un cambio de paradigma en el análisis de este elemento esencial de la integración física, ya que se intenta coordinar y compatibilizar planes y proyectos con una visión integral de la infraestructura, lo que facilitará la construcción de redes multimodales de transporte en Sudamérica, que propenda al aprovechamiento de todos los modos de transporte —fluvial, marítimo, aéreo, ferroviario, carretero— y los trazados y vías ya existentes. Este cambio de paradigma busca modificar la visión anterior de los Estados, que consideraba sólo políticas de transporte concebidas de manera modal, que terminaban ofreciendo una visión disociada y, en consecuencia, alejada de la realidad, de la infraestructura de transportes.

III.a. Principios

El COSIPLAN actuará según los principios contenidos en el Estatuto Constitutivo de UNASUR, que pueden sintetizarse de la siguiente forma⁹:

- Integralidad y complementariedad de las políticas, programas y proyectos de infraestructura que propendan al equilibrio y cohesión territorial;
- Participación de la ciudadanía y respeto por la diversidad multicultural, plurilingüe y multiétnica de los pueblos;
- Gradualidad y flexibilidad en la implementación de las acciones, teniendo en cuenta las diferentes realidades nacionales implicadas en este proceso;
- Solidaridad y cooperación en la evaluación y priorización de proyectos, atendiendo a las necesidades detectadas.

III.b. Objetivos

Entre los objetivos del Consejo se destaca¹⁰:

- Promover la conectividad de la región a partir de la construcción de redes de infraestructura para su integración física, atendiendo a criterios de desarrollo social y económico sustentables.

⁹ Art. 2. Principios del Estatuto del COSIPLAN.

¹⁰ Art. 4. Objetivos Específicos del COSIPLAN. Primera Reunión Ordinaria de Ministros del Consejo, Quito, 18 de junio de 2010 y Art. 3 del Estatuto del COSIPLAN.

- Desarrollar una infraestructura para la integración regional tomando como base y dando continuidad a los logros de IIRSA.
- Fomentar la cooperación para la planificación mediante alianzas estratégicas entre sus Estados Miembros.
- Compatibilizar los marcos normativos de los países miembros que regulan el desarrollo y la operación de la infraestructura.
- Identificar e impulsar la ejecución de proyectos prioritarios para cada Estado y para la Región, y evaluar alternativas para su financiamiento.

III.c. Funciones

El Consejo funciona integrado por los Ministros de Planeamiento y de Áreas de Infraestructura, o sus equivalentes, de los doce países de UNASUR, y adopta sus decisiones por consenso¹¹. La presidencia del COSIPLAN es ejercida por un representante del mismo país que tiene a su cargo la Presidencia Pro Témpore de UNASUR. Cuenta con un Comité Coordinador, formado por representantes de los Ministerios de cada país; Grupos de Trabajo según el área temática de que se trate; y como Foro Técnico Asesor para la planificación de la integración física de Sudamérica tiene a IIRSA.

III.d. Actuación del COSIPLAN

En junio de 2011, durante la reunión realizada en Bogotá, se actualizó por primera vez la cartera de proyectos de los Ejes de Integración y Desarrollo (EIDs) que habían sido elaborados oportunamente por los organismos técnicos de IIRSA, los que se incluyeron en el marco del COSIPLAN, para lo cual se contó con la participación de los Grupos Técnicos Ejecutivos (GETs) de cada Eje; en esa oportunidad los Estados revisaron y actualizaron la base de datos de los proyectos, se excluyeron o incluyeron algunos y se discutieron otros hasta lograr acuerdos; así se llegó a conformar una cartera de quinientos treinta y un (531) proyectos, en los sectores de transportes, energía y comunicaciones.

Entre las primeras medidas adoptadas por el COSIPLAN, se elaboró el *Plan de Acción Estratégico 2012-2022 (PAE)*, sobre la base de la Cartera de Proyectos de IIRSA que venían ejecutándose, si bien con ciertas dificultades; para el diseño del PAE se cuenta con la colaboración técnica de la CEPAL/ONU¹².

¹¹ Art. 9 Inc. a. Funcionamiento del Consejo. Estatuto del COSIPLAN.

¹² Comisión Económica para América Latina y el Caribe/Organización de Naciones Unidas.

Luego de consensuar las necesidades de los países miembros de UNASUR, teniendo como objetivo prioritario una planificación territorial efectiva en miras a obtener una integración física que se considera imprescindible para el proceso de integración regional, el PAE ha distribuido los proyectos de su cartera en nueve (9) Ejes¹³, a través de los cuales se organiza el territorio, dando como resultado un orden de la Cartera de Proyectos. Esta cartera se actualizará anualmente, siempre trabajando coordinadamente con los organismos de IIRSA. La República Argentina participa de los siguientes Ejes: de Capricornio, de la Hidrovía Paraná-Paraguay, MERCOSUR-Chile y del Sur.

En el Eje de Capricornio se incluyen obras en Argentina, Brasil, Chile y Paraguay.

En el Eje de la Hidrovía Paraná-Paraguay encontramos proyectos en Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay.

En el Eje MERCOSUR-Chile se contemplan obras en Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Chile.

En el Eje Del Sur existen obras en Argentina y Chile.

El sector transportes representa el ochenta y siete (87%) de los proyectos de la cartera total del COSIPLAN, de los cuales los de transporte por carretera constituyen el cuarenta y cinco (45%).

Del análisis del PAE surge con claridad que se ha dado gran importancia al transporte terrestre, ya sea por carretera, o bien por vías férreas; los montos presupuestados para este sector superan notablemente a los establecidos para el transporte aéreo, fluvial, marítimo y multimodal. Esta es una manera de reconocer el gran déficit existente en ese ámbito en la mayoría de los países sudamericanos, y supone la posibilidad cierta de solucionar la problemática apuntada en un plazo no demasiado lejano. El PAE tiene especialmente en cuenta también los pasos de fronteras terrestres, verdaderos puntos de congestión debido a obstáculos de carácter geográfico, climático, aduanero, tramitaciones burocráticas poco ágiles, entre otros inconvenientes.

Al mismo tiempo, los países presentaron una nómina de proyectos cuya realización consideran prioritaria y con ellos se conformó la *Agenda de Proyectos Prioritarios (API)*; para realizar esta tarea se tomaron en consideración los planes nacionales y subnacionales preexistentes, así como las políticas y estrategias sectoriales en cada caso; asimismo, se tuvieron en cuenta los acuerdos binacionales y también las prioridades de inversión establecidas por los Estados. Los criterios utilizados para la selección de la API son, entre otros, que exista prioridad para ese proyecto en la acción de

¹³ Los ejes son: del Amazonas, Andino, de Capricornio, del Escudo Guayanés, de la Hidrovía Paraguay-Paraná, Interoceánico Central, Mercosur-Chile, Perú-Brasil-Bolivia, y del Sur.

gobierno planificada, contar con presupuestos plurianuales y asignación de recursos que permitan la efectiva concreción del proyecto, poseer estudios de factibilidad debidamente aprobados, que el proyecto en cuestión contribuya a consolidar las redes de conectividad regionales y promuevan consecuentemente sinergias transfronterizas, teniendo en cuenta el desarrollo sostenible del territorio.

Por ello la Agenda de Proyectos Prioritarios de Integración (API), contendrá proyectos de infraestructura que podrán ser nacionales, binacionales o multinacionales, según las necesidades de los países afectados en cada caso. Como novedad, se incluyen los denominados Programas Territoriales de Integración (PTIs), cuya misión es complementar en materia regulatoria las acciones previstas en los Proyectos Prioritarios, de manera de obtener un resultado más orgánico y completo. Los proyectos que integran la API y son aprobados por el COSIPLAN cuentan con el compromiso asumido por UNASUR de su efectiva y completa realización en el plazo de diez años.

El Consejo deberá monitorear de manera permanente la API, actualizándola anualmente, ampliando y mejorando la base de datos y conocimientos con que cuenta hoy.

La República Argentina presentó para integrar la API los siguientes proyectos:

- Conexión Argentina Bolivia por La Quiaca-Villazón, Ruta Nacional 40;
- Conexión Argentina Bolivia por Salvador Mazza-Yacuiba;
- Conexión Vial Foz- Ciudad del Este-Asunción-Clorinda;
- Conexión Ferroviaria Bioceánica Paranagua-Antofagasta, que involucra a las provincias de Chaco, Formosa y Salta;
- Conexión Ferroviaria Argentina-Paraguay-Uruguay;
- Optimización del Sistema Cristo Redentor, paso de frontera terrestre entre Argentina y Chile:
- Dragado y Balizamiento de las Hidrovías Paraguay-Paraná y Uruguay; y
- Gasoducto del Noreste Argentino.

Es fácil advertir que de los ocho (8) proyectos presentados por nuestro país, siete (7) corresponden al transporte y uno a la energía, corroborando la afirmación de que existe un notorio déficit en materia de infraestructura para el transporte terrestre en la región.

IV. Metodología de planificación territorial indicativa

El PAE trata de perfeccionar las herramientas empleadas hasta el momento, incorporando la metodología de planificación territorial indica-

tiva como instrumento para definir criterios básicos a utilizar, tales como la dimensión medioambiental como un elemento esencial de las mismas; pone énfasis en los mecanismos de financiación, optimizando el empleo de los recursos asignados; efectúa la evaluación y el seguimiento de los proyectos considerados de alto impacto; propugna la participación social en estos procesos, buscando los mecanismos adecuados para lograrla, y obtener de ese modo una mayor legitimidad en la sociedad y compatibilizar los marcos normativos e institucionales.

Con el objetivo de lograr la efectiva concreción de los proyectos seleccionados, esta Metodología incorpora los siguientes Conceptos Principales:

- Ejes de Integración y Desarrollo (EID): son franjas de territorio que comprenden varios Estados, contienen espacios naturales, zonas productivas y de flujos comerciales, y asentamientos poblacionales de diferentes dimensiones (ciudades, pueblos, aldeas). Estas zonas por lo general están subutilizadas y, en algunos casos, directamente aisladas debido a que carecen de infraestructura básica de transportes, energía y comunicaciones.
- Grupos de Proyectos: se trata de proyectos interdependientes que se desarrollan en un espacio geoeconómico y que producen efectos sinérgicos sobre el desarrollo sostenible de esa zona o espacio. Este agrupamiento busca aprovechar los beneficios propios de cada proyecto individual, uniendo ese conjunto de inversiones y beneficios, con lo que se obtiene mayores mejoras que si simplemente se los sumara a cada uno de ellos.
- Función Estratégica: es la denominación que se da al objetivo común, o a los principales beneficios que se buscan, ya sea para el desarrollo regional o para la integración de los espacios que forman ese grupo de proyectos y del EID al que pertenecen.
- Proyecto Ancla: es aquel proyecto que representa un cuello de botella, o bien que se lo identifica como una carencia que impide el aprovechamiento del grupo de proyectos. El proyecto ancla puede estar ya implementado, aunque inconcluso, en cuyo caso se lo denomina "proyecto ancla existente".
- Proyecto Rótula: son los que articulan dos o más Ejes y por lo tanto inciden en más de un EID, pero también pueden articular proyectos de un mismo Eje.

V. Reflexiones finales

UNASUR está concebida como un espacio de articulación y diálogo político entre los doce países que la conforman; en su ámbito se han creado sucesivamente doce Consejos Sectoriales, entre los que se cuenta el Consejo Suramericano de Infraestructura y Planificación (COSIPLAN), que incluye desde su inicio a la IIRSA como organismo asesor para los aspectos técnicos de la infraestructura regional.

En la visión estratégica de los procesos de integración que predomina actualmente, se considera al transporte —en todas sus modalidades— como un eje dinámico de la integración regional, y su armonización normativa es un factor trascendente en estos procesos, debido fundamentalmente a su capacidad de atraer inversiones en tanto una legislación armonizada implica mayor certeza jurídica, lo que coadyuva para otorgar operatividad a la ejecución de los proyectos de infraestructura.

Dentro de la Cartera de Proyectos del COSIPAN tiene un papel relevante el sector transportes, debido a su función de articulador del territorio en una geografía discontinuada y con vastas zonas de difícil acceso como es la de Sudamérica.

A partir de la creación del COSIPLAN se aspira a fortalecer la integración regional potenciando la interconexión física de las diferentes zonas geográficas, tanto a nivel nacional como entre los diferentes Estados Miembros de UNASUR, considerando a Sudamérica como una unidad geográfica integrada.

La implementación de la Metodología de Planificación Territorial Indicativa como herramienta para definir su Cartera de Proyectos, representa un cambio de paradigma en el análisis y conformación de la infraestructura de integración regional que incorpora el enfoque estratégico y la evaluación ambiental como aspectos fundamentales de su accionar, como así también la sinergia y complementación de sus actividades con los demás organismos pertenecientes a UNASUR.

No obstante la existencia de conflictos internos en los países que integran la UNASUR, como también las reconocidas asimetrías entre los mismos, es de esperar que esta nueva visión de la integración regional sudamericana logre sus objetivos y permita un mayor y equilibrado desarrollo de la sociedad en todos sus aspectos, teniendo en cuenta la sostenibilidad del ambiente como un factor relevante, facilitando así una mejor calidad de vida para todos sus habitantes.



SECCIÓN V
FILOSOFÍA DEL DERECHO

LA VIRTUD CÍVICA EN LA TEORÍA REPUBLICANA DE PHILIP PETTIT. APLICACIÓN A LA SITUACIÓN DE LA CIUDAD DE CÓRDOBA A PARTIR DE LA EXISTENCIA DE SU ACTUAL CÓDIGO DE FALTAS[†]

*Ercilia Irene Adén**

Resumen: Este trabajo tiene como objetivo analizar la situación en la Ciudad de Córdoba a partir de la existencia de su actual Código de Faltas Ley n° 8431, dentro del marco de la concepción de virtud cívica sostenida por la teoría republicana de Philip Pettit.

Como punto de partida se analizará el modo en que es concebida por el autor la libertad republicana, lo cual permitirá luego entender cómo justificada la exigencia de civilidad. Una vez comprendido ello, se aplicarán los contenidos teóricos a la situación concreta de la capital cordobesa, según los datos revelados por el “Relevamiento y análisis sobre la aplicación del código de faltas en la ciudad de Córdoba” realizado en el año 2012.

Palabras clave: republicanismo - virtud cívica - libertad.

Introducción

Philip Pettit¹ se presenta como uno de los principales exponentes de la teoría del republicanismo cívico en la actualidad. Esta corriente sostiene los pilares básicos de la teoría republicana tradicional, tales como la igualdad ante la ley, la publicidad de los actos de gobierno, la responsabilidad de los funcionarios o la periodicidad de los cargos electivos; pero a su vez innova en el modo de interpretar algunos de ellos.

En este trabajo se intentará analizar la situación en la Ciudad de Córdoba a partir de la existencia de su actual código de faltas N° 8431, dentro del marco de la concepción de virtud cívica sostenida por la teoría republicana de Philip Pettit.

Como punto de partida se analizará el modo en que es concebida por el autor la libertad republicana, lo cual permitirá luego entender cómo es justificada la exigencia de civilidad. Una vez comprendido ello,

[†] Recibido el 02/05/2013, Aprobado el 27/09/2013.

* Abogada (UNC). Adscripta en la cátedra de Ética de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del grupo de Investigación Derecho, Ética y Política (DEEP) radicado en SeCyT - UNC.

¹ PETTIT, PHILIP, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Bs. As., Edit. Paidós, 1997, ps. 1-392.

se aplicarán los contenidos teóricos a la situación concreta de la capital cordobesa, según los datos revelados por el “Relevamiento y análisis sobre la aplicación del código de faltas en la ciudad de Córdoba” realizado en el año 2012.

Desarrollo

Philip Pettit reconstruye la idea republicana de libertad entendiendo que, a diferencia de lo que muchos autores pensaban, la libertad republicana no es una concepción positiva de la misma. O dicho de otro modo, para Pettit, la teoría republicana no tiene una concepción de libertad como autodominio.

Al sostenerse una concepción negativa de libertad, la primera idea que surge es la de libertad como “no interferencia” propuesta por la teoría liberal. Esta teoría sostiene que un individuo goza de libertad siempre que haya “ausencia de interferencia por parte de otros”². Sin embargo, Pettit tampoco considera que este sea el modo de concebir la libertad por la teoría republicana. Para el autor, además de la clásica distinción entre libertad positiva como autodominio y libertad negativa como no interferencia, existe un tercer tipo de libertad negativa, que es la libertad como “no dominación”.

La concepción de libertad como no dominación es tomada por Philip Pettit como una teoría intermedia. Se trata de una concepción negativa, un ideal social que implica “ausencia” de dominación o de interferencias arbitrarias. En palabras del autor, exige que “existiendo otras gentes que podrían ser capaces de interferir arbitrariamente en la vida de una persona en cuestión, esas personas se vean impedidas de hacerlo”³. Quién garantiza esa ausencia de dominación o interferencia arbitraria es el Estado, y lo hace a través de sus instituciones y las leyes que sanciona.

Al tratarse de ausencia, se asemeja a la concepción liberal que también posee una concepción negativa de libertad. La diferencia está en que la concepción liberal de libertad implica solo ausencia de interferencia, sin hacer distinción acerca del tipo de que se trata. Cualquier tipo de interferencia implica una limitación a la libertad de las personas dentro de la teoría liberal. Además, esta teoría hace siempre alusión a una interferencia real y efectiva, mientras que la teoría republicana considera que la mera posibilidad de interferir arbitrariamente en la vida de las personas implica que las mismas se encuentren bajo una situación de dominación. El ejemplo que se utiliza para mostrar esta diferencia es el del amo benévolo que

² *Ibidem*, cap. 1, p. 41.

³ *Ibidem*, cap. 2, p. 95.

deja a su esclavo hacer lo que quiera sin interferir en sus decisiones. Para los liberales, ese esclavo se encontraría en una situación de libertad; mientras que para los republicanos, bajo una situación de dominación. Para los republicanos, la mera posibilidad de que el amo pueda modificar su actitud interfiriendo en la vida del esclavo implica una limitación a su libertad, aunque de hecho no interfiera.

Relación entre libertad como no dominación y virtud cívica.

Antes de continuar es importante tener en cuenta que Philip Pettit, además de enrolarse en una teoría republicana, es un consecuencialista. Esto es, adscribe a la concepción que establece que “sean cuales sean los valores que adopte un individuo o una institución, la respuesta adecuada consiste en fomentarlos”⁴. Es por ello que al tratar la teoría republicana, siempre intentará promover la libertad como no dominación, tratando de maximizar el grado de libertad que gocen los ciudadanos.

La sociedad civil va a ocupar un papel central en la búsqueda de maximizar este valor. Ello es así debido a que las normas sociales van a ser el complemento necesario para que las leyes republicanas puedan promover la libertad como no dominación. Sobre este aspecto, van a ser necesarias normas de alcance global, que regulan el comportamiento de cualquier miembro de la sociedad, como así también normas que regulen los comportamientos de los funcionarios públicos.

Teniendo en cuenta que la libertad puede ser medida en grados, desde una visión republicana ese grado siempre va a depender de las leyes e instituciones que regulen una cierta comunidad, y no del mayor o menor número de ciudadanos virtuosos⁵. Conforme a esta idea, Pettit presenta tres razones ilustrativas que explican el modo en que la virtud cívica fortalece un sistema republicano, asegurando que los ciudadanos no se encuentren bajo situaciones de dominación. Ellas son las que se enumeran a continuación:

1. “[L]a gente disfruta de un mayor grado de no dominación en un régimen en el que haya normas que sostengan a las leyes republicanas”⁶.

Esto es así debido a que si las normas comúnmente aceptadas por la sociedad estuvieran en conflicto con las leyes, el cumplimiento de estas

⁴ PETTIT, PHILIP, “El consecuencialismo”. En PETER SINGER (Editor), *Compendio de Ética*, Madrid, Alianza Editorial, 1995, cap. 19, ps. 323-336.

⁵ STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHYLOSOPHY, “Republicanism”. Disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/republicanism/>. Fecha: 10/03/20113.

⁶ PETTIT, ob. cit., cap. 8, ps. 319-320.

últimas dependería de una ponderación entre los costes y beneficios que proporcionaría realizar una interferencia arbitraria. Las normas sociales cumplen la función de proporcionar seguridad. Vienen a reforzar el cumplimiento de normas jurídicas y como consecuencia, de la libertad como no dominación⁷.

Como modo de reforzar el argumento Pettit sostiene que si es cierto que el cumplimiento y obediencia a las normas depende no solo del miedo a las sanciones jurídicas, sino también de la percepción de que sean justas o equitativas, las leyes que se encuentren sostenidas por normas cívicas republicanas serían capaces de proporcionarla⁸.

2. “[L]a necesidad de disponer de leyes que satisfagan las restricciones ligadas a la disputabilidad democrática: que las leyes atiendan a los intereses mudadizos de la gente y a los procesos de clarificación de las interpretaciones de esos intereses”⁹.

Aunque quienes toman las decisiones pueden tener intensiones de considerar los intereses de todos los sectores de la sociedad, muchas veces se torna difícil conocerlos e interpretarlas correctamente.

Una república en la que existen grupos con intereses diversos, debe contar con políticas sensibles a esas diferencias. Las mismas solo son posibles cuando existe una civilidad ampliamente difundida capaz de darlos a conocer¹⁰.

La disputabilidad democrática contribuye a que los intereses de los grupos más desprotegidos sean oídos y considerados, como así también, a que preocupaciones compartidas por una comunidad entera lleguen al conocimiento de los funcionarios¹¹.

3. “[L]a puesta por obra efectiva de las sanciones jurídicas o casi jurídicas”¹².

En muchos casos, el control o vigilancia por parte de los ciudadanos contribuye a la efectivización de sanciones que fortalecen el sistema republicano. Este compromiso ciudadano contribuye a sostener el cumplimiento de las normas republicanas, puesto que es materialmente imposible que organismos como la policía puedan controlar la totalidad de situaciones que se presentan. Un modo de actuar sería que

⁷ PETTIT, PHILIP, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Bs. As., Edit. Paidós, 1997, cap. 8, ps. 319-320.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*, cap. 8, ps. 319-323.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*, cap. 8, ps. 323-325.

estén dispuestos a realizar denuncias de las situaciones que lleguen a su conocimiento¹³.

Este control ciudadano puede referirse tanto al accionar de los funcionarios, como al de otros ciudadanos comunes. En el primer caso, sirve para impedir casos de corrupción, mientras que en el segundo, evita que se incumplan o vulneren normas. Ambas situaciones ponen en riesgo o violentan la libertad ciudadana y es por eso que puede ser considerado un instrumento útil para evitar o disminuir situaciones de dominación¹⁴.

Ya se dijo que en un estado republicano la virtud cívica contribuye a maximizar la libertad como no dominación. Como consecuencia, se espera que el estado facilite y promueva la civilidad, disminuyendo así las posibilidades de dominación. En el modelo ofrecido por Pettit, el estado lo hace a través de tres medidas que parecen incidir en el carácter de los ciudadanos. Las mismas no impiden la discrecionalidad de cada estado para escoger el modo que consideren más apropiado a la hora de materializarlas. Ellas son las que se presentan a continuación:

1) "Asegurar la legitimidad de la ley"¹⁵

El autor considera que esta medida presenta dos requisitos; uno de índole ideológica y otro de índole institucional. El primero consiste en que la libertad sea presentada no solo como un bien imperativo, sino también como un bien al que las leyes están encaminadas a promover. Este requisito se encuentra estrechamente vinculado al segundo, que consiste en sostener una democracia disputatoria, no sujeta a dominación por parte de quienes ejerzan el poder¹⁶.

De este modo, las leyes se presentan como indicios de las exigencias ciudadanas y requerirles su obediencia se encontraría justificado. Ello se debe a que si son los propios intereses de la ciudadanía los que se ven reflejados en las normas, obligarlos a su cumplimiento no implicaría que se encuentren bajo una situación de dominación por parte del estado¹⁷.

2) "Promover la mano intangible"¹⁸.

Esta medida hace referencia al modo en que el estado republicano debe legislar y regular la conducta de los ciudadanos. Pettit sostiene que

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ PETTIT, PHILIP, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Bs. As., Edit. Paidós, 1997, cap. 8, ps. 323-325.

¹⁵ *Ibíd.*, cap. 8, ps. 326-328.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Ibíd.*, cap. 8, ps. 328-332.

una regulación que trate a los ciudadanos como incumplidores de la ley podría tener un efecto negativo en quienes, de no existir esa regulación, cumplirían de manera voluntaria. A diferencia de las clásicas alternativas entre optar por “la mano invisible” o “la mano de hierro”, el autor considera que “la mano intangible”, basada en sanciones de consideración y respeto por parte de los otros ciudadanos sería efectiva¹⁹.

3) “Internalización e identificación”²⁰.

Esta medida es central en la teoría puesto que sostiene que la libertad como no dominación es un bien común de la sociedad toda. Ello se debe a que solo puede obtenerse para sí, en la medida en que los otros ciudadanos también lo obtengan²¹.

Como el hombre es una especie de naturaleza social, establecer normas de solidaridad adoptando puntos de vista grupales, no implicaría una negación a los fines individuales sino que, por el contrario, contribuiría a ellos alcanzarlos. No se trataría de un compromiso intencional, sino de una norma natural común a todos los miembros de la comunidad política republicana. Un fin internalizado y hecho propio por cada uno de los individuos que la componen²²

Situación en la provincia de Córdoba

Los datos que revela el relevamiento y análisis de aplicación del actual código de faltas realizado en la Ciudad de Córdoba en el año 2012, pueden ser útiles para analizar su actual situación a la luz de la teoría de Pettit.

En caso de descubrirse situaciones de dominación, se buscará plantear la posibilidad de revertir o al menos disminuir algunas de ellas, a través de la promoción de la virtud cívica.

1. En cuanto a la existencia de un régimen en el que haya normas que sostengan a las leyes republicanas:

Conforme al informe elaborado en la ciudad de Córdoba, el Código de Faltas vulnera principios y derechos protegidos tanto por la Constitución Nacional, como por Tratados Internacionales. Algunos de ellos son “el principio de igualdad, la división de competencias entre Provincias y Nación, el principio de legalidad penal, el principio de lesividad, el de culpabilidad, el derecho a la no discriminación, la libertad ambulatoria o el

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*, cap. 8, ps. 332-337.

²¹ PETTIT, PHILIP, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Bs. As., Edit. Paidós, 1997, cap. 8, ps. 332-337.

²² *Ibidem*.

derecho de defensa”²³. Todo esto a través de normas que establecen figuras como “la prostitución molesta o escandalosa (art. 45), el consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública (art. 61) merodeo (art. 98), la negativa u omisión a identificarse (art. 79); la posesión injustificada de llaves alteradas o de ganzúas (art. 97)”²⁴.

Este problema no se reduce a que las normas sean injustas en cuanto a los motivos de detención consignados en ellas. La policía, órgano estatal que debería proteger de la dominación a los ciudadanos, en la práctica se excede en sus facultades y amplía las detenciones a casos que se presentan más arbitrarios aún que los contenidos en las normas del código de faltas. Más allá de que este modo de actuar pueda estar influenciado por la formación que recibieron o sus historias de vida, es incuestionable la existencia de otro factor que lo motiva. Los policías que realizan detenciones reciben órdenes de sus superiores en las que se les exige cumplir con un cierto número de detenciones por turno, para no ser sancionados con horas extras de trabajo²⁵. Es decir que no solo existe una práctica que muestra el ejercicio del poder policial de manera arbitraria, sino que además, existe un sistema de normas paralelo y no formalizado, que rige el modo de actuar de la policía y lo refuerza.

Para completar este sistema claramente injusto, la mayoría de las personas detenidas arbitrariamente ya no muestra resistencia ante ellas. Están tan acostumbradas a sufrir este tipo de detenciones que las aceptan sin oposición alguna, con la esperanza que de ese modo sea menos violenta y de corta duración.

2. En cuanto a la necesidad de disponer de leyes que satisfagan las restricciones ligadas a la disputabilidad democrática:

Pareciera ser que en el caso de la aplicación del código de faltas no existen preocupaciones compartidas por toda la sociedad. Más bien, las inquietudes de la sociedad cordobesa tienden a presentarse como encontradas. El principal motivo es que no se parte de una situación de igualdad entre todas las personas. Las diferentes situaciones económicas y sociales

²³ BALCARCE, FABIÁN *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*. 2012. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/113366386/RELEVAMIENTO-Y-ANALISIS-SOBRE-LA-APLICACION-DEL-CODIGO-DE-FALTAS-EN-LA-CIUDAD-DE-CORDOBA>. Fecha: 05/05/13, ps. 11-18.

²⁴ *Ibíd.*, ps. 7-8.

²⁵ BALCARCE, FABIÁN *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*. 2012. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/113366386/RELEVAMIENTO-Y-ANALISIS-SOBRE-LA-APLICACION-DEL-CODIGO-DE-FALTAS-EN-LA-CIUDAD-DE-CORDOBA>. Fecha: 05/05/13, p. 12.

actúan fraccionando a la población y, en consecuencia, sus intereses también lo están.

Se generaron movilizaciones y protestas sociales en contra de la aplicación del código de faltas promovidas por el Colectivo de Jóvenes por Nuestros Derechos, con el apoyo de muchas organizaciones y personas de diferentes sectores²⁶. Los más afectados por las detenciones son personas de bajos recursos y con poca formación educativa, que desconocían los fundamentos acerca de por qué tener un código de faltas como el de la Ciudad de Córdoba es inadecuado. En el último se hicieron campañas para informarlos acerca de sus derechos y ello llevó a que su participación se acrecentara. El problema es que muchas veces temen a que sus reclamos puedan empeorar sus situaciones. Es común que una persona que intenta denunciar, sea amenazada o detenida con mayor frecuencia. Peor aún, muchas veces el exigir el respeto de sus derechos puede terminar con el ejercicio de actos de violencia en su contra cuando son detenidos. Como consecuencia, las voces de los más afectados no se escuchan y tampoco sus necesidades.

Los medios de comunicación suelen acompañar las políticas policiales. Según el relevamiento, hasta existen programas de radio y televisión que dan cuenta del número de detenciones diarias, presentándolas como un acontecimiento favorable a la lucha contra la inseguridad²⁷.

El conflicto llegó a conocimiento de los funcionarios, pero no se tomaron medidas al respecto. Bajo el discurso de garantizar la seguridad de los ciudadanos, siguen presentando al actual código de faltas como un elemento útil para promoverla.

Con respecto a la policía encargada de realizar las detenciones, acontece algo parecido a lo que ocurre con los detenidos. Muchos policías no desean actuar de modo arbitrario, deteniendo a personas en situaciones que no consideran necesario. Lo que sucede es que muchos de ellos no tienen otras opciones laborales. Tener que denunciar a un superior que imparte órdenes, genera temor de perder el empleo o agravar las condiciones laborales en cuanto al ambiente de trabajo y las relaciones, más allá de tener que trabajar horas extra cuando no se cumple con el número de detenciones.

²⁶ “Masiva ‘Marcha de la Gorra’ por la derogación del Código de Faltas”. Diario *Cba24n*. Disponible en: <http://www.cba24n.com.ar/content/masiva-marcha-de-la-gorra-por-la-derogacion-del-codigo-de-faltas>. Fecha: 02/03/2013.

²⁷ BALCARCE, FABIÁN - BERNAL, MARCELO - VEGA GUTIÉRREZ, ANA, *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*. 2012. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/113366386/RELEVAMIENTO-Y-ANALISIS-SOBRE-LA-APLICACION-DEL-CODIGO-DE-FALTAS-EN-LA-CIUDAD-DE-CORDOBA>. Fecha: 05/05/13, p. 12.

Pareciera ser que los principales actores no tienen voz en el conflicto que los atañe. No se escucha a la policía que detiene, ni a la población detenida. No existe un lugar en donde sus preocupaciones puedan ser manifestadas.

3. En cuanto a la puesta por obra efectiva de las sanciones jurídicas o casi jurídicas:

Son muy pocos los casos en donde se sancionó por detenciones arbitrarias. Casi no existen denuncias. En muchos casos la población más afectada desconoce sus derechos y en otros, simplemente teme de empeorar su situación. Las personas que no sufren de detenciones arbitrarias no suelen considerar el problema y solo parte de la clase media participa e intenta impedir situaciones de arbitrariedad.

En cuanto al organismo policial, es muy difícil conocer acerca de lo que sucede dentro. Funciona como una estructura jerárquica en donde a pesar de las diferencias en cuanto al modo de actuar que cada uno considere apropiado, quienes ocupan los cargos de mayor rango terminan sometiendo a sus inferiores. El órgano policial termina contando con un mecanismo cuyas piezas engranan perfectamente y son aptas para ejercer la dominación.

Propuestas para promover la libertad como no dominación en la ciudad de Córdoba

Con respecto a las medidas que puede tomar el estado para maximizar la libertad de sus ciudadanos en el caso concreto de la ciudad de Córdoba, un primer paso podría consistir en llevar a cabo la implementación de las siguientes propuestas:

1) Propuestas para asegurar la legitimidad de la ley.

Como primera medida, se deberían modificar las normas que contradicen principios y derechos constitucionales o de tratados internacionales destinados a proteger la libertad de las personas.

Para modificar las normas se deben escuchar todas las voces, garantizando que los intereses de todos los sectores se encuentren considerados e interpretados del mejor modo posible. Esto implica que se debe incluir necesariamente a los policías que realizan las detenciones y a las personas que suelen ser detenidas.

Si se mantiene el código de faltas con el fin de evitar conductas que afecten la convivencia de los ciudadanos, los hechos que determinen la aplicación de una sanción deberían ser casos muy específicos y limitados. Se debería tratar de conductas que demuestren que la necesidad de

aplicarlas sea inevitable, teniendo en cuenta que una detención implica limitar la libertad de las personas en su mayor grado.

A su vez, se debería modificar el sistema de castigos dentro del órgano policial para con sus integrantes. Un régimen de sanciones basado en normas que contradicen el sistema legal no debería ser exigido. Los funcionarios a quienes se les ordene realizar conductas de este tipo deberían contar con canales que les permitan denunciar tales actos, garantizándoseles que su condición laboral no se verá afectada ni correrá riesgo alguno.

2) Propuesta para promover la mano intangible.

Tanto para los ciudadanos comunes como para la policía, sería importante que reciban una formación acabada en el área de derechos humanos. Así también, deberían conocer con exactitud acerca de los derechos y obligaciones que tienen los primeros para con los últimos y viceversa.

Si se trata de normas que todos consideran justas y apropiadas, su cumplimiento implicaría generar un cierto respeto hacia la policía. Sería beneficioso cambiar y renovar su imagen, para que de ese modo valoren la trascendencia de su cargo y actúen conforme a la misma. Puesto que son los funcionarios encargados de proteger a los ciudadanos de situaciones de dominación, es necesario que estos tengan la confianza suficiente para poder recurrir a ellos en caso de necesitarlos.

Por otro lado, de optarse por mantener un código de faltas, sus normas deberían dejar de tratar a sus ciudadanos como delincuentes. Tener leyes que sospechan de una persona por el solo hecho de “merodear” no tiene ningún sentido. Al contrario, la realidad parece haber demostrado que la idea de Pettit que establece que si las normas tratan a los ciudadanos como villanos puede tener efectos negativos, es cierta. Que la policía detenga a personas que aparenten ser de bajos recursos cuando circulan por zonas donde viven personas adineradas, genera que cuando una persona que aparente ser adinerada ingrese a una zona de menores recursos, tampoco sea bienvenida. Es más, muchas veces la estigmatización de ciertos lugares bajo el rótulo de “peligrosos” termina provocando que de verdad lo sean, cuando en un comienzo quizás solo se trataba de un barrio humilde.

3) Propuesta destinada a la internalización e identificación.

De analizarlos a fondo, quizás se puede descubrir que existen aspectos en donde los intereses que en un primer momento se presentaban como encontrados no solo no lo están, sino que además se complementen de modo necesario. Siguiendo el análisis de Pettit, la idea de no dominación solo podría ser alcanzada si nadie en la sociedad encuentra su libertad amenazada. Esto se alcanzaría si todas las personas pudiesen circular por cualquier lugar sin temor a ser víctimas de un delito, de detenciones arbi-

trarias, o de sanciones apartadas de reglamentos, entre otras situaciones. El beneficio de unos beneficiará a todos ya que el grado de no dominación total se amplía cada vez que crece a nivel individual.

Conclusión

No provoca satisfacción la idea de que la situación generada en la ciudad de Córdoba a partir de la existencia de su actual código de faltas sirva para ejemplificar situaciones de dominación conforme a la teoría republicana de Philip Pettit. Sin embargo, pensarla desde esta perspectiva puede ser útil para buscar alternativas que sean capaces de revertirla. Esta idea cobra aún más importancia cuando en lo que se piensa es en la idea de virtud cívica, porque un problema que parece alejado o que no concierne a cierto sector, de repente pasa a ser responsabilidad de todos.

Lo que sucede con la aplicación del código de faltas no es un hecho único y aislado de lo que acontece en otras áreas. Esta situación se repite a la hora de pagar impuestos, en donde es sabido que muchas personas y empresas optan por evadirlos. O a lo que sucede con las normas de tránsito, que no solo no se respetan sino que además las sanciones por su incumplimiento son evitadas a través de coimas. Y se podría continuar con muchos ejemplos más...

Pareciera ser que las personas no sienten a las leyes como propias. No se reconoce la importancia de su existencia, ni mucho menos la de su cumplimiento. Esto se comprueba al considerar que no solo las personas incumplen con leyes, sino que también muchas veces hacen su incumplimiento público, y el público tampoco demuestra un reproche con respecto a esos modos de actuar. Hay situaciones en donde una persona cuenta una experiencia de este tipo, y la respuesta del resto del auditorio es: "Ah, una vez yo también...". Esta situación es grave. No se denuncian delitos que se siguen perpetrando rutinariamente. Tampoco existe una identificación ni una internalización de las normas.

Es importante que los ciudadanos reflexionen acerca de qué rol ocupan en la sociedad y de cómo se sienten con respecto a sus conciudadanos y al Estado. Así también, es necesario concientizarse y empezar a reflexionar acerca de las leyes que existen y lo que sucede a nuestro alrededor día a día. Situaciones tan aberrantes como una detención arbitraria a un albañil que se dirige a trabajar vestido, obviamente, con su ropa de trabajo ocurren a diario en frente de muchas personas que no se sienten afectadas por lo que ven y optan por seguir caminando. Es muy grave también, que la misma persona detenida, que sabe que no hizo nada y que la detención es injusta, acepte la detención sin decir nada. Es difícil entender

cómo llegamos a dónde estamos y más difícil aún, pensar cómo salir de este lugar.

Quizás la teoría de Philip Pettit pueda ser pasible de algunas críticas. Quizás un modelo como el que propone no llegue a darse nunca en la realidad. Más allá de eso, el aporte de su obra es quizás esperanzador, como así también el lugar trascendental que ocupa la virtud cívica en su teoría. Pareciera ser que estamos en una situación de “inmoralidad cívica” en varios aspectos que exceden lo que se podría considerar un mínimo de tolerabilidad. Quizás el haber llegado a este tope pueda significar un nuevo punto de partida. Un buen comienzo sería la derogación de al menos esos artículos claramente inconstitucionales del código de faltas de la ciudad de Córdoba. A partir de normas que promuevan la no dominación, se podría esperar que el carácter de la ciudadanía se modifique para beneficio de todos.

Bibliografía

BALCARCE, FABIÁN - BERNAL, MARCELO - VEGA GUTIÉRREZ, ANA (2012). *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*. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/113366386/RELEVAMIENTO-Y-ANALISIS-SOBRE-LA-APLICACION-DEL-CODIGO-DE-FALTAS-EN-LA-CIUDAD-DE-CORDOBA> Fecha: 05/05/13.

“Masiva ‘Marcha de la Gorra’ por la derogación del Código de Faltas”. Diario Cba24n. Disponible en: <http://www.cba24n.com.ar/content/masiva-marcha-de-la-gorra-por-la-derogacion-del-codigo-de-faltas>. Fecha: 02/03/2013.

PETTIT, PHILIP (1995), “El consecuencialismo”. En Peter Singer (Editor), *Compendio de Ética*, Madrid, Alianza Editorial.

PETTIT, PHILIP (1997), *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Edit. Paidós. Bs. As.

STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHYLOSOPHY (2006), “Republicanism”. Disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/republicanism/>. Fecha: 10/03/2013.



LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO EN LA APLICACIÓN[†]

Ma. C. C. Avendaño*

Resumen: El trabajo refiere al modelo hermenéutico y al movimiento de los *Critical Legal Studies*. A pesar de sus diferencias, ambos adhieren, de un lado, a modelos que no aceptan la idea de que sea posible “el punto de vista de ninguna parte” y, de otro, a la razón práctica: *praxis* prudencial en el primer caso y *praxis* ideológica en el segundo. En este marco, cabe preguntarse —en relación con el conocimiento “comprometido en la *praxis*”, como diría Ricoeur— si es posible un enfoque sobre la acción que pueda despojarse de la índole ideológica del conocimiento.

Palabras claves: Hermenéutica - Critical Legal Studies - Ideología

1. Introducción

Los criterios enumerados por la ciencia del Derecho para interpretar las normas jurídicas (desde las dimensiones gramaticales al contexto y los antecedentes legislativos, entre tantos otros) ha llevado a plantear que si no existen criterios generales, la solución ante un caso concreto depende del arbitrio del intérprete. Tales los aspectos tocantes a la aplicación de la norma —cuestión conexas a una noción del derecho y de la tarea del juez— han sido desarrollados, por ejemplo, por la hermenéutica gadameriana. La hermenéutica libera a “la positividad del derecho de su esquema ontológico fundamental. El carácter positivo del derecho resulta de la estructura narrativa más amplia a la que pertenece”¹. Desde un punto de vista epistemológico, la propuesta de recurrir en la aplicación de la norma a una jerarquía de criterios ha resultado insuficiente.

Las disquisiciones de Gadamer sobre la naturaleza ontológica de la interpretación, concebida como fusión de horizontes o sobre la intervención del sujeto en la interpretación fueron consideradas centrales por aquellos juristas que no aceptaron la idea de que es posible “el punto de

[†] Recibido el 30/04/2013, Aprobado el 20/08/2013.

* Prof. Titular, Universidad Nacional de Córdoba.

¹ BROEKMAN, J. M., *Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*; Bogotá, Temis, 1997, p. 64.

vista desde ninguna parte”, lo que Thomas Nagel² ha denominado “objetividad”, que supone captar el mundo tal cual es³. La hermenéutica jurídica en las figuras de sus más conspicuos representantes, los juristas Josef Esser y Karl Larenz, quienes, a su vez, incidieron en la formulación de las filosofías de Arthur Kaufmann y Ronald Dworkin, han experimentado el influjo de la ontología hermenéutica de Gadamer⁴. Para la hermenéutica jurídica, el Derecho supone la interpretación de las leyes ante nuevos casos, sin caer en una interpretación extrema dado que se tienen en cuenta las reglas que intervienen en la determinación del Derecho, reglas que no se crean nuevamente en cada interpretación⁵. En esta perspectiva encontramos una concepción del Derecho que es, “a partes iguales, praxis prudencial y labor cognoscitiva”⁶. Sin embargo, persiste en el campo jurídico la pretensión de no caer en la arbitrariedad o el subjetivismo; de ahí que la hermenéutica jurídica se aproxime, por ejemplo, a las orientaciones consensualistas de las teorías de la argumentación jurídica.

2. La hermenéutica jurídica

Desde una orientación hermenéutica cabe destacar que la norma es el primer objeto en el que se centra el intérprete y con el cual confronta los “prejuicios” (ligados con los tópicos relativos a la precomprensión⁷, autoridad de la tradición⁸, historicidad de todo conocimiento, parcialidad de toda interpretación y papel del círculo hermenéutico)⁹. Para la Hermenéutica, el Derecho es parte de la realidad práctica. Si bien Gadamer ya había sugerido, desde un enfoque ontológico, que la aplicación de una ley crea

² Cfr. NAGEL, T., *The View from Nowhere*, New York, 1983.

³ NAGEL, T., “El intento se hace para ver el mundo no desde un lugar dentro de él o desde un punto ventajoso de un especial tipo de vida o de conciencia, sino desde ninguna parte en particular ni tampoco desde una forma de vida particular alguna”, *Mortal Questions*, Cambridge, 1979, p. 208.

⁴ Cfr. ZACCARIA, G., “Dimensiones de la hermenéutica e interpretación jurídica” in *Persona y Derecho, Rev. de la Universidad de Navarra*; 227-264, p. 229.

⁵ Cfr. RODRÍGUEZ-PUERTO, M., “Métodos de interpretación, hermenéutica y derecho natural” in *Dikaio*, Año 24 - Vol. 19 Núm. 2 - 319-347 - Chta. Colombia - Diciembre, 2010.

⁶ GARCÍA AMADO, J. A., “Filosofía hermenéutica y Derecho” in *Azafra. Rev. filos.* 5, 2003, pp. 191-211, Universidad de Salamanca, p. 197.

⁷ La precomprensión refiere, para Gadamer, a una condición de posibilidad del conocimiento. En la hermenéutica jurídica es utilizado también en varios sentidos aunque relacionados entre sí. Cfr. GIZBERT-STUDNICKI, T., “El concepto de precomprensión en la hermenéutica jurídica” in *Rev. Chilena de Derecho*, Vol. 22, Nro. 1, 1995.

⁸ La pertenencia del intérprete a la tradición propia del texto es, asimismo, condición de la precomprensión.

⁹ Circularidad que resulta de la circularidad del entender Cfr. OSUNA, F., “La hermenéutica jurídica en la perspectiva de la razón práctica”, in *Persona y Derecho, Rev. de la Universidad de Navarra*, 35, 1996, pp. 183-184 y Rodríguez-Puerto, *op. cit.*

una nueva realidad, no se ocupó de las dimensiones epistemológicas del acontecimiento interpretativo del Derecho. Sin embargo, dicha ontología regional requiere “investigar y adoptar posiciones en los ámbitos y niveles más altos de la filosofía práctica, y para qué decir de la epistemología y de la metafísica que la filosofía práctica en parte presupone y en parte informa”¹⁰.

Por ende será central, para la hermenéutica jurídica, la consideración del Derecho en su dimensión de acción o *praxis*. De ahí que un sector de la filosofía jurídica considere que la apreciación moral del acto de juzgar como “juicio justo” se remite inevitablemente y con toda legitimidad a criterios de relevancia basados tanto en determinaciones positivas como en razones morales”¹¹. Para Ricoeur no es posible afrontar los asuntos de la justicia independientemente de la teleología que los dispone y precede o, dicho de otro modo, no es posible comprender lo justo separado del bien. Este tema interesa a Ricoeur debido a que “si no se demuestra que la dimensión teleológica desempeña algún papel, por discreto y subterráneo que sea en una teoría de la justicia, habrá de admitirse no ya la autonomía de la norma, de la “moral”, con relación a la “ética”, sino la falta de toda vinculación entre ambas, y toda la puesta en práctica de la “*petite éthique*” que esboza en *Soi même comme un autre* se vendría por tierra. De ahí el esfuerzo de Ricoeur por señalar que la idea de justicia no es puramente “moral” sino que tiene también un significado “ético”, que “lo justo” se sitúa entre “lo legal y lo bueno”, que la justicia no se agota en la construcción de los sistemas jurídicos que suscita”¹². La ética ricoeuriana se inclina al intuicionismo y al naturalismo¹³ dado que “en virtud de nuestra *sensibilidad* moral *sabemos* lo que es bueno o malo, justo o injusto”, es lo que Ricoeur denomina “intencionalidad ética”. “Este saber de fondo pretemático alude a la estructura de la precomprensión del ser-en-el-mundo”¹⁴.

Por lo tanto, la aplicación refiere a una conducta por parte del actor, conducta adecuada a un “bien social,” que se ubica entre lo bueno y lo justo. Este punto de vista supone pensar al Derecho como una ciencia de la razón práctica. Y es que una ciencia práctica “no puede construirse de es-

¹⁰ EINNIS, J., “Does Free Exercise of Religion Deserve Constitutional Mention” in *The American Journal of Jurisprudence*, 54, 2009, 41-66, p. 41.

¹¹ ORREGO SÁNCHEZ, C., “Un juicio justo: la especificación del juicio legal en la filosofía jurídica analítica, la hermenéutica *iusfilosófica* y la teoría de la ley natural”, *Anuario Filosófico*, 44/3, 2011, 543-564, p. 558.

¹² LÓPEZ CASTELLÓN, E., “Sobre lo bueno y lo justo: Rawls en Ricoeur” in *Cuaderno Gris*, Nro. 2, 1997 coord. por Arazueque, G. y Mongin, O.; 333-352, p. 338.

¹³ GARCÍA RUÍZ, P., “Constructivismo ético y teleología del bien: Rawls y Ricoeur sobre lo justo” in *Signos Filosóficos* I-2, 1999, 117-138.

¹⁴ RICOEUR, P., *Si mismo como otro*; Madrid, Siglo XXI, 1996, p. 176.

paldas a la configuración de la acción social de la persona humana, la cual es siempre algo concreto y cumplido en tiempo y lugar determinados. Una ciencia práctica debe ser siempre moldeable y configuradora de las acciones de los agentes sociales. El “comprender” una ley no se hace sin referirla a unas situaciones de la vida humana y a una praxis de lo social”¹⁵.

Para Gadamer, en el Derecho, lo que es justo no resulta de aplicar sin más una ley a un caso concreto. Por ello, Aristóteles habla de la *epikeia* la cual supone que, en determinadas situaciones, es necesario un “ajuste” o “rectificación” de la ley, a veces se impone “suavizar” la ley, lo que no debe confundirse con “no aplicar” el derecho que expresa: “Toda ley comporta una cierta tensión interior en relación con las posibilidades concretas de la acción: una ley es siempre general y no puede implicar toda la complejidad concreta de un caso particular [...] Una ley es insuficiente, no en razón de un defecto intrínseco, sino porque el mundo como campo de nuestras acciones es siempre imperfecto por relación al orden ideal representado por las leyes”¹⁶. Por lo tanto, para Gadamer, la interpretación radica en la concreción de la ley, es decir, en su aplicación. A diferencia de Gadamer, Ricoeur piensa que no procede situar el caso en relación con la regla general, sino comprender los hechos e interpretar la norma a fin de dilucidar en qué medida “se ajusta” a los hechos¹⁷. En este marco, cabe preguntarse —en relación con el conocimiento “comprometido en la *praxis*”, como diría Ricoeur— si existe un enfoque sobre la acción que pueda despojarse de la índole ideológica del conocimiento¹⁸.

3. Los *Critical Legal Studies*

Otro de los modelos mencionados *ut supra*, que puede ubicarse en lo que Paul Ricoeur ha llamado “filosofía de la sospecha”¹⁹, refiere al movimiento de los *Critical Legal Studies* el cual considera al Derecho como una *praxis* ideológica. Se habla de movimiento porque no es una teoría sino que es caracterizado tanto por la homogeneidad cuanto por la diversidad²⁰.

¹⁵ OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, A., *op. cit.*, p. 181.

¹⁶ GADAMER, H., *El problema de la conciencia histórica*; Madrid, Tecnos, 1993, p. 89.

¹⁷ Vid LÓPEZ CASTELLÓN, E., *ibid.*, p. 336.

¹⁸ Cfr. RICOEUR, P., *Del texto a la acción*; Buenos Aires, FCE, 2000, p. 281.

¹⁹ Modalidad de la Filosofía que remite sus orígenes a la trilogía constituida por: Marx-Nietzsche-Freud. Como expresa Ricoeur: “El filósofo contemporáneo encuentra a Freud en los mismos parajes que a Nietzsche y a Marx; los tres se erigen delante de él como los protagonistas de la sospecha, los que arrancan las máscaras. Ha nacido un problema nuevo; el de la mentira de la conciencia, el de la conciencia como mentira”. *El conflicto de las interpretaciones*, Buenos Aires, FCE, 2003, p. 95.

²⁰ DORE, I., “L’influence française sur la nouvelle épistémologie juridique postmoderne aux États-Unis”; *Arch. phil. droit* 49, 365-399, 2005, p. 379.

Esta línea de investigación considera que el Derecho no posee “una sustancia propia” sino que refleja los proyectos del poder, de la dominación ya sea dominación económica, personal y/o simbólica. Ahora bien, este enfoque crítico acerca del derecho se ha manifestado a través de distintos relatos u orientaciones ideológicas: (i) la rigurosamente *marxista*, ya sea la vinculada al estructuralismo francés (Althusser, Poulantzas), al dogmatismo soviético (Vysinskij, Romashkin) o a revisionismos dentro del mismo comunismo (Pashukanis, Cerroni); (ii) la llamada del *uso alternativo del Derecho*, con Pietro Barcellona y Nicolás López Calera, que traslada al campo jurídico las ideas de Gramsci; (iii) la designada como *Teoría Crítica*, que se ajusta más a la Escuela de Frankfurt (J. Habermas, Max Pensky, Matheu Deflem); (iv) la que prosigue el pensamiento del *post-estructuralismo* que se origina en obras de Foucault y de Derrida y ha sido propagada por estudiosos argentinos como Enrique Marí y Remo Entelman²¹.

En América del Norte se ha desplegado una variedad de esta perspectiva crítica, originada en los ‘70 en la Universidad de Winsconsin-Madison. Dicho enfoque se propagó velozmente tanto en la Universidad de Harvard como en varias universidades del Reino Unido. A la “filosofía de la sospecha” se añadieron dimensiones que habían caracterizado al estilo norteamericano, especialmente las derivadas del *American Realism*. En esta línea se encuentra uno de los más destacados representantes de los *Critical Legal Studies*, Duncan Kennedy²². El planteo que presenta Kennedy apunta a enfocar los aspectos institucionales del Derecho y de los pronunciamientos judiciales. El autor referido piensa que el Derecho reside en el “acontecimiento interpretativo” resultante de la “interacción” entre un intérprete situado y determinados materiales jurídicos que pueden ser aplicables a un caso.

Para Kennedy, “lo que necesita ser explicado es el *acontecimiento* y cada nivel de textualidad ‘detrás’ del acontecimiento es útil”²³. Le preocupa, por tanto, el papel que juega la ideología en la aplicación de la norma, dado que comúnmente, desde lo que se ha denominado “punto de vista situado”²⁴, se cree que los jueces se esfuerzan para que sus decisiones se correspondan con el derecho positivo. En palabras de Kennedy: los estudiosos de los *Critical Legal Studies*, “practican una hermenéutica de la sospecha en relación con la afirmación de que el discurso jurídico, y

²¹ MASSINI CORREAS, C. I., “El cierre de la razón en el Derecho” in *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, Vol. 64, 2011,1, pp. 121-141, 123-4.

²² *Ídem*.

²³ KENNEDY, D., *Izquierda y Derecho*; Buenos Aires, Siglo XXI, 2010, p. 51.

²⁴ TAYLOR, Ch., *Argumentos filosóficos*; Barcelona, Bs. As., Paidós, 1997.

particularmente los argumentos jurídicos [...] son autónomos respecto del discurso ideológico”²⁵.

La ideología, es pensada en la línea de Mannheim, como “la aserción de una concepción controversial de la justicia, que algunos alegan que es una mera racionalización de intereses partidarios pero que sus adeptos defienden como provechosa para el interés general —alegando a la vez que los intereses que defienden sus oponentes son meramente parciales—”²⁶. Conforme a esta noción de ideología, para Kennedy: “En las sentencias judiciales, los jueces *siempre* ‘niegan,’ en el sentido común del término, que estén actuando por motivos ideológicos. Esto es, afirman explícitamente que el resultado [...] fue alcanzado siguiendo procedimientos interpretativos impersonales que excluyen la influencia de sus ideologías personales. Obviamente se trata de una convención y dice poco sobre lo que realmente está sucediendo”²⁷. Es lo que el autor denomina: *bad faith argument*²⁸.

Por lo tanto, piensa Kennedy, que la indeterminación del Derecho —en el mismo proceso de aplicación de la norma— es también ideológica en tanto la decisión del juez es de naturaleza política. En la medida en que los factores ideológicos son textuales, esto es, refieren al discurso, las ideologías no pueden legitimar resultados determinados e innegables a los asuntos judiciales, lo que plantea el conflicto de una *regressio ad infinitum*. Sin embargo, en tanto para Kennedy “lo que necesita ser explicado es el *acontecimiento* (la elección judicial de una norma), cada nivel de textualidad detrás del acontecimiento es útil”²⁹. No obstante, Kennedy no se considera exento de la falta que delata. Mientras que por lo general, muchos estudiosos piensan, como señala Ricoeur que “la ideología es el pensamiento de mi adversario; es el pensamiento *del otro*. Él no lo sabe, pero yo lo sé”³⁰.

Asimismo, cabe destacar —en acuerdo con Massini— que Kennedy muestra, una vez más, que la demanda de una determinación unidireccional y distintiva de la ley respecto de las resoluciones y decisiones jurídicas específicas, es una simple aspiración, intento no siempre indiferente que encubre “una concepción reductiva del derecho y del pensamiento y la racionalidad jurídica”³¹.

²⁵ KENNEDY, D., *op. cit.*, p. 30.

²⁶ *Ibid.*, p. 95.

²⁷ *Ibid.*, p. 36.

²⁸ KENNEDY, D., *A Critique of Adjudication: Fin de siècle*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1997.

²⁹ *Ibid.*, p.51.

³⁰ RICOEUR, P., *Del texto a la acción*; Buenos Aires, FCE, 2000, p. 281.

³¹ *Ibid.*, p. 140.

4. Retorno a la Hermenéutica

Taylor entiende “comprensión” como una forma de “precomprensión”, pues gran parte de nuestra comprensión de los asuntos humanos es en gran medida “inarticulada”, así considera que: “Da forma a nuestros juicios sin que seamos conscientes de ello [...] establece las formas y patrones de inteligibilidad”. Con esta afirmación, Taylor quiere poner de relieve que la comprensión, al ampliar sus límites, posibilita la articulación de lo que estaba implícito: “artículo lo que previamente eran límites a la inteligibilidad para verlos en un nuevo contexto, ya no como estructuras ineludibles de la motivación humana sino como una más de una serie de posibilidades”³². Es por ello que la comprensión —la comprensión sin distorsión— es posible. Esta nueva comprensión, articulada desde sus límites, define el “trasfondo común” por el cual la comparación, los contrastes y el entendimiento común pueden ser alcanzados, en palabras de Taylor: el “trasfondo” heredado —como lo denominó Wittgenstein—, “es lo que soy capaz de sacar a relucir de la condición de implícito, es lo que facilita el contexto no dicho”³³.

Si, por otra parte, acordamos con Taylor en aceptar la dimensión comparativa del conocimiento en las ciencias del hombre, entonces, las diferentes interpretaciones no son inconmensurables. Inspirado en la noción de “fusión de horizontes”³⁴ de Gadamer, Taylor considera que la diversidad de interpretaciones y de “esquemas conceptuales” son propios de la comprensión de estas ciencias, en ellas la explicación procede por un “lenguaje de contrastes transparentes (*a language of perspicuous contrast*)”³⁵, expresiones, a su vez, de ciertas constantes de la condición humana, presentes en uno y otro. Ese lenguaje de contrastes se debiera mostrar apto para identificar en qué aspectos el lenguaje es distorsionado e inadecuado.

Ya en relación con el juicio reflexivo, el todo aparece como una jerarquía de temas primarios y secundarios. De ahí que su reconstrucción posee un carácter circular, ya Gadamer había señalado que “La tarea es ampliar la unidad del sentido comprendido en círculos concéntricos” destacando que la comprensión “no es una comunión misteriosa de las almas sino participación en un sentido comunitario”³⁶. Ricoeur, por su parte,

³² TAYLOR, CH., *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*; Barcelona, Paidós, 1997, p. 202, ss.

³³ TAYLOR, CH., *op. cit.*, p. 101.

³⁴ Gadamer describe a las perspectivas históricamente situadas del intérprete y el texto como sus “horizontes” y a la interpretación como la fusión de ambos horizontes. GADAMER, H. G., *Verdad y método*, T. I, Edic. Sígueme, Barcelona, 1988, p. 269.

³⁵ TAYLOR, CH., *La libertad de los modernos*; Bs. As., Amorrortu, 2005, p. 211.

³⁶ GADAMER, H. G., *op. cit.* pp. 361-62.

considera que: “la presuposición de un cierto tipo de todo está implícita en el reconocimiento de las partes. Y recíprocamente, si interpretamos los detalles podemos interpretar el todo. No hay ninguna necesidad y no hay pruebas de lo que es o no importante, de lo que es esencial o no esencial. El juicio de importancia es una conjetura”³⁷. Tal conjetura de sentido emerge en la interpretación de textos, en la *ratio legis* y en el momento de “aplicación” de la norma a los hechos del caso³⁸. En suma, el texto puede ser visto desde diferentes puntos de vista y desde distintas dimensiones, ello confirma que la interpretación tiene el carácter de una conjetura, conjetura resultante de la plurivocidad misma del texto o de la acción. Hart había advertido —siguiendo a Waismann— la “textura abierta” (*open texture*) de los textos jurídicos: “Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas”³⁹.

A diferencia de otros autores para quienes la comprensión refiere a la interpretación de “expresiones lingüísticas”, a los “diferentes significados posibles de un término” o de una “serie de palabras”, respecto de los cuales reclama por su significado “exacto”⁴⁰, para Ricoeur la tarea interpretativa va más allá, dado que un texto es “algo más que una secuencia lineal de oraciones; es un proceso acumulativo y holístico [...] Por eso la plurivocidad que se atribuye a los textos como tales es algo diferente de la polisemia de las palabras individuales y de la ambigüedad de las oraciones individuales en el lenguaje ordinario. Esta plurivocidad es típica del texto considerado como totalidad: abre una plurivocidad de lectura y de interpretación”. Lo dicho para el texto vale también para la acción: existe una *plurivocidad específica* en el significado de la acción humana⁴¹.

Por lo tanto, en el pensamiento de Ricoeur, si consideramos un texto —un texto jurídico, entre otros— como totalidad, tanto éste como las acciones a las que refiere, se caracterizan por la plurivocidad puesto que

³⁷ RICOEUR, P., *op. cit.*, p. 185.

³⁸ Como apunta certeramente Aarnio: “El modelo de subsunción puede describir sólo el estadio final, la llamada racionalización *ex post* de la decisión [...] el núcleo de la decisión judicial es la interconexión de las cuestiones de hecho con las cuestiones normativas. Es imposible establecer los hechos del caso sin tomar en cuenta la información de la norma. Esta información crea el marco de todo aquello que consideramos como el hecho jurídico del caso. La información normativa, en tanto ‘preconocimiento’ del juez, es como una lente a través de la cual quien toma la decisión tiene necesariamente que deliberar acerca de la prueba de la evidencia”. AARNIO, A., *op. cit.*, p. 44.

³⁹ HART, H. L. A. JR., *El concepto de Derecho*; Bs. As., Abeledo-Perrot, 2004, p. 159.

⁴⁰ Cfr. LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*; Barcelona, Ariel, 1994, p. 192 ss.

⁴¹ RICOEUR, P., *op. cit.*, pp. 185-87.

abre a una pluralidad de lecturas e interpretaciones de las cuales resultan lecturas conflictivas. Es así que en el campo jurídico: "Ante el tribunal, la plurivocidad común a los textos y a las acciones se exhibe en la forma de un conflicto de interpretaciones, y la interpretación final aparece como un veredicto ante el cual es posible apelar"⁴².

Para Ricoeur como para Taylor podemos argumentar a favor o en contra de una interpretación, cotejar interpretaciones diferentes, confrontarlas o buscar acuerdos. Aquí es importante rescatar la noción tayloriana de evaluación fuerte o intrínseca (*strong evaluation*) como supuesto de las ciencias sociohistóricas. Dicha evaluación debe entenderse en un sentido gramatical wittgensteiniano en tanto no puede ignorarse la atribución de valores intrínsecos por parte de los actores sociales. En consecuencia, Ricoeur se aleja del planteo dworkiano de una "respuesta correcta" y su propuesta puede contribuir a precisar el enfoque de Kaarle Makkonen de la interpretación jurídica en tanto éste sostiene que, en su estructura lógica, la interpretación no se corresponde con un tipo de lógica bivalente⁴³.

5. Notas, a modo de conclusión

El examen de la propuesta de Kennedy muestra una perspectiva hermenéutica crítica que conduce a un relativismo y nihilismo extremos en relación con el racionalismo de la modernidad. Sin embargo, las críticas de los *Critical Legal Studies* no alcanzan al pensamiento jurídico clásico el cual proporciona una concepción de la razón práctica más diversificada y ajustada⁴⁴.

Cuando se pretende relacionar la noción de ideología con el conocimiento práctico, resultan de utilidad las especificaciones de Ricoeur respecto del tema; por una parte, es conveniente evitar confundir a la ideología con un tipo de dominación o partir de su función de justificación de la misma⁴⁵. Por otra parte, se trata de situar a una crítica de las ideologías en el contexto de una interpretación que se sabe "históricamente situada" pero que pugna por introducir un "factor de distanciamiento en el trabajo incesante que llevamos a cabo para reinterpretar nuestras herencias culturales"⁴⁶.

⁴² *Ibid.*, 187.

⁴³ Cfr. AARNIO, A., *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*; Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 215.

⁴⁴ MASSINI CORREAS, C. L., *Filosofía del Derecho III. El conocimiento y la interpretación jurídica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, pp. 83 ss.

⁴⁵ RICOEUR, P., *op. cit.*, p. 280.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 281.

De lo expresado anteriormente, puede concluirse que nos encontramos con un intérprete históricamente situado, con materiales jurídicos cuyas formulaciones reenvían a la “participación en un sentido comunitario”⁴⁷, de ahí la significación de la idea viquiana de *sensus communis*. La conjetura de sentido, por parte del intérprete, está precedida de una “precomprensión” (*Vorwissen*), *conditio sine quantum* de una adecuada comprensión que articula aquello a lo que el texto refiere y al lenguaje en el que lo expresa. Pero, si bien toda interpretación supone juicios de valor, la decisión final no queda abandonada a la subjetividad del intérprete. De hecho, juegan una serie de limitaciones: los fines positivos del ordenamiento jurídico, la necesidad de buscar propuestas coherentes con el sistema jurídico global y que tengan una apariencia razonable, la posibilidad de ponderación de propuestas y soluciones mediante la consideración de consecuencias o la comparación de casos, etc.⁴⁸.

Por lo tanto, si bien el juez no escapa a la ideología, al momento de aplicar la norma su subjetividad queda restringida por la ley y el contexto. Las mismas leyes que restringen su libertad obtienen su poder persuasivo y de convicción del *sensus communis* del cual, a su vez, extraen su validez. De ahí que Esser mencione, como instancia superior de control, el consenso. Puede concluirse, con Ricoeur, que podemos argumentar a favor o en contra de una interpretación, cotejar interpretaciones diferentes, confrontarlas o buscar acuerdos. De este modo, se comprende la importancia de “distender el vínculo entre teoría de la ideología y estrategia de la sospecha”⁴⁹.

Bibliografía

AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

BROEKMAN, JAN M., *Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*; Bogotá, Temis, 1997.

DORE, ISAAK, “L’influence française sur la nouvelle épistémologie juridique postmoderne aux États-Unis”, *Arch. phil. droit* 49, 365-399, 2005.

DWORKIN, RONALD, *Una cuestión de principios*, Bs. As., S. XXI, 2012.

EINNISS, J., “Does Free Exercise of Religion Deserve Constitutional Mention” in *The American Journal of Jurisprudence*, 54, 2009, 41-66.

⁴⁷ GADAMER, H. G., *op. cit.* pp. 361-62.

⁴⁸ Cfr. ESSER, J., “Methodik des Privatrechts”, en: THIEL, M. (ed.), *Methodik der Rechtswissenschaft. Teil I*, München/Wien, 1972, pp. 31-32 in GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, “Filosofía hermenéutica y Derecho”; *Azafea*. Rev. Filos. 5, Universidad de Salamanca; 2003, pp. 191-211, p. 210.

⁴⁹ RICOEUR, P., *op. cit.*, p. 282.

ESSER, J., "Methodik des Privatrechts"; en: THIEL, M. (ed.), *Methodik der Rechtswissenschaft. Teil I*, München/Wien, 1972, pp. 31-32 in GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *Filosofía hermenéutica y Derecho*; Azafea. *Rev. Filos. 5*, Universidad de Salamanca; 2003, pp. 191-211.

GADAMER, H. G., *El problema de la conciencia histórica*; Madrid, Tecnos, 1993.

—*Verdad y método*; Tr. A. Agud y R de Agapito, Vol. I, Barcelona, Edic. Sígueme, 1988.

—*Verdad y método*; Salamanca, Ed. Sígueme, 1992, Vol. II.

GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, "Filosofía hermenéutica y Derecho"; Azafea. *Rev. Filos. 5*, Universidad de Salamanca; 2003, pp. 191-211.

GARCÍA RUÍZ, P., "Constructivismo ético y teleología del bien: Rawls y Ricoeur sobre lo justo" in *Signos Filosóficos I-2*, 1999, 117-138.

GIZBERT-STUDNICKI, TOMASZ, "El concepto de precomprensión en la hermenéutica jurídica" in *Rev. Chilena de Derecho*, Vol. 22, Nro. 1, 1995.

HART, H. L. A. JR., *El concepto de Derecho*; Bs. As., Abeledo-Perrot, 2004.

KENNEDY, DUNCAN, *Izquierda y Derecho*; Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.

KENNEDY, D., *A Critique of Adjudication: Fin de siècle*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1997.

LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*; Barcelona, Ariel, 1994.

LÓPEZ CASTELLÓN, E., "Sobre lo bueno y lo justo: Rawls en Ricoeur" in *Cuaderno Gris*, Nro 2, 1997 coord. por Arazueque, G. y Mongin, O.; 333-352.

MANNHEIM, KARL, *Ideología y utopía: introducción a la sociología del conocimiento*; México, FCE, 2004.

MASSINI CORREAS, C. I., "El cierre de la razón en el Derecho" in *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, Vol. 64, 2011,1, pp. 121-141.

NAGEL, THOMAS, *The View from Nowhere*, New York, 1983.

—*Mortal Questions*, Cambridge, 1979.

OSUNA, F., "La hermenéutica jurídica en la perspectiva de la razón práctica"; in *Persona y Derecho*. *Rev. Universidad de Navarra*, 35. 1996, pp. 183-184.

ORREGO SÁNCHEZ, C., "Un juicio justo: la especificación del juicio legal en la filosofía jurídica analítica, la hermenéutica iusfilosófica y la teoría de la ley natural"; *Anuario Filosófico*, 44/3, 2011, 543-564.

RICOEUR, PAUL, *Del texto a la acción*; Bs. As., FCE, 2000.

—*Caminos del reconocimiento*; Madrid, Trotta, 2005.

—*Sí mismo como otro*; Madrid, Siglo XXI, 1996.

—*El conflicto de las interpretaciones*, Buenos Aires, FCE, 2003.

RODRÍGUEZ-PUERTO, M., "Métodos de interpretación, hermenéutica y derecho natural" in *Dikaio*, Año 24 - Vol. 19 Núm. 2 - 319-347 - Chta. Colombia - Diciembre, 2010.

SILTALA, R., "Whose Justice, Which Ideology?" in *Ratio Juris*; Vol. 16 No. 1 March 2003, pp. 123-130.

TAYLOR, CHARLES, *Argumentos filosóficos*; Paidós, Barcelona, Bs. As., 1997.

—*La libertad de los modernos*; Bs. As., Amorrortu, 2005.

TUSHNET, M., “Critical Legal Theory (without Modifiers) in the United States” in *The Journal of Political Philosophy*: Volume 13, Number 1, 2005, pp. 99-112.

ZACCARIA, GIUSEPPE, “Dimensiones de la hermenéutica e interpretación jurídica” in *Persona y Derecho, Rev. Universidad de Navarra*; 227-264, p. 229.



LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY PROVINCIAL N° 10.058[†]

*Luis Alberto Díaz**

Resumen: Se aborda el problema de la inconstitucionalidad de la ley provincial 10.058, en particular, las normas que prohíben la manifestación de la voluntad en forma anticipada para suspender los tratamientos ordinarios de alimentación e hidratación artificial, por afectar los derechos constitucionales de igualdad ante la ley y privacidad.

Palabras claves: manifestación de la voluntad – privacidad – igualdad ante la ley – inconstitucionalidad de la ley.

¿De qué nos ocupamos?

En el presente trabajo nos ocupamos de la manifestación de la voluntad en forma anticipada, toda vez que ha dado motivo a un arduo debate en orden a los alcances que debe tener.

Al respecto, nuestro sistema legal recepta dicha institución a partir de la ley nacional 26.529 y su posterior reforma mediante la ley 26.742.

Por su parte, la legislatura de la provincia de Córdoba, pese a no ser materia de sus atribuciones, también ha legislado en relación con la manifestación anticipada de la voluntad, mediante la ley 10.058¹.

Por último, nos resta señalar que el proyecto de reforma al Código Civil también se ocupa de la temática en cuestión, permitiendo, al igual que la ley nacional, la manifestación de la voluntad anticipada para suspender la hidratación y la alimentación artificial, con la limitación de que no constituya una práctica eutanásica².

[†] Recibido el 08/08/2013, Aprobado el 24/09/2013.

* Abogado, Magister en Derecho y Argumentación, Profesor Asistente de Ética y de Problemas del Conocimiento y Formas del Razonamiento Jurídico de la Escuela de Abogacía de la Facultad de Derecho y Cs. Ss. de la UNC.

¹ Creemos que la legislatura de provincia de Córdoba se ha excedido en sus atribuciones al legislar sobre la manifestación de la voluntad en forma anticipada, toda vez que esta materia es competencia exclusiva del Congreso de la Nación, de acuerdo a lo preceptuado por el art. 75, inc. 12 y 23 de la CN. Aclaro que la protección del derecho a la salud reservado a las provincias, implica legislar en materia de política público-sanitaria.

² Proyecto de Reforma al Código Civil, “ARTÍCULO 59.- *Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a: ... g) en caso de padecer*

En lo que sigue habremos de ocuparnos exclusivamente del tratamiento de este diseño institucional a partir del análisis de las leyes 26.529 y su modificatoria, la ley 26.742 y la ley provincial 10.058.

¿Es inconsistente el derecho?

De la lectura de los textos legales se advierte una diferencia entre la regulación legal nacional y la de la provincia de Córdoba, en orden al alcance de la manifestación de la voluntad.

La diferencia resulta relevante, toda vez que la ley 26.529 y su modificatoria, la ley 26.742, permiten la manifestación anticipada de la voluntad mediante la cual, en forma expresa, se deja constancia de la voluntad de suspender los tratamientos de soporte vital, de alimentación e hidratación³, entre otros, en aquellos supuestos de enfermedades irreversibles, incurables o de estadio terminal del paciente. La ley provincial, por el contrario, prohíbe expresamente la manifestación anticipada de la voluntad para suspender tratamientos de alimentación e hidratación artificial, para aquellos casos de enfermedad irreversible, incurable o estadio terminal.

Como se dijo, por una parte, el art. 1 de la ley 26.742, expresamente dice:

“Artículo 1º - Modifícase el inciso e) del artículo 2º de la ley 26.529 —Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud— el que quedará redactado de la siguiente manera: “e) Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su mani-

una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;... Si el paciente no está en condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica ni la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente. ARTÍCULO 60.- Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento por quien la manifestó.”

³ En el presente se entiende que los tratamientos de alimentación e hidratación artificial forman parte de los tratamientos de soporte vital. Por lo tanto, se utilizara en forma indistinta.

festación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de re animación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente”.

Por el otro, de los arts. 1, 4 y 5 de la ley provincial N° 10.058, se infiere una respuesta contraria, en cuanto establece:

“Artículo 1º.- Objeto. La presente ley tiene por objeto establecer, regular y garantizar el derecho que tiene cualquier persona —con plena capacidad de obrar— a decidir en forma anticipada su voluntad respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos o procedimientos médicos de encarnizamiento terapéutico que pretendan prolongar de manera indigna su vida”.

“Artículo 4º.- Salud. Cuidados básicos. El ejercicio de los derechos reconocidos en la presente ley no afectan en forma alguna la calidad de los cuidados básicos de la salud, de la higiene, de la comodidad, de la seguridad y de las medidas mínimas ordinarias que serán provistas para asegurar el respeto a la dignidad y a la calidad de vida del enfermo.

Artículo 5º.- Definiciones. A los efectos de la presente ley son de aplicación las siguientes definiciones, sin perjuicio de otras que puedan establecerse por vía reglamentaria: ...

g) Medidas Mínimas Ordinarias: acciones tendientes a suministrar hidratación, higiene, oxigenación, nutrición y/o curaciones al paciente en etapa terminal”.

Creemos estar en presencia de una inconsistencia por parte del sistema legal, pues mientras la ley provincial garantiza, de modo general, el derecho a manifestar en forma anticipada la voluntad con un alcance restringido, que no incluye las medidas mínimas ordinarias, es decir, aquellas acciones tendientes a suministrar la hidratación y la alimentación, entre

otras; la ley nacional, por el contrario, autoriza este tipo de prácticas, poniendo como límite, el que no constituyan prácticas eutanásicas.

Dada la inconsistencia referida se sigue que ambas leyes no pueden ser constitucionalmente válidas, por lo tanto; o bien la ley 26.529 y su modificatoria, la ley 26.742 es constitucional o por el contrario, es constitucional la ley 10.058. ¿Cuál de las leyes en cuestión vulnera nuestra constitución nacional?

De las normas citadas anteriormente se sigue que para la ley provincial, la manifestación de la voluntad en forma anticipada para suspender tratamientos ha sido prevista para aquellas medidas no ordinarias o extraordinarias, es decir, la normativa en cuestión establece que la manifestación de voluntad no alcanza a aquellos cuidados básicos de la salud.

Los tratamientos de alimentación e hidratación artificial son considerados cuidados básicos, son aquellos tratamientos o medidas ordinarias que la ley ha decidido proteger especialmente, al prohibir la manifestación de la voluntad para suspender tales tratamientos.

¿Cuáles son los argumentos que se esgrimen para justificar tal prohibición?

Un argumento que se esgrime refiere a que el estado tiene la obligación o deber positivo de garantizar y proteger la salud de sus ciudadanos, y que un modo de garantizar la salud es prohibir la suspensión de la alimentación e hidratación artificial de los pacientes, porque tal suspensión conlleva poner en peligro no sólo la salud sino la vida de los pacientes, vulnerando así el derecho a la salud y por sobre todas las cosas el derecho a la vida. Por lo tanto, el estado debe prohibir la manifestación de la voluntad para suspender tales tratamientos⁴, protegiendo así la salud de sus ciudadanos.

Creemos, que si bien es cierto que el derecho a la salud implica por un lado, un estado con deberes negativos o de no intervención y, al mismo tiempo y por el otro, un estado con deberes positivos, en el caso que nos ocupa, de lo que se trata es de la facultad que tenemos cada uno de nosotros de diseñar nuestro plan de vida y el alcance que ha de tener la manifestación de la voluntad en forma anticipada para suspender determinados tratamientos. En relación con ello, no vemos como el deber de no intervención, permitiendo al paciente manifestar en forma anticipada su voluntad para suspender tales tratamientos, pueda afectar el cumplimiento de los deberes positivos del estado.

⁴ Este argumento me fue sugerido por el Prof. Dr. Hugo Seleme, como un argumento, entre otros, que contribuyen a colocar la ley provincial bajo su mejor luz.

Las acciones privadas encuentran su justificación, entre otros, en el principio de autonomía personal⁵, plasmado en el art. 19 de la CN, al prescribir que aquellas acciones que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero... están exentas de la autoridad de los magistrados, o lo que es lo mismo, al Estado le está vedado intervenir, prohibiendo tales conductas. Sin embargo, tanto la doctrina como los precedentes judiciales no han mostrado un acuerdo en relación a lo que debemos entender por acciones privadas, sino por el contrario, diferentes interpretaciones son propuestas y pugnan por ser la correcta.

Por un lado, tenemos aquellos que se pronuncian a favor de que el Estado imponga una concepción ética determinada, apelando, entre otros, a argumentos de moralidad política del tipo perfeccionista⁶, paternalista⁷ y/o de la defensa de los intereses y valores de la sociedad⁸, para justificar la intervención estatal; y por el otro, aquellos que rechazan la idea de que el Estado deba imponer la concepción ético-política de la mayoría. Para justificar tal postura apelan al principio de autonomía y a consideraciones que cuestionan la idea de afectar los derechos de las personas en pos de satisfacer objetivos sociales.

La CS⁹ ha abandonado aquella línea interpretativa según la cual el término acción privada se reducía a aquellas acciones realizadas en un espacio o lugar privado, afirmando que el alcance de las acciones privadas estaría dado por el hecho de que la conducta no afecte al orden, la moral

⁵ NINO, CARLOS S. (1989), *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Astrea, Bs. As., pág. 199 y ss.

⁶ El perfeccionismo sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores. En el caso de consumo de estupefacientes se sostiene que la mera autodegradación moral que el consumo de drogas implica constituye, independientemente de toda consideración acerca de los daños físicos y psíquicos, individuales y sociales que ese hábito genera, una razón suficiente para que el derecho interfiera en ese consumo, induciendo a los hombres a adoptar modelos de conducta digna.

⁷ El paternalismo sostiene que el Estado puede imponer a los individuos conductas o curso de acción que son aptos para satisfacer sus preferencias subjetivas y planes de vida que han adoptado libremente. Se sostiene que es legítimo que el orden jurídico busque desalentar, por medio de castigos, el consumo de estupefacientes, con fin de proteger a los consumidores potenciales contra los daños físicos y psíquicos que se auto infligirían si se convirtieran en adictos.

⁸ Se sostiene que la punición está justificada, en tanto y en cuanto se dirige a proteger a otros individuos que no son drogadictos y a la sociedad en conjunto, contra las consecuencias nocivas que se generan por el hecho de que algunos miembros de la sociedad consumen estupefacientes.

⁹ Cfr. Ponzetti de Balbin c. Editorial Atlántida SA, 306:1892 (1984); Bazterrica, 308:1392 (1986); Bahamondez, M., 316:479 (1993); T.S.T. 421: XXXVI (2001); Arriola, causa Nro. 9080 (2009); Albarracini Nieves J. W. s. Medidas Cautelares 523: XLVIII (2012).

pública o un tercero. Es decir, sólo podrían prohibirse aquellas conductas que de algún modo afecten alguna de estas tres alternativas diferentes que prevé la norma.

Se ha propuesto también, una interpretación igualitaria del art. 19 de la CN, según la cual la conducta permitida es aquella que no *daña a un tercero*, o dicho de otro modo, el orden y la moral pública sólo serán razón para la intromisión del Estado, cuando la afectación de aquellos implique daño a tercero¹⁰.

La literatura especializada sostiene: “*El principio de libertad y autonomía de las personas, tal como se garantiza en la norma constitucional referida, ha suscitado problemas de interpretación respecto del alcance de acción privada, moral pública y daño a tercero y acerca de las limitaciones razonables y ponderadas que el Estado puede imponer al ejercicio de aquella autonomía. Esas cuestiones problemáticas y las soluciones a los conflictos específicos posibilitaron que la doctrina, y sobre todo la jurisprudencia crearan y consolidaran reglas de respeto por las opciones personales en una sociedad democrática y plural*”¹¹.

Por lo tanto, en lo que sigue debemos esclarecer si la manifestación de la voluntad en forma anticipada constituye una acción privada o si por el contrario, tal conducta se afecta a la moral pública o se causa daño a un tercero.

En relación con el daño a un tercero, como lo ha dicho nuestra Corte, la manifestación de la voluntad en forma anticipada no causa daño a otro, pues es una conducta autorreferente.

En relación con la moralidad pública se esgrime que legislar, incluyendo dentro de las facultades de los pacientes el manifestar su voluntad en forma anticipada respecto de la suspensión de los medios de soporte vital es favorecer una cultura de la muerte, contraria a nuestra moral.

Si bien este principio puede ser interpretado a partir de diferentes concepciones ético políticas, en el presente, apelaremos a una concepción igualitaria como la propuesta por Dworkin.

Para éste, el sujeto es autónomo y responsable por las elecciones y decisiones que toma, pues el yo puede elegir, revisar y modificar completamente sus fines. Para Dworkin, es falso tanto que podamos separarnos de todos nuestros fines y vínculos, quedándonos totalmente desvinculados o aislados, como también es falso que no podamos separarnos de algunos de ellos y desecharlos.

¹⁰ ALEGRE, MARCELO (2011), “El art. 19 y la igualdad democrática”, en *La Constitución en 2020*, AA/VV, Gargarella Roberto Coordinador, Siglo Veintiuno, pág. 21y ss.

¹¹ GELLI, MARÍA (2004), *Constitución Nacional Argentina: Comentada y concordada*, La Ley, Bs. As., pág. 328 y ss.

“Para una persona resulta imposible, sin duda, desligarse de toda asociación y de toda relación cuando considera el tipo de vida que quiere llevar. Nadie puede pensar en esa cuestión de forma inteligible prescindiendo de todos los aspectos del contexto en el que vive. Así pues, nadie puede cuestionar a la vez todo sobre sí mismo. Pero difícilmente se sigue de aquí que todo el mundo tenga una conexión o una asociación tan fundamental que no se pueda separar de ella, para revisarla, manteniendo las otras en su lugar”¹².

Esta idea de que el yo elige sus propios fines nos conduce a la concepción de un estado que no interviene en los planes de vida de los ciudadanos, que faculta a sus ciudadanos a decidir cómo quieren vivir, aún en forma anticipada.

Esta idea en modo alguno implica asumir una concepción de estado mínimo, como el propuesto por el libertarismo conservador o la de un estado pasivo e ineficaz a la hora de diseñar políticas públicas. Por el contrario, la igual consideración y respeto requiere de un estado activo que interviene con diseños institucionales que sean sensibles a las ambiciones de los individuos, como es el caso de las acciones afirmativas, sin que ello conlleve, de parte del estado, la necesaria afectación de la privacidad del paciente.

En relación con el segundo argumento sobre la cual se apoya la limitación del alcance de la manifestación anticipada de la voluntad, la pregunta que debemos hacernos es si el estado puede limitar el plan de vida de los sujetos, o de otro modo, si es lícito que el estado prohíba acciones que, sin afectar a terceros, puedan resultar contrarias a una concepción del bien adoptada por la mayoría.

Creemos que para una concepción igualitaria la respuesta debe ser negativa, porque aquella le niega valor a las preferencias externas de una mayoría, como lo señala la CS en el fallo del caso Arriola, otorgándole primacía a la autonomía de un sujeto que es responsable de las elecciones y decisiones que toma en relación con lo que él considera una vida buena.

Para un igualitario no es posible asimilar el término moralidad pública a las preferencias de una mayoría, pues para éste, la moral pública no se define a partir de una concepción moral vigente.

Por otra parte, en el caso Albarricini Nieves (el paciente Albarricini Otonelli entra en estado de inconsciencia a un nosocomio, es decir, sin poder manifestar su voluntad a no ser transfundido. Con anterioridad a ingresar al nosocomio había firmado un documento por ante Escribano

¹² DWORKIN, R. (1998), *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, pág. 263. Cfr. 2003, *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Paidós, Barcelona.

Público, mediante el cual manifestaba su voluntad a no recibir tratamientos ordinarios como la transfusión de sangre, aunque esto pusiera en peligro su vida), la CS confirma el pronunciamiento apelado, por la cual se deniega la medida precautoria solicitada por el padre del paciente, Jorge Washington Albarracini Nieves, a los efectos de que se autorizase a los médicos tratantes de su hijo mayor de edad a efectuarle una transfusión de sangre que resultaba necesaria para su restablecimiento.

Nuestro máximo tribunal, entre otros, sostiene lo siguiente:

“...que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o punto de vista, aún cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada. Esta idea ha sido receptada por el legislador en la ley 26.529 al otorgar al paciente el derecho de aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos con o sin expresión de causa.”

Recientemente, en el mes de abril de dos mil trece, en el caso de un joven que se encuentra en coma desde el año 1995, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén¹³, mediante Acuerdo N° 38, resuelve dejar sin efecto las sentencias dictadas con anterioridad, en cuanto rechazan el pedido de suspensión y retiro de las medidas de soporte vital, efectuado por las curadoras y hermanas del paciente en estado vegetativo. Se declara además que no corresponde expedirse respecto de éste, ya que tal cuestión no requiere de autorización judicial. Para fundar normativamente tal decisorio, se apoya en el art. 19 de la CN, la ley 26.529 y su modificatoria, ley 26.742.

El fallo de referencia señala que entre la resolución atacada y el presente decisorio media la sanción, por parte del Congreso de la Nación Argentina, de la Ley 26.742. Que dicha ley no es un acontecimiento menor, pues entiende que el Estado debe tener límites, que tales límites los configuran los derechos reconocidos, por las leyes 26.529 y 26.742, las que a su vez son una reglamentación del principio de autonomía de la voluntad plasmado en el art. 19 de la CN.

¿Qué dice el derecho?

La ley 26.529 y su modificatoria 26.742, han receptado expresamente la manifestación de la voluntad en forma anticipada para suspender los tratamientos de soporte vital con la clara limitación de que ello no constituya eutanasia.

¹³ Actualmente el caso “D.M.A. s/ Declaración de incapacidad” (Expte. N° 178 - año 2011) está a la espera de una resolución definitiva por parte de la CS.

Por su parte la ley 10.058 prohíbe la manifestación de la voluntad anticipada para suspender tratamientos de hidratación y alimentación artificial.

Creemos que con tal prohibición se vulnera el derecho a diseñar el propio plan de vida de aquellos pacientes que padecen una enfermedad grave, irreversible, incurable o que se encuentran en un estadio terminal. También, tal intervención arbitraria coloca a los pacientes de la provincia de Córdoba en una situación de desigualdad, pues al resultar aplicable la ley 10.058, el alcance del derecho a decidir se ve restringido respecto del alcance del derecho a decidir de un paciente al cual le resulta aplicable la ley 26.529 y su modificatoria, la ley 26.742.

La ley provincial 10.058 pareciera ser el resultado de las preferencias morales de una mayoría parlamentaria, y que limitarían el ejercicio de la autonomía, acaso sin evaluar si tal ley estaba vulnerando o no los derechos constitucionales de igualdad ante la ley y privacidad, plasmados en los arts. 16 y 19 de la CN.

Creemos, apoyados en una concepción de moralidad política igualitaria, que al colocar en su mejor versión a la autonomía de la voluntad de los pacientes, la ley provincial 10.058 deviene inconstitucional, por limitar arbitrariamente el ejercicio del derecho a decidir.

Creemos haber alcanzado la respuesta que el derecho puede dar cuando, tanto al paciente gravemente enfermo, terminal y/o a sus familiares, como a los profesionales de la salud, los invaden dudas e interrogantes en torno a ¿cómo debemos actuar en el final de la vida?



SECCIÓN VI
HISTORIA DEL DERECHO

AMISTADES ILÍCITAS. ABANDONO Y VIOLENCIA EN LOS CONTEXTOS FAMILIARES INDIANOS DEL ÚLTIMO CUARTO DEL SIGLO XVIII EN CÓRDOBA DEL TUCUMÁN[†]

*Marcela Aspell**

Resumen: La experiencia americana, recorrida por procesos de intensa vitalidad, demuestra como en estos confines del imperio español, la ordenada arquitectura jurídica del *ius commune* se adaptaba plásticamente, a un mundo cuya lejanía con el centro político de la Monarquía, el generalizado carácter lego de quienes ejercían la magistratura, las estructuras judiciales, señaladas por significativas carencias, y sus protagonistas que interactuaban en un escenario primitivo, pasional y desbordado imponían sus propias reglas.

La sencillez procedimental, la sumariedad y la ausencia de la aplicación ortodoxa de patrones formales en el trámite de las causas, que potencian el empleo del arbitrio judicial, no excluyen, sin embargo, el conocimiento y la utilización de un núcleo básico de presupuestos mínimos de orden procesal que se supone conocido por todos y que aplica, aún, la misma justicia lego.

En este contexto las relaciones familiares se expresan en tratos que escapan a los cánones tridentinos. El amancebamiento y la sobrevida de las uniones regulares anatemizadas por la Iglesia y perseguidas por las autoridades proliferaron pese a los rigores del control. Afincadas en un mismo espacio geográfico, el de Córdoba del Tucumán, ciudad mediterránea, cruce de caminos y nudo de comunicaciones para los peregrinos que recorrían las rutas hacia Buenos Aires, Asunción, Santiago o Lima, alejada del teatro de las guerras pero permanente frontera con el indio, cabecera del obispado y sede de la Universidad, fue una ciudad indiana donde el siglo XVIII trazó perfiles muy particulares, y donde las uniones irregulares se inscribieron, a su vez, en contextos de marginalidad y violencia, de los que da buena cuenta el examen de los expedientes judiciales vinculados al tema, provenientes de la sección Crimen del Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba, arrojando una vívida y esclarecedora luz sobre el universo de los amancebamientos, amistades y tratos ilícitos que referían las formas de la convivencia libre.

Palabras claves: Córdoba del Tucumán - Siglo XVIII - Amancebamiento - Ilícita amistad - Violencia doméstica.

[†] Recibido el 11/07/2013; Aprobado el 16/11/2013.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Investigador Principal del Conicet. Profesora Titular de la Cátedra "B" de Historia del Derecho Argentino en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Decana.

Esas tierras de guaracha¹

*Vístete, apúrate, que tras el monte
Ya empieza la guaracha*

La experiencia americana, recorrida por procesos de intensa vitalidad, demuestra como en estos confines del imperio español, la ordenada arquitectura jurídica del *ius commune* se adaptaba plásticamente, a un mundo cuya lejanía con el centro político de la Monarquía, el generalizado carácter lego de quienes ejercían la magistratura, las estructuras judiciales, señaladas por significativas carencias, y sus protagonistas que interactuaban en un escenario primitivo, pasional y desbordado imponían sus propias reglas².

La sencillez procedimental, la sumariidad y la ausencia de la aplicación ortodoxa de patrones formales en el trámite de las causas, que potencian el empleo del arbitrio judicial, no excluyen, sin embargo, el conocimiento y la utilización de un núcleo básico de presupuestos mínimos de orden procesal que se supone conocido por todos y que aplica, aún, la misma justicia lega.

En este contexto las relaciones familiares se expresan en tratos que escapan a los cánones tridentinos. La sobrevida de las uniones regulares anatemizadas por la Iglesia y perseguidas por las autoridades proliferaron pese a los rigores del control.

A los textos normativos se unían las precisas admoniciones de una literatura moral y de edificación cristiana, que había producido ya obras de significación, conocidas en los ambientes indianos por su presencia en las bibliotecas conventuales y de particulares³.

Ejemplo de ello fue el exquisito texto, regalo de bodas del agustino Fray Luis de León, escrito para guía de cabecera de doña María Varela Osorio, que enumeraba las virtudes que debía poseer y demostrar la mujer que accedía al matrimonio. El volumen, que se convirtió en la obligada lectura de las jóvenes casaderas, ofrece a su vez un retrato y un paradigma del ideal de la mujer en el matrimonio.

¹ Fiesta, parranda.

² El tema ha sido desarrollado por MARCELA ASPELL en: "Los factores de distorsión de los mecanismos del control social de la población rural en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán. Asprezas. Conflictos. Soluciones." En *Revista de Historia del Derecho* Numero 30. Instituto de Investigaciones de Historia del derecho, Buenos Aires, 2002.

³ Desde los trabajos pioneros de CABRERA, M. PABLO, *Cultura y beneficencia durante la Colonia*, Córdoba, 1929 y FURLONG, GUILLERMO, *La cultura femenina en la época colonial*, Buenos Aires, 1951, el tema de las lecturas femeninas ha sido tratado, central o referencialmente, para nuestra jurisdicción, en numerosas investigaciones cuya precisa enumeración excede el marco de este trabajo.

“Ese nuevo estado en que Dios ha puesto a vuestra merced sujetándola a las leyes del santo matrimonio, aunque es como un camino real más abierto y menos trabajoso que otros, pero no carece de sus dificultades y malos pasos, y es camino adonde se tropieza también y se peligra y se yerra y que tiene necesidad de guía como los demás. Porque el servir al marido y el gobernar la familia y la crianza de los hijos y la cuenta que justamente con esto se debe al temor de Dios y la guarda y limpieza de la conciencia todo lo cual pertenece al estado y oficio de la mujer que se casa, obras son que cada una de por sí pide mucho cuidado y que todas juntas sin particular favor del cielo no se pueden cumplir. En lo cual se engañan muchas mujeres que piensan que el casarse no es más que dejar la casa del padre y pasarse a la del marido; y salir de servidumbre y venir en libertad y regalo. Y piensan que con parir un hijo de cuando en cuando, y con arrojarle luego de sí en los brazos de un ama son cabales y perfectas mujeres”⁴.

Con el mismo espíritu, otros autores, nacidos en el tránsito de los siglos XV a XVI habían efectuado, bajo idénticas motivaciones, su aporte sobre las virtudes que fundaban la institución del matrimonio canónico.

De este modo se pronunciaron Fray Martín de Córdoba⁵, Fray Fer-

⁴ Define el matrimonio como un oficio comparable al de un mercader o un soldado. Le adjudica en consonancia tareas específicas. Después de pasar revista a aspectos tan minuciosos como la obligación de madrugar de las casadas... *con una hermosa descripción de las delicias que suele traer consigo la mañana*, cuidando de abastecer la casa y conservar lo que el marido adquiriera, ejercer la piedad con los pobres y necesitados *pero cuidando en ver a quien admite en su casa*, demostrando buen trato y apacible condición con sirvientas y criadas, el velar por la educación de los hijos, etc., indicaba: *“Que como a las aves les es naturaleza el volar, así a las casadas han de tener por dote natural en que no puede haber quiebra, el ser buenas y honestas, y han de estar persuadidas que lo contrario es suceso aborrecible y desventurado y hecho monstruoso, o, por mejor decir que no han de imaginar que puede suceder lo contrario más que ser el fuego frío o la nieve caliente, entendiendo que al quebrar la mujer a su marido la fe es perder las estrellas su luz y caerse los cielos y quebrantar sus leyes la naturaleza y volverse todo en aquella confusión antigua y primera”* FRAY LUIS DE LEÓN: *La perfecta casada*. Barcelona, 1962, pág. 64.

⁵ Fray Martín Alfonso de Córdoba (siglo XV), Prior del Monasterio de Santa María del Prado cerca de Valladolid y luego primer Arzobispo de Granada, es un Agustino que escribe *“Vergel de Nobles Doncellas”* para consulta de la futura reina Isabel la Católica, de quien fue su confesor. La obra que conoce los honores de la impresión en 1500 vuelve a ser editada en 1542. Privilegia el estado virginal, aún cuando reconoce que las mujeres deben casarse para propagar la especie. Vergüenza, piedad, recato, orden y afabilidad son las virtudes femeninas donde la mujer debe esmerarse para alejarse de las imperfecciones propias de su sexo: la inconstancia, obstinación, locuacidad e intemperancia. Concluía que las mujeres *“deberían procurar convertirse en hombres en lo que respecta a virtud”*, sentencia que denuncia claramente su concepto de la superioridad moral masculina. *Jardín de Nobles Doncellas*. Colección Joyas Bibliográficas. Madrid, 1953. Hacia 1480, aproximadamente, el agustino escribió su parecer condenatorio de ciertas modas que juzgaba deshonestas *“que no trajesen los varones ni las mujeres cierto traje deshonesto, los varones camisones con cabezones labra-*

nando de Talavera⁶, y Luis Vives⁷, coincidiendo sustancialmente, aunque difirieran en algunos aspectos puntuales, con las exhortaciones que predicaba, el ya citado Fray Luis de León⁸ o el más tolerante fray Vicente de Mexía⁹.

Pero pese a los cuidados, la institución del matrimonio canónico, debió convivir, en los extensos territorios indianos, con otras formas de re-

dos, ni las mujeres grandes ni pequeñas, casadas ni doncellas, hiciesen verdugos de nuevo ni trajesen aquella demasía que ahora usan en caderas y los sastres que no lo hiciesen dende en adelante so esa misma pena". Hernando de Talavera: *De vestir y de calzar. Tratado provechoso que muestra como en el vestir e calzar comúnmente se cometen muchos pecados y aun también en el comer y en el beber*, Biblioteca de Autores Españoles, Volumen XVI, pág. 59 citado por MARILÓ VIGIL: *La vida de las mujeres en los siglos XVI y XVII*, Madrid, Siglo XXI, 1994, pág. 25.

⁶ Fray Hernando de Talavera (1428 - 1507) es un fraile Jerónimo, asimismo guía espiritual de la Reina Isabel, su consejero y confesor, que con una pluma más pragmática que teórica escribe: "*Provechoso tratado de cómo debemos haber mucho cuidado de expender muy bien el tiempo y en qué manera lo habremos de expender, para que no se pierda momento*", obrita donde recomienda que la práctica de la oración ocupe indispensablemente la décima parte de la vigilia femenina diaria, amén del trabajo, en tanto los esparcimientos virtuosos se reducían a la lectura y a la música. "*De como se ha de ordenar el tiempo para que sea bien expendido. Avisación a la Muy Noble Señora Doña María Pacheco, Condesa de Benabente*". Escritores Místicos Españoles I. Nueva Biblioteca de Autores Españoles, Madrid. Casa Editora Bailly Bailliere, 1911, vol. XVI.

⁷ El humanista Juan Luis Vives 1492-1540, en su "*Formación de la Mujer Cristiana*", obra impresa por primera vez en 1524, expresa con cruda misoginia: "*que todo lo bueno y lo malo de este mundo proviene de las mujeres*", prevaleciendo lo segundo por sobre lo primero como consecuencia de la falta de educación femenina. Privilegia asimismo el estado virginal que asimila a la mujer a la Iglesia y a la Virgen María. La santidad y la fidelidad de la esposa santifican incluso la infidelidad de su marido. Reducidas al ámbito doméstico, debían procurar las mujeres bendecir el hogar con la ajustada práctica de sus virtudes. Define al amor conyugal con trazos recios. "*En el amor conyugal debe haber una fuerte mezcla de culto, de reverencia y de acatamiento. No sólo la práctica y costumbres de nuestros antepasados, más aún todas las instituciones, y todas las leyes divinas y humanas, la misma naturaleza, da voces y manda expresamente que la mujer debe estar subordinada al marido y obedecerle*". *Formación de la Mujer Cristiana*. Aguilar Editor. Madrid, 1947, pág. 1085.

⁸ La obra del agustino Fray Luis de León (1527-1591) se imprime por primera vez en 1583 y se reedita sucesivamente varios años después. La perfección de la mujer, es para Fray Luis conservarse como una joya pura y fiel a su esposo, y aunque el estado virginal es el ideal, al detallar los menesteres de la buena gestión conyugal, que una buena y amante esposa debía cumplir y que describimos en la nota 2, no olvidaba enumerar las *joyas personales*: Mesura y prudencia en el habla, *no hablar mucho*: "*El mejor consejo que les podemos dar es rogarles que callen y que ya que son poco sabias, se esfuercen a ser mucho calladas. Que como dice el sabio: Si calla el necio, a las veces será tenido por sabio y cuerdo*" amén de despojarse de afeites, galas y atavíos innecesarios, frecuentando los sacramentos y cultivando el recato y el retiro constante en el hogar. *La Perfecta Casada*. Op. cit.

⁹ Autor del "Saludable Instrucción del Estado del Matrimonio" donde insiste en que la mujer casada no es esclava de su marido *y desde la hora en que se une a él, ha de ser señora de su casa y de sus bienes y familia*. "*Como quien de Dios le fue dada por compañera y ayudadora y tan llegada y semejante a él*". Citado por MARILÓ VIGIL: *La vida de las mujeres en los siglos XVI y XVII*. Madrid, 1994, pág. 95.

lación, entre las que se encontraba la *barraganía*, las uniones esporádicas y el *amancebamiento*, todas ellas recorridas, en ocasiones, por la sombra del *adulterio*.

Es posible advertir en la conformación social indiana la existencia de varios modelos de relaciones familiares que guardan entre sí un intrincado sistema de relaciones con las estructuras del poder político, un modelo paradigmático, recostado en la legitimidad tridentina, inserta en la tradición cristiana y formas de relación irregular, basadas en el consentimiento mutuo de los novios y donde no está ausente tampoco, la intención de legitimarlos en el futuro.

La *barraganía* suponía cierta estabilidad en la unión y alguna proyección de permanencia, pero no era la única forma existente, otros encuentros, que se inscribían en el escenario de las uniones temporales, multiplican su presencia en nuestra jurisdicción.

Las uniones irregulares, señaladas en las actas procesales bajo los términos de *ilícita amistad*, comprendían un abanico que oscilaba entre las uniones esporádicas, cuya abundancia, la historiografía sobre el tema atribuyó, a los tiempos tempranos de la conquista no obstante su prolongación en los siglos sucesivos, unida a los *amancebamientos* que asimismo presuponen una intención de unión perdurable en el tiempo. Una y otra podía estar a su vez recorridas por la figura del *adulterio* cuando uno o ambos de los miembros de la pareja revestía la condición de casado.

En este último caso, las actas procesales que referencian el tema, apenas descubren la punta de un complejo ovillo donde siempre se agazapa, embozada, una historia con ribetes de tragedia. Hombres trashumantes, soldados, comerciantes, gentes marginales y sin arraigo en algún momento decidían ocultar su pasado, falsear su identidad, cambiar de residencia, de actividad o de rumbo y celebraban nuevas nupcias con el terrible imponderable de que el lance fuera descubierto y arrojara sobre sí las redes de la justicia real o inquisitorial.

La sobrevida de estas uniones presenta ciclos aleatorios.

Fueron intensamente perseguidos para lograr su legitimidad canónica o su disolución pero aun así muchas de estas uniones sobrevivieron largos años¹⁰.

¹⁰ SALINAS MEZA, RENE, "Uniones ilegítimas y desuniones legítimas. El matrimonio y la formación de la pareja en Chile Colonial" en GONZALBO AIZPURU, PILAR y RABELL, CECILIA (Compiladoras), *La familia en el mundo iberoamericano*. Instituto de Investigaciones Sociales Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994. pág. 174 y siguientes.

El amor en los tiempos sigilosos

*Pues como ha de estar templada
La que vuestro amor pretende
Si la que es ingrata ofende,
Y la que es fácil enfada*

Sor Juana Inés de la Cruz

Monótono y tardo transcurría el agobiante verano de 1782, y tras el lentísimo estío comenzaron a transcurrir los dorados días del otoño y fue entonces cuando Miguel Ortiz vecino aquerenciado en la ciudad, con mujer española y numerosa prole, puso sus ojos en una mulata llegada de Chile, prometida de un hacendado lejano, a quien ella misma no tardó en olvidar, para marchar al campo con su nuevo amor, iniciando una larga trama de persecuciones y desencuentros que involucraron a la española engañada y a la mulata rozagante, *con escándalo de los vecinos e hiriendo la vindicta pública*, provocando la intervención de las autoridades y hasta la del propio cura del partido y que concluyó abruptamente, en la primavera de 1784, cuando el marido adúltero se ahogó en un remolino de aguas sucias y revueltas, intentando atravesar a nado, un río crecido y pertinaz que lo separaba de sus afanes.

¿Que llevaba a un hombre y una mujer con habilidad nupcial a vivir amancebados?

Los protagonistas tienen la respuesta. En algunas sumarias, aluden a una *pasión desafortada* que los empujó sin prudencia ni razón uno en brazos del otro, las apremiantes necesidades económicas que acuciaban a mujeres solas y abandonadas, por constituir el hombre el único sostén de la mujer, por la costumbre de verse y necesitarse, el haber tenido hijos, el propio oficio errante del hombre, que lo llevaba a permanecer largo tiempo fuera del hogar, para el caso del marido que guardaba su manceba en una hacienda lejana al hogar conyugal o que por periodos prolongados en razón de su oficio de comerciante, tropero, soldado, etc. residía habitualmente, fuera del mismo.

Son uniones inseguras y frágiles pero las asiste una tenacidad de náufrago, que las convierte en duraderas y capaces de sortear con éxito los códigos morales y legales de la época. Produjeron centenares de folios judiciales, sermones y bandos de policía, estancias en cárceles y presidios y generaron lágrimas, el espanto del rechazo social, severas admoniciones y miles de retoños naturales.

Y con un empecinamiento feroz tornaron a entretejerse nuevamente, una vez superados los azares del cumplimiento de las penas de destierros, presidios y depósitos en casa honesta y segura con que alcaldes

y jueces comisionados separaron a las mancebas de sus enamorados y obstinados compañeros.

El amancebamiento guardaba empero un alto impacto social porque atentaba contra el orden ético de la sociedad, por ello se habla de *escándalo, de injuria pública, de grave ofensa a la moral pública, a las buenas costumbres y a la religión* y se denuncian estas circunstancias al iniciarse las cabezas del proceso.

Afincadas en un mismo espacio geográfico, el de Córdoba del Tucumán, ciudad mediterránea, cruce de caminos y nudo de comunicaciones para los peregrinos que recorrían las rutas hacia Buenos Aires, Asunción, Santiago o Lima, alejada del teatro de las guerras pero permanente frontera con el indio, cabecera del obispado y sede de la Universidad, una ciudad indiana donde el siglo XVIII trazó perfiles muy particulares, y donde las uniones irregulares se inscribieron, generalmente, a su vez, en definidos contextos de marginalidad y violencia, de los que dan buena cuenta el examen de los expedientes judiciales vinculados al tema, provenientes de la sección *Crimen* del Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba, arrojando una vívida y esclarecedora luz sobre el universo de los *amancebamientos, amistades y tratos ilícitos* que referían las formas de la convivencia libre.

En este universo rural intrincado y diversificado, recorrido por procesos de intensa vitalidad, se intenta analizar el trámite procesal que adoptaron las causas penales por amancebamientos labradas en la segunda mitad del siglo XVIII unido a cuestiones de violencia suscitadas en el preciso contexto de dichas relaciones familiares.

En todas las instancias procesales hay una constante que se repite una y otra vez: la presencia de la *pública fama*.

El insoportable peso de la *pública fama*, que no dependía de pruebas, ni requería formalidades procesales, y que podía albergar tanto una genérica valoración individual, como alguna información puntual, condicionaba los procesos penales con una tozudez de náufrago.

La *pública fama* disparaba en ocasiones la propia substanciación de las causas. Abundan los casos en que la prisión de los reos acusados de mancebía se respalda en la misma pública fama que atenazaba a homicidas, vagos y malentretidos, ladrones, robadores de mujeres, cuadrilleros y abigeos crónicos, refugiados en el amparo que ofrecían las serranías y montes, hombres conocidos y temidos por los vecinos, quienes, a su vez, se constituyen en los más activos testigos en las sumarias que inician los jueces de hermandad y los jueces comisionados y donde los mismos vecinos, víctimas de lesiones, injurias, abigeos, robos, variados atropellos, etc.,

participan como auxiliares en las partidas que prestan su concurso al magistrado.

La movilidad de la campaña es extrema, pero también funcionan aceleradamente los complejos mecanismos de la delación. Nada ni nadie puede ocultarse eficazmente en las poblaciones rurales. Los vecinos hablan, recuerdan, relacionan. Refieren aspectos mínimos, detalles y coincidencias fortuitas que logran, al fin, reconstruir los tablados de revueltos rompecabezas, viajeros y forasteros que fatigan los caminos relatan sus encuentros y descubrimientos, en la extensa e intrincada red de tambos y postas.

Hablan con idéntico entusiasmo, por sus bocas, de lo que conocen y han visto con sus ojos, pero también narran lo que tienen por sabido de pública fama. Es habitual en la compulsión de la prueba testimonial de los expedientes de crimen de tiempos indios encontrar las expresiones: *ha oído decir, se lo conoce por su pública fama de, lo dice porque todo el partido lo sabe* etc.

Amén a ello en la ciudad los ojos vigilan tras las ventanas la vida de los vecinos: *que entra a la casa de la viuda al anochecer y sale de ella con la primera luz, que vive con una mujer casada desde que falta su marido, que la visita a deshoras en su casa, que se encuentran en el monte porque dejan los caballos atados juntos a la vera del río, que acude a su casa a la siesta con grave desvergüenza de los vecinos pues deja atado el caballo.*

Los ojos vigilan y las voces delatan hasta los mínimos detalles que permiten reconstruir los afanes de los amantes para lograr el ansiado encuentro¹¹.

Los vecinos son asimismo los principales clamores, que acusan a los protagonistas de los delitos de *ilícita amistad*. Pertenecen generalmente al círculo íntimo de los amancebados, son sus parientes, amigos, allegados o compañeros de labor, en un nudo de inmediatez y proximidad que derrumba y perfora las débiles fronteras de la intimidad.

Bañarse juntos en el río, internarse en los montes, comer juntos en la misma mesa, andar en las ancas del caballo de amante, entrar éstos

¹¹ Una situación similar describe María Emma Mannarelli en la Lima del siglo XVII: *“Las miradas extrañas penetraban en los espacios de los aposentos donde los cuerpos se juntaban. Hombres y mujeres hurgan en la intimidad del prójimo. Los encuentros clandestinos son registrados por ojos curiosos. Un pulpero limeño hacia principios del siglo XVII confesaba ante el fiscal eclesiástico como Catalina González, pulpera también estaba en pecado público con Melchor de Cintar, un comerciante portugués, soltero de treinta años. A pesar de que estaba camino a Tierra Firme hacía cuatro años que según los testigos, veía y trataba a Catalina. Otro de los testigos, del mismo oficio, decía que había visto a los amantes “muchas veces juntos con sus propios ojos en una cama y comer en una mesa muchas veces de que le a paresido muy mal”, en MANNARELLI, EMMA, Pecados públicos. La ilegitimidad en Lima, siglo XVII, Lima, Perú, Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, 1994, pág. 112.*

a deshoras a la casa de la mujer pretendida, lavar y almidonar ella la ropa del compañero son los signos inequívocos del *mal vivir* que sustentan las declaraciones de los testigos¹².

Entonces las Justicias actúan, la sumaria que forma cabeza del proceso, iniciada de oficio o a pedido de parte, dispara los mecanismos de la punición. Se ordena la detención del reo, se lo asegura en la cárcel capitular, se le toma la confesión, se reaceptan bajo juramento las testimoniales de quienes pueden arrojar alguna luz sobre los hechos que se investigan, se ordena el diligenciamiento y la substanciación de los elencos de pruebas que ofrecen las partes, concluida las mismas, se abren los autos para las alegaciones de los Fiscales y Defensores, tras las cuales, finalmente, con el dictamen previo de los Asesores Letrados en los casos de envergadura, se elevan los autos a sentencia.

En otros casos, hay un concreto cargo formulado por denuncias o querellas de moradores, menoscabados por un accionar determinado. Pero en el trámite inmediato de los procesos vuelven a aparecer las mismas voces que acusan al reo *por su fama*.

El examen de los expedientes judiciales, provenientes de la sección *Crimen*, del Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba, arroja una vívida y esclarecedora luz sobre el universo de los amancebados.

Son mujeres que se alzaron contra la reconocida autoridad de la familia y el convento como espacios de mediación y encuentro entre componentes individuales e institucionales, el estado y las jerarquías eclesiásticas.

En estos espacios primarios, en los confines mismos de la monarquía española, en América comienza a brotar, rechazando los criterios sociales establecidos para la elección matrimonial, un sentimiento fuertemente arraigado en una clara conciencia de libertades individuales que les

¹² Así ocurre en la instrucción iniciada de oficio por el Juez Pedaneo Juan José de Aliaga contra el pardo José Felix Echenique por amancebamiento. El testimonio de Javier Vega destaca *“que hace seis meses más o menos vio a dicho José Felix en una función o fiesta que hubo en lo de Segundo Monge... que tenía en ancas a su cuñada llamada la Niña y que entonces oyó decir a uno de los concurrentes que vivía amancebada con ella”*, detalles que reproducen en los dichos del testigo Juan Díaz admirándose este *“que habiéndole mandado la Justicia al pardo libre Echenique, que no pasase del puesto para adelante, hacia donde ella vivía andaba con ella en ancas”*. Otro de los testigos que depone en la causa, Antonio Acosta afirma por su parte *“que hará como cinco años poco más o menos que oía y oyó a varias personas estar amancebado el contenido Echenique con su cuñada llamada La Niña, casada pero que no ha sabido de cierto hasta ahora cuatro meses, pues con motivo de haberse mudado el declarante a vivir con su familia a donde habita la citada cuñada de José Felix vio por sus ojos llegar a deshoras de la noche a pie y arrimarse a la casa de ella, estando sola dentro de la casa”* Otra testigo dice conocer el amancebamiento de muchos años *“solo por pública voz”*. AGPC Criminales Año 1810 Legajo 118 Expediente 10.

asisten en correspondencia con sus sentimientos y por los cuales desafían las estructuras de poder.

La libre elección matrimonial basada en el único respaldo del sentimiento amoroso podía enfrentar el orden social cuya preservación “*dependía del recorte sistemático de la elección individual*”¹³.

Pero el verdadero disparador de las causas judiciales iniciadas contra los amancebados no es, en la generalidad de los procesos labrados en la jurisdicción en estudio, intrínsecamente la *ilícita amistad*. El amancebamiento suele ser denunciado, como un matiz más de una personalidad transgresora cuando existen a su vez otros delitos, cuatrotepa, robo, injurias, algún homicidio.

En todos los casos sorprende la larga data que registran estas uniones libres: *que vive en ilícita amistad hace 7 años, que ha vivido con escándalo de todo el vecindario catorce años, que ha mucho mantiene su manceba con grave injuria a la vindicta pública, etc.*

Ello parece demostrar que, más allá de una pasión pasajera, el amancebamiento constituyó también una forma de unión estable que en ocasiones logró desarrollar estrategias de supervivencia similares a las habituales en los matrimonios canónicos.

¿Cuales son mujeres acusadas del amancebamiento? Generalmente las mujeres solas, sólo muy excepcionalmente registra *ilícita amistad* una mujer casada que convive habitualmente con su marido, si en cambio se inscriben como mancebas las viudas, las abandonadas, las mujeres jóvenes de clase social baja y las que interactúan en un universo multiétnico.

El tema de las viudas había suscitado la particular atención de los moralistas, en una época donde debido a la temprana mortandad existían núcleos considerables de ellas.

Vives definía a la viuda como *desamparada, desolada, indecisa y flotante como navío sin gobernador, llevada de acá para allá desorientada y sin consejo, como niño a quien el ayo fue quitado*. Juzgaba que debían vivir encerradas y *si alguna que otra vez tendrá necesidad de salir de casa, salga tapadas mostrando en su traje y hábito lo que son en realidad y su nombre indica*¹⁴ rigores que compartían Francisco de Osuna, Fray Martín de Azpilcueta, Juan de Soto, Juan de Pineda y Alonso de Andrade, contrarios incluso a la celebración de segundas bodas¹⁵ que autorizaban, excepcionalmente, solo en casos de viudas jóvenes... “*porque si no se sienten con fuerza*

¹³ STOLCKE, VERENA, *Racismo y Sexualidad en la Cuba Colonial*, Madrid, Alianza Editorial, 1992, pág. 110.

¹⁴ VIVES, JUAN LUIS, op. cit., *Libro III De las viudas*, pág. 1157 y siguientes.

¹⁵ “*La mujer no peca en se casar, mas si enviudase mejor hará en permanecer en vida de castidad*” predicaba Juan de Pineda citado por MARILÓ VIGIL, op. cit., pág. 198.

*de guardar continencia y dar buen ejemplo de honestidad: porque más vale casarse y vivir en santo matrimonio, que dar ocasión de murmuración*¹⁶.

Pero las viudas, no podían, escapar generalmente al desamparo económico y afectivo, que les significaba su estado y que las convertía, junto a las abandonadas, en seguras candidatas de las relaciones de ilícita amistad o amancebamiento.

Las voces de estas mujeres, protagonistas de los expedientes judiciales por amancebamiento, aunque encorsetadas en un ropaje legal rígidamente formulario difieren, están las quejas, las que protestan de su virtud que admiten lastimeramente haber sido seducidas bajo una promesa de matrimonio incumplida, pese a sus muchos afanes y trabajos por concretarla, pero están también las que reconocen espontáneamente haber decidido libremente compartir una unión irregular a sabiendas del pecado que importaba.

Los amantes no niegan su condición de tal, ni tratan de disimularla, por el contrario la reconocen y afrontan el inevitable y aciago peso de las consecuencias que han a sobrevenir¹⁷.

El máximo recurso al que en ocasiones echan mano es referir que al presente ya la mantienen la relación sexual cuestionada, que la misma ha sido el mal fruto de un arrebato de pasión enterrado en el pasado.

Afloran confusos sentimientos de vergüenza, dolor, culpa.

En la tristeza del pecado está la penitencia.

En todos los casos hay un reconocimiento explícito de la culpa de los amantes, se habla de la *fragilidad de la carne de la debilidad del hombre ante la ceguera de la pasión, de la torpeza de la conducta*, he cometido *acto torpe*, mantuve *torpes tocamientos, torpes deseos, amistad ilícita, amor deshonesto, conducta censurable, desliz vergonzoso, no he podido domeñar mis torpes apetitos* confiesa un marido en 1796, una mujer engañada enrostra, indignada a su marido, *el haberse entregado al vicio de la sensualidad*, las expresiones parecen acercarse a un ritual de dolorosa penitencia más que a unas rutinas procesales, los protagonistas no aluden jamás a la felicidad del amor compartido o al goce sexual.

Lo que queda de estas historias de vida es el lenguaje escrito que no puede evitar reunir el bagaje de los recursos teóricos, metáforas e imágenes del lenguaje literario o de una fraseología judicial que se intercalan

¹⁶ Ídem, pág. 197.

¹⁷ La excepción la constituye el pardo libre José Felix Echenique que a pesar de los dichos contestes de las testimoniales vertidas en la instrucción de la causa niega el amancebamiento que se le imputa mantener con su cuñada... a quien solo en una función de mucho concurso, alzó en ancas públicamente pero solo por pasar un arroyo... y que si es cierto que llegó una noche a deshoras a la casa de su dicha cuñada a pie fue... porque su ida era para ver a Antonio Acosta que vivía en la misma casa. AGPC Criminales, Año 1810, Legajo 118, Expediente 10.

formando parte del discurso pero que aun así permite conocer los segmentos de historias cotidianas de estructuras familiares débiles donde no siempre está presente la figura del padre y las mujeres jóvenes cumplen con habitualidad los mecanismos de supervivencia cotidiana fuera del núcleo del hogar: lavan ropa en el río, buscan leña en el monte, cuidan y arrean el ganado.

En los caminos, en el lecho de los ríos secos, en la espesura de los montes, se inician las relaciones clandestinas de la *ilícita amistad*.

Pero en todas las causas hay una constante, los hombres acusados de ilícita amistad conocían a la mujer con la que habían construido su relación y ella era asimismo producto de un largo cortejo.

A los alcaldes y jueces comisionados les interesa siempre reconstruir el secuenciamiento completo de la causa que investigan. *Qué ha pasado, cómo ha pasado en qué preciso orden se han ido escalonando los acontecimientos. Y por qué.*

Es decir se inquires prolijamente *el qué, el cómo y el por qué.*

El 2 de abril de 1789 el Alcalde Ordinario de Primer Voto, Francisco Antonio González, tomaba declaración a Josef Ramón Rodríguez, preso en la Real Cárcel del Cabildo, natural de Río Tercero, de edad de treinta años, *“que no tiene oficio ninguno y que se mantiene conchabándose”*, acusado de haber robado una mujer.

Los testigos convocadas por el Juez para deponer en la causa, conocen al procesado y lo identifican con lujo de detalles como *bagamundo, osioso y dañino, pendencioso hurtador de animales ajenos* coincidiendo en el conocimiento de las razones que habían desencadenado el robo de la mujer *que avia urtado a la mujer con fin de casarse con ella por no aver querido darsela su madre, que la avia traído rovada con el fin de casarse con ella y que el motivo que tuvo para traerla fue el no haver querido su padre dársela para casarse, aviendosela pedido.*

El reo se defiende argumentando la promesa de casamiento que diera a la mujer robada antes de la fuga. Refiere que cuando Francisca Rodríguez, hija de Juan de la Cruz Rodríguez y de Isabel Sosa, vecinos de Río Segundo salió con él, lo hizo voluntariamente y sin mediar violencia alguna, *“pues al despedirse de ella y retirarse a su pago la mujer le lloró haciéndole presente los trabaxos que padecía en su casa después de haberla pedido, que valía más se la llebase i ocurrieran al cura que los casase, lo que executo acordonado hora para la fuga”*.

El pintoresco relato prosigue señalando el acusado los motivos que habían disuelto su voluntad de contraer matrimonio con la mujer robada *“Que fueron en efecto a la casa de un tío suyo llamado Pedro Rodríguez desde donde se conduxo el que declara a casa del cura Don Vicente Ferreira y*

relacionándole lo acaecido le aconsejó volver a la ciudad que por falta de medios desistió del intento pasando a dejar la dicha Francisca en casa de un tío suyo llamado Antonio Rodríguez que vive en la cañada del Sauce, curato de Calamuchita y pasando el que declara al tercero a dar cumplimiento de unos días de servicio que le debía y habiendo concluido se volvió para la casa donde estaba la dicha Francisca en la que lo prendieron."

El rapto fue así el medio utilizado para resolver el disenso paterno o materno al matrimonio. Las razones argüidas por los padres para oponerse al matrimonio de la hija son generalmente las diferencias de clase social, el deshonor o la desarreglada conducta que teñía la vida del pretendiente y que podía afectar el honor familiar.

Los que protagonizan estos delitos son habituales moradores de la cárcel, vagos, cuatrerros, procesados por robos y hurtos de variada índole.

Josef Ramón había estado preso ya en dos ocasiones, la primera, *por haberle quitado un poncho a un muchacho llamado Francisco, porque éste le había quitado a su vez un caballo*. Los reos son asimismo reincidentes en el caso remanido de robos de mujeres.

Josef Ramón había robado años antes a Bernardina Basquez, hija del Maestro de Campo Basquez, por cuya razón había estado seis meses y medio en la Real Cárcel de la ciudad.

El preciso ámbito de lo doméstico cobija asimismo los casos de violencia familiar.

El ladrón de mujeres Josef Ramón Rodríguez procesado en 1789 por el robo de una mujer, es a su vez primo tercero de la niña que hurta bajo palabra de casamiento.

En realidad el robo de la mujer es el corolario de un complicado cortejo amoroso que se inicia en el mismo lugar donde reside la cortejada, involucra a su familia y se desencadena ante la resistencia familiar a concretar la unión de los novios. Aunque asimismo se impone aclarar que en los casos de amancebamiento no siempre existe la explícita voluntad de contraer matrimonio. En estos casos el rapto es sólo el capítulo anterior al inicio de un largo concubinato. Pero esta circunstancia no escapa a la percepción familiar que suele anticiparlo en sus denuncias a las autoridades. Cuando el padre o la madre de la joven se presenta ante los magistrados judiciales a denunciar la desaparición de una hija suelen aportar todos los detalles que llevan inevitablemente a su aprehensión. El entorno familiar e íntimo de la joven es perfectamente consciente que ella ha huido con su pretendiente y conoce a la perfección los recursos a los que puede haber echado mano y recovecos donde pudo haberse refugiado.

De todos modos vivir oculto y escapado era una alternativa difícil de sobrellevar en el escenario de las ciudades indianas. Los vecinos guar-

dan una permanente e irrenunciable vocación de vigilancia que los lleva a erigirse en celosos custodios de la moral pública. Manifiestan repetidamente su firme rechazo a todas las formas de transgresión social. Informan, proporcionan, suministran toda suerte de datos, detalles, pistas, pequeñas partículas ínfimas pero decisivas de un complicado rompecabezas, que por fin reconstruyen tenazmente, segmento a segmento. Protestan enérgicamente de su fe religiosa y su celo cristiano que los impulsa a perseguir el mal ejemplo y la vida licenciosa.

Pero si una relación de amancebamiento se disimulaba, e incluso podía registrar años, sin que operasen los controles, hasta su conexión con otro delito, el robo de mujeres y la huida de estas suelen ser las causas que disparan sin excusas el accionar de la justicia.

Así ocurre cuando Mariano Rojo del Partido de Río Segundo, *vagamundo, ocioso y que carece de los bienes suficientes para su mantenimiento y que no tiene más ejercicio que el de andar de esta manera ejecutando varios daños en las haciendas de campo de los vecinos roba de la casa de sus padres a María Medina con grandísimo escándalo de dicho vecindario sin ningún temor de Dios ni pérdida de su alma*¹⁸.

Del mismo modo, la audacia de andar *haciendo alarde de tener consigo en el monte una mujer robada*, convence en 1790, al Juez Pedáneo del Río de los Iriartes, Miguel Ignacio Carranza a salir en búsqueda del negro Juan Soto *que no tiene otro ejercicio que el de andar vago cometiendo robos y otros excesos que de la vagancia emanan como fuente perenne de todos los vicios, siendo uno de los más perjudiciales en el Partido, porque no teniendo domicilio fijo ni arraigo que lo impida poner en ejecución los designios que le proporciona su montaraz vida, con grave perjuicio del vecindario*¹⁹.

El auto de oficio y cabeza de proceso que el Juez mandó levantar atendía precisamente esta causa, dejando a salvo las prisiones que el reo había sufrido en diferentes tiempos por su tenaz ociosidad.

Un testigo que actúa simultáneamente en el prendimiento del negro, testifica las circunstancias precisas de su detención, *que lo hallaron al reo con una india llamada María en el rancho de un mulato llamado Joaquín, esclavo de Don Pedro de Carranza, casado con la hermana de dicha india*²⁰.

La prueba testimonial acreditó sin fisuras, la *pública fama* de vagabundo y ladrón del negro Juan Soto, casado en Los Molinos, en casa de Francisca Soto, *que no tiene bienes ni hacienda para mantenerse y que no se*

¹⁸ A.H.P.C. Criminales. 1790. Legajo 51. Expediente 12.

¹⁹ A.H.P.C. Criminales. 1790. Legajo 51. Expediente 20.

²⁰ Ídem.

*sabe se haya conchabado jamás con persona alguna porque su ejercicio es andar vagamundo por los partidos, públicamente conocido por ladrón*²¹.

El robo de mujeres aparece con frecuencia en los expedientes tramitados por ociosidad y malentretamiento.

Basilio Sánchez testigo de cargo en la causa que el Juez Pedáneo, Tiburcio Valeriano de Olmos le inicia en 1790, a Juan de Dios Cancino, relata como el reo *“cuatrero de amplio ejercicio... que corre por español que no tiene oficio ninguno que de criatura trabajaba en carpintería y que luego que murió el padre de esta que era carpintero nunca más ha trabajado y que no tiene tierras ni otras haciendas de que subsistir”* ha robado una punta de mulas en compañía de un fulano criollo, llamado Lencinitas, amén de tres caballos a Domingo Ramallo cargando continuamente armas prohibidas como un sable muy afilado y que siempre le ha visto entretenerse afilando armas y también cargando un trabuco²².

El testimonio de Sánchez evoca múltiples robos de mujeres, principiando por Isidora Senturión, mujer de Francisco Flores, con quien Cancino *ha bibido arraigado y vive que hará poco la tuvo en los montes con hijos y todo y por esta causa se ha desterrado el marido de esta mujer que por vergüenza handa ausente muchos años*²³.

Pero no fue este el único robo de mujer que registraba el cuatrero. Reconoció asimismo el testigo el robo que efectuara años después en la persona de la propia esposa del juez que salió a perseguirle, *“salió Cancino a Nicolás de la Cruz siendo Ministro del Juez y trayendo este en las ancas a María de los Angeles Diaz lo volteó del caballo al descuido y le quitó la mujer y a mas, las armas. Que la llevó al monte donde la había tenido. Todo a fin de demostrar su osadía y hacer burla a la justicia”*.

Más adelante evocó intentos que padecieron las propias hijas del declarante Aguedita, Gregoria y Juana un mediodía de fuego en que volvió de su trabajo en el campo, y mandó a sus hijas diesen agua a su caballo de un pozo que hay a la vista desde las casas. Advirtiendo luego que un hombre conversaba con sus hijas, mandó a otra para decirle que se retirara, circunstancia que al no verificarse impulsó al propio Sánchez a salir en busca de sus hijas topándose con el reo quien le espetó: *Amigo hágame el favor de retirarse que no me gusta venga Ud. aquí*. La pelea se precipita en el inicial puntazo que le tiró Cancino a Sánchez, hiriéndolo en el brazo con el sable para parar la lluvia de golpes que también caía sobre las hijas, hasta que la tenaz resistencia de éstas, sumada a la una hermana decidida, de nombre Juana, que se unió al combate y la propia Pascuala, mujer de Sán-

²¹ Ídem.

²² A.H.P.C. Criminales. 1790. Legajo 51. Expediente 19.

²³ Ídem.

chez, lograron reducirlo dando en tierra con Cancino y bregando con él en el suelo, hiriendo Cancino al declarante las manos por quitarle la espada que estaba muy afilada. Pero quitándole ésta y el trabuco lo lograron atar e inmediatamente dio voz a la Justicia para entregarle el preso²⁴.

Otro testigo Agustín Gómez evoca los mismos avatares, que comprometieron los amores con Isidora a quien Cancino tuvo como mujer propia por el Río Segundo y luego por los montes con sus hijos para luego emparejarse con María de Los Angeles Díaz quien se huyó de la casa del Juez de Río Primero con Mariano Gómez. Recuerda que llevando Nicolás de la Cruz a dicha Díaz en sus ancas por mandato del Juez le alcanzó Cancino y volteando a Nicolás su caballo le quitó a dicha niña y un trabuco y un sable y todo se lo llevó²⁵.

En 1764 respondiendo a los repetidos informes de personas dignas de toda fe y creencia por su religiosa profesión pidiéndome con celo cristiano remedie el mal exemplo que da Don Juan Vicente Piñeiro viviendo escandalosamente amancebado con abandono de sus hijos mujer y familia, el Gobernador y Capital General del Tucumán, Juan Manuel Campero, mandaba iniciar cabeza de proceso, contra el nombrado vecino que reunía una curiosa calidad, era un regidor miembro del Cabildo de la ciudad de Córdoba quien por la jerarquía del cargo debía precisamente dar con su buen proceder dar ejemplo a los demás, por lo que reservando proporcionar los medios más honestos y convenientes a evitar dicho escándalo que sede en ofensa de su Magestad Divina, servicio del rey y agravio de la vindicta pública se ordeno constar dicho amancebamiento por información sumaria sin figura de juicio que cause estrépito para que en su virtud tomar los arbitrios que dicte la prudencia y la mejor administración de justicia.

La instrucción de la causa contó con testigos de singular calidad como el Alguacil Mayor del Cabildo Nicolás García Pillado quien afirmó que *de notoriedad común* sabía y le constaba "*que se hallaba don Juan Vicente Piñeiro viviendo con escándalo en esta ciudad con una viuda que ignoraba su nombre de cosa de seis años y asimismo con la misma notoriedad le consta del abandono de su mujer y familia habiendo dado algún escándalo en la ciudad*".

El Maestre de Campo, Santiago de Allende fue más contundente en su testimonio. Dijo "*que save y le consta que desde que fue Alcalde don Juan Vicente Piñeiro a vivido licenciosamente y con escándalo del pueblo con doña Prudencia Gaitan con total abandono de su casa y familia y que asimismo le consta que en varias ocasiones con empeño vinieron sus hijos a*

²⁴ Ídem.

²⁵ Ídem.

llevarlo ya con motivo de enfermedad grave de su consorte y otros motivos y no han sido estos poderosos para que salga de esta ciudad al reparo de su casa como devia y sin embargo de haber dado escándalo se a disimulado este a lo que juzga este declarante por su oficio”.

En la jurisdicción en estudio, casos como el citado, constituyen siempre una excepción, el amancebamiento se entramaba generalmente en las capas del tejido social más bajo, aunque no dejan de existir los contrastes de hombres de los segmentos medio o medio alto que se amanceban con mujeres de clase social baja, o de castas, mulatas, mestizas, cuarteronas. No hemos encontrado casos de mujeres de clase social alta acusadas en causas de amancebamientos²⁶.

¿Cómo se castiga el delito de la ilícita amistad?

En la generalidad de los casos, las sentencias disponen el destierro de los amancebados varones y el depósito en casa honesta de las mujeres.

Es decir que se intenta poner distancias entre los amantes.

Así sucede cuando Fernando de Arce y Bustillo Juez nombrado por el partido de los ríos primero y segundo inicia sumaria información por informes que le eran llegados *de personas fidedignas* que Santiago Ximenez a quien remite con cepto a prisión, nacido en los Arroyos, de edad *entre treinta y cinco o cuarenta años*, vivía con la nota de trato ilícito con una mujer casada²⁷.

Los testigos convocados acreditaron que de *público y notorio sabían* tenía el reo trato ilícito con una mujer casada y que el propio marido, encontrándola en su misma casa lo había herido. Agregan asimismo que aunque las iglesias y las capillas se hallan *distantes de estas inmediaciones* nunca lo han visto concurriendo a ellas.

Corrida vista al Fiscal, se solicita el extrañamiento de Ximenez a las poblaciones de frontera, y así lo resuelve el Juez, apercibiéndole severamente que la pena se le doblaría, si volvía a aparecer por el Partido.

²⁶ Una situación parecida observa María Emma Mannarelli para la Lima borbónica: *“Las relaciones extraconyugales involucraron directa o indirectamente a una gama social muy amplia: desde caballeros y doñas hasta indios y esclavos. Se trata de un verdadero caleidoscopio social. Pero se aprecia un predominio de los grupos medios y los sectores subalternos del orden social colonial. Las clases sociales altas se ven tenuemente expresadas en este tipo de conflicto. La mayoría de los hombres pertenecían a los sectores medios, principalmente medianos y pequeños comerciantes, burócratas de bajo rango y artesanos. Mientras que en el caso de las mujeres acusadas estas provenían mayormente de sectores sociales más bajos, especialmente fueron mujeres de castas, mulatas, mestizas, zambas, que se desempeñaban como costureras, lavanderas, pulperas, etc. Algunas mujeres indias también fueron enjuiciadas por amancebamientos, igual que algunas mujeres que ostentaban el calificativo de doñas. Las mujeres esclavas prácticamente no figuraron en los juicios”* conforme MANNARELLI, MARÍA EMMA, *Pecados públicos*, op. cit., pág. 117.

²⁷ ídem, A.H.P.C. Criminales, Legajo 42, Expediente 28.

No faltan empero los azotes para el enamorado tenaz y las condenas a cadena en los fortines de frontera o en los trabajos en las obras públicas de la ciudad en tanto en ocasiones, algún amancebado contumaz sufrió asimismo la pena de bajeles.

Los lugares del destierro son las vecinas poblaciones de frontera en consonancia con una decidida política de fomento de dichas áreas des-pobladas.

No hay secuencias documentales completas que permitan estudiar la conducta llevada por los condenados en estas áreas de destierro. Es posible sin embargo reconstruir alguna cuando el reo vuelve al sitio de la condena a reunirse con la manceba, elección que le significaba un nuevo enfrentamiento con la justicia.

Para cortar la proliferación de uniones libres las autoridades fomentaron la celebración del matrimonio, precisando en la misma substanciación de las causas, que celebrado el sacramento del matrimonio, quedarían los amancebados en libertad.

Algún autor ha interpretado que la menguada severidad en la determinación de las penas, bien pudo haber sido indicativa de un generalizado sentimiento de tolerancia social frente a la multiplicación del problema²⁸.

Alguna vez fue puesto en libertad un amancebado que argumentó, haber celebrado promesa de esponsales.

No abundan en cambio los casos en que más de una pareja de ilícita amistad convivan en la misma vivienda como ocurrió, cuando el Alcalde de Primer Voto, Sargento Mayor Ambrosio Funes inició en 1799 la sumaria información de estilo tras la denuncia formulada por un pardo, según la cual Manuel Palacios y Bernabé Carrizo vivían en una casa de la ciudad en *escandalosa ilícita amistad* con María del Transito Vázquez y Micaela Antonia Mello.

Amparándose en la espesa sombra de la noche, fue enviada una partida sigilosa para proceder a su apresamiento de los amantes y efectivamente, irrumpiendo los soldados al mando del Ministro Cornejo en la vivienda señalada, sorprendieron *“al dicho Carrizo acostado en la sala junto a Micaela Mello desnuda y a Juan Manuel Palacios con María Vázquez en el aposento o cancel de dicha casa igualmente solos y a oscuras... de donde los sacaron atados a los hombres y a las mujeres sueltas, y las condujeron a la*

²⁸ “Los hombres tuvieron que pagar una suma pequeña de pesos. Las mujeres usualmente fueron condenadas a un encierro temporal corto. No se han encontrado casos de castigos infamantes tales como la pérdida del derecho a usar determinadas prendas o azotes o a caminar desnudas por la calle” conforme MANNARELLI, MARÍA EMMA, *Pecados públicos*, op. cit., pág. 127.

casa del dicho Alcalde y levantándose de la cama el dicho Alcalde que ya se había acostado, las trajo personalmente y las entrego en esta Real Cárcel del Cabildo al Alcalde don Vicente Crespillo".

No era esta la primera vez que actuaba la justicia. Juan Manuel Palacios y María Vázquez, amantes empecinados habían sido detenidos un año atrás, por haber sido hallados durmiendo juntos en un *guario* de las inmediaciones en tanto Micaela había sido presa por el Teniente del Gobernador por haberse andado huida con un desertor de Buenos Aires.

Los reos no ocultaron su situación. Manuel Palacios que confesó ser mayor de veinticinco años, de estado civil soltero, sin oficio, natural de San Agustín, Partido de Calamuchita admitió tener por causa de su prisión *el haber estado de mal vivir desde hace unos días con una mujer parda, libre y soltera, María Transito en compañía asimismo de Bernabé Carrizo que también llevó otra mujer llamada Micaela.*

Su amigo Bernabé también admitió *ejercitar el mismo pecado en un cuarto que se comunicaba con la sala donde lo hacía Palacios.*

En cuanto a las mujeres una indignada Micaela Mello protestó enérgicamente la mal atribuida condición de *parda*, argumentando *que se tiene por señora española, que su oficio es el trabajo de sus manos con lo que se mantiene*, reconociendo asimismo otros *malvivires de su pasado* que asimismo la habían arrojado en la cárcel, años atrás, por su ilícita amistad con Balentín Medina.

Nada sabemos del trámite posterior que observaron estos obrados porque designado el Fiscal para la instrucción de la misma se excusa *porque sus muchas ocupaciones le impedían tomar el trámite de los autos*, excusa que rechaza el Alcalde ordenando su intervención bajo pena de 25 pesos de multa. Y allí queda interrumpido el expediente.

Como reaccionaban las cónyuges ofendidos por los tratos ilícitos.

En ocasiones, hay una protesta enraizada hacia la defensa de su propia honra, honra que la pecaminosa conducta del marido ha ofendido. *Su mal vivir me ha deshonrado* argumenta una esposa atribulada al descubrir el amancebamiento de su marido con mujer de condición inferior. El recato sexual se erige, pues, en la piedra basal donde reposa la raíz misma de la honra femenina.

La honra de la mujer descansaba en su circunspección, honestidad, decoro, cautela, prudencia, virtudes y modestia en el hablar y en el vestir, en sus gestos y conducta social. La honra que legitimaba su virginidad si era soltera o en su fidelidad sexual si era casada.

Pero también, las mujeres, cuando se presentan aminoran la conducta de sus volátiles cónyuges, hablan de *las miserias de una baja pasión* que pudo haberlos confundido empujándolos en brazos de una odiada

rival, protestan de haberlos perdonado y argumentan un razonamiento de hierro *no tengo medios para mantener las obligaciones de mi numerosa familia*. La necesidad se impone, el hombre debe volver al tálamo nupcias porque es imperioso mantener a la sufrida prole.

El intento por rehacer la vida maridable está presente en todas las actas procesales y disimula, en ocasiones, maltratos y castigos. La esposa del pardo libre José Felix Echenique le confía a su vecina Mercedes Saavedra los pesares de la mala vida que lleva soportando estoicamente *desde hace cinco a seis años* por la ilícita amistad que su marido mantenía con su cuñada, abandonando al grupo familiar, describiéndole el estado que registraban sus sufridas espaldas, expuestas *en llaga viva*, por los jocundos castigos que el marido le había propinado por haberlo sorprendido una mañana en la cama, con Casilda, su cuñada²⁹. Pese al castigo, ella siempre le aguardaba.

Otra esposa engañada dispuesta a perdonar y recomenzar la vida en común es María Rosa Juárez quien se presenta ante el Alcalde de primer voto de la ciudad de Córdoba Isidoro Gutiérrez solicitando la libertad inmediata de su marido, Javier Farías, preso en la Real Cárcel por los cargos de *amistad ilícita*. María Rosa argumenta que el largo tiempo cumplido en la cárcel la sido suficiente para purgar los delitos cometidos con los trabajos públicos cumplidos en la cadena. Pero le empuja además, la clara conciencia *de estar experimentando muchas miserias, abandonada mi familia y mendigando con suma pobreza el alimento necesario*.

Por ello solicita la pronta libertad de mi marido *a quien estoy dispuesta a seguir por tener reconocido su arrepentimiento y le tengo por perdonado su agravio*.

Con la conformidad del Regidor Defensor de Pobres se dispone la libertad del reo a quien se apercibe *que si en lo sucesivo repite sus delitos sé tendrán presentes los de esta causa para su mayor castigo*.

Por su parte, la conducta de los maridos engañados oscila entre la indiferencia, la indignación y la pena.

Algunos huyen, acumulando olvidos y distancias superadoras del dolor de las pérdidas y la picota de los recuerdos.

Los vecinos que conocen al dedillo los pesares ajenos y que no pueden dejar de tomar partido por quien resulta la víctima de las ofensas, evocan los agravios, disculpando estas huidas *anda huido de su pago por las vergüenzas del mal vivir de su mujer*.

Otros acuden a sacerdotes y autoridades para que los ayuden a salvaguardar la pesada carga de un honor mancillado y una felicidad esquiva.

²⁹ AHPC Criminales Año 1810. Legajo 118. Expediente 10.

De este modo reacciona Manuel Antonio Carranza quien en 1799 se presenta ante el juez José Atanasio Noriega del partido de los Reartes solicitando la prisión de Francisco Fernández “*por tener indicios claros que este andaba en amistad ilícita con mi mujer haciéndole también daño a sus haciendas*”³⁰.

Relata cómo fue anoticiado del mal vivir de su mujer por la propia madre del pretendiente de su mujer “*quien le avisó que tuviese cuidado de su mujer que ella misma lo había visto en mala amistad*”.

El marido ofendido principió por separarse de su esposa a quien depositó en la casa de su hermano José Andrés Carranza pero hasta allí mismo llegó Fernández para encontrarse con la mujer que lo desvelaba, enfrentando el cónyuge ofendido a su rival a puñaladas, pero ni siquiera estas guapezas pudieron disuadirlo de rondar la casa donde vivía la mujer, a quien días después volvió a encontrar el esposo, *escondida detrás de la huerta platicando con su amante*.

Terció entonces en estos avatares, el cura del partido, quien tras cavilar sobre el punto, depositó a la infiel dama en casa honesta, para luego de un tiempo volverla a juntar con su marido, el que resolvió encerrarla en la sala de su casa, de *donde solo la hacía sacar con una criada*, pero toda guarda era inútil, estéril e infecunda³¹ porque los amantes continuaban sus furtivos encuentros y *esta vida ilícita es pública en todo el vecindario*, como también los robos de hacienda que se multiplicaban en los campos del marido, no pudiendo prender a Fernández *porque siempre ella se arreglaba para mandarle aviso de las partidas que venían en su busca*.

Solo era previsible un final, y éste se precipita con la muerte de Fernández, enfrentando con su daga a los alcaldes de hermandad, en un entrevero a campo traviesa, del que resultó *destripado*, expirando con el puñal en la mano y los ojos abiertos por el dolor y el asombro, clavados en las estrellas ya mortecinas del amanecer.

Otro marido engañado que acude a las justicias es el cabo de Escuadra José González, vecino y residente del paraje de La Toma quien acude a la justicia persiguiendo la prisión de Juan Cruz Oliva “*por el delito pú-*

³⁰ AHPC 1799 Legajo 85 Expediente 12.

³¹ *Madre, la mi madre,
guardas me poneis.
Que sí yo no me guardo.
No me guardareis.*

Copla popular que aparece en las obras de Cervantes: *El Celoso Extremeño*, también en *La Entretenida* asimismo en *La Aldeguela* de Lope de Vega y en *Céfalo y Pocris de Calderón de la Barca*. Conforme RICARDO DEL ARCO GARAY, *La Sociedad española en las obras dramáticas de Lope de Vega*, Madrid, 1942, pág. 888.

blico y escandaloso de amancebamiento que mantiene desde hace seis años con mi mujer Bernarda Aguirre”³².

Solicita que se convoquen los testigos de estilo para que acredite el delito que denuncia “*se le aplique al reo el más serio castigo para que a los de semejanza naturaleza le sirva del más serio escarmiento*”³³.

Los testigos que acuden a declarar acreditan los extremos de la pecaminosa relación. El testigo Pascual dice que sabe y le consta por pública voz el escandaloso amancebamiento que mantiene Oliva con la mujer de González y que el mismo los ha visto juntos detrás de la casa a la hora de la oración en una ocasión en que González sorprendió a los amantes siendo herido por la daga que cargaba Oliva.

Ambrosio Torres afirmó *que es público y notorio el amancebamiento, que le constaba “que Oliva le ronda la casa a González, que el mismo estando en la casa de González ha hallado a Juan de la Cruz como a horas de cenar, detrás de la casa, pues dice el que declara que habiendo toreado los perros salió con González a ver porque causa embestían los perros, y dice el que declara lo encontró al consabido Juan de la Cruz Oliva, con una daga en la mano y le tiró tres puñaladas al enunciado González y que le consta que siempre peligra la vida del ya referido González”*³⁴.

Todos los testigos coinciden en estos detalles, la persistencia con que Juan Cruz rondaba la casa de su amada, esperando el ansiado momento en que el marido abandonaba la vivienda para pernoctar en ella, o la oscuridad de la noche para concertar un furtivo encuentro en la huerta y los montes que rodeaban la casa, encuentros por su parte que conocían y comentaban todos en el vecindario.

El *ilícito público comercio* que mantenían los amantes había obligado al Juez del Partido Don Pedro Vázquez de Novoa a aperebir a Oliva “*le desocupare el partido por las constantes quejas que tenía de los vecinos y conocer que estar el matrimonio bastante descompuesto*”³⁵.

Llevado Juan Cruz Oliva a prestar declaración reconoce “*durante seis o siete años haber mantenido ilícita amistad con la mujer de José González sobre quien protesta no haber tenido nunca intención de herirlo que solo lo lastimó al pelearse cuando fue sorprendido en su casa*”³⁶.

Pero no todo era romanticismo y pasión en estas uniones entretejidas por el simple consentimiento ausente de los rigores formularios. Aunque la generalidad de los malos tratos denunciados ante las autoridades se

³² AHPC Criminales Año 1800. Legajo 86. Expediente 23.

³³ Ídem.

³⁴ Ídem.

³⁵ Ídem.

³⁶ Ídem.

inscriben en el ámbito de los matrimonios legítimamente celebrados, existen asimismo referencias de castigos en el escenario del amancebamiento que no alcanzan a organizarse como querellas.

Ana María Taborda es una viuda joven requerida insistentemente por José Antonio Barrera con quien finalmente traba *ilícita amistad*.

Al intentar cortar esta situación, sufre el castigo del amante despedido, pero la defensa del reo, que finalmente convence al magistrado, disminuye la entidad del relato *“dijo que no la ha llevado por la fuerza sino por su voluntad, que no la ha castigado ninguna vez, sino que en una ocasión le dio dos moquetes porque se juntó con una mujer que no quería que se juntasen... que aquella noche le ató las manos con un trapo... de modo que ella misma se desató al instante”* conducta que no le trajo al declarante zozobras ni sospechas porque lo mismo solía ella hacer con él *“cuándo jugaban”*.

María Justa Sueldo es la mujer legítima de Vicente Roldan, esposos y vecinos ambos del Río Primero.

En 1790 se presenta argumentando *“que hace siete años unimos nuestras voluntades con el lazo del santo matrimonio todo ese tiempo he servido con el amor y la fidelidad digna de una consorte que voluntariamente abrazo el santo yugo no ha sido bastante esta buena ley para que mi citado marido aiga como yo lo esperaba correspondido sino agradecido igual antes si llevado de sus indómitas costumbres y áspero genio siempre me a agraviado e injuriado no solo faltándome a los precisos alimentos de que se mantiene mi decencia sino dándome en vez de gracias por mi comunicado servicio la paga en malos tratos, muchos palos y otros malos tratamientos hasta erirme en distintos ocasiones con palos y piedras siendo el motivo el no traerle a su deseo lo que apetecía mi costa, por mantenernos de mis manos y no alcanzar el trabajo a llenar su gusto y vicios a porque se aprehendía sus repetidos robos y malos hechos, en especial quanto faltando a mi compañía muchos días me era constante estava entretenido en otros brazos, pues tan sin riendas sigue en sus infamias que se a dado ocasión de levantarse de noche de mi lado y pasarse a la casa de su manceba. Tofo lo e llevado con la mayor paciencia pero el último atentado me a sido imposible disimularlo es el caso Señor que sin más motivo que su infame inclinación”*.

El largo relato disimula matices, que oculta celosamente la esposa quejosa, entre ellos, la circunstancia de mantener *ilícita amistad* con un mozo del partido, a quien la presencia del marido incomodaba.

Hay un argumento que se repite en todas las sentencias de los alcaldes: lo que se busca no es castigar sino salvar las almas del pecado.

El propósito de unir en matrimonio a los amancebados solteros es la primera medida que intentan lograr las autoridades que intervienen en el trámite sumario de la causa.

Además el matrimonio funciona siempre como el remedio adecuado para salvar la pérdida del honor familiar de la mujer mancillada por la deshonra de haber mantenido una relación sexual fuera de los cánones tridentinos.

El destierro del varón amancebado es la pena frecuente, algún caso que comprometía el futuro de un hijo de familia se resolvió por contrario imperio obligando al depósito de la mujer de menor clase social en casa honesta y segura.

La agresividad sexual que se suele presentar como una fuente importante del prestigio masculino no basta en todos los casos para obligar al hombre a contraer matrimonio con la mujer con la que ha convivido.

En algún caso se condenó a dotar a la manceba desflorada bajo promesa de matrimonio evitando la celebración de las nupcias por la notoria deferencia social de los amancebados.

Ay, estos pesares del control

Heredando la tradición romano justiniana³⁷, la familia fue definida en las Siete Partidas de Alfonso el Sabio *“aun decimos que por esta palabra familia se entiende el señor de ella y su mujer y todos los que viven bajo el quien ha mandamiento así como los hijos y los sirvientes y los otros criados”*.

Las Partidas regularon también otras formas de unión entre ellas la institución de la *barraganía*.

De este modo, el título XIV de la Partida Cuarta definía a la *barragana que vive en pecado mortal, recordando sin embargo que los sabios antiguos que fizieron las leyes consintieron que algunos las pudieran aver fin pena temporal, porque touvieron que era menos mal de auer una que muhas. E por que lo hijos que nacieran de ellas fuesen más ciertos*³⁸.

³⁷ Juzga Enrique Gacto como las Partidas *“forcejearon durante bastante tiempo con un derecho de familia muy diferente, un derecho tradicional recogido en los fueros, técnicamente más imperfecto pero todavía fuertemente arraigado entre la población española, por virtud de esa vocación de permanencia”*. Situación que interpreta el autor que citamos, en 1505 con las Leyes de Toro *“que paradójicamente derogaron ciertos contenidos del ordenamiento alfonsino para consagrar tradiciones castellanas”* lo que facilitó, concluye, *“la pacífica aceptación de las Partidas, es decir del derecho romano, en todo lo no corregido por ellas”* Conforme GACTO, ENRIQUE, *“Sobre el modelo jurídico del grupo familiar en el siglo XIX”*, *Separata de Historia Instituciones Documentos*, Numero 25. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1998, pág. 219 y siguientes.

³⁸ *Las Siete Partidas de Alfonso el Sabio Título XIII, Partida IV. Salamanca, Andrea de Poto-nariis, 1555.*

Las Partidas prohibían la *barraganía* de vírgenes, menores de doce años, viudas honestas y de buena reputación³⁹, del mismo modo que se prohibía a los hombres nobles y de gran linaje, recibir *ar o a ningun* por barraganas a mujeres viles, tales como taberneras, regateras o alcahuetas, así como sus hijas, ni otra persona, ninguna de ellas que son llamadas viles por razón de sí misma o por razón de aquellos de donde descendieron, porque no sería “*cofa guisada q la sangre de los nobles fueffe embargada nin ayudada a tan viles mugeres*”⁴⁰.

Pero las formas de la convivencia libre albergaban otros modelos, donde se inscribían relaciones más esporádicas, pero igualmente reprobadas por el derecho castellano⁴¹ y muy en la mira de la compleja arquitectura de los mecanismos indianos del control social.

Mayor severidad guardaba la pena, cuando la *ilícita amistad* involucraba a una persona casada, porque en este caso se ingresaba en el terreno del adulterio, particularmente grave si el impedimento de ligamen comprometía a la mujer, por la diferencia en la punición para uno y otro de los cónyuges si incurrían en la calidad de adúlteros.

El Fuero Real había diseñado un patrón punitivo con disposiciones de extrema severidad. Se ha juzgado que otorgaba prácticamente jurisdicción al cabeza de familia: “*Si el padre en su casa fallare alguno con su fija o el hermano con la hermana, que no haya padre ni madre o el pariente propincuo que en casa la tuviere, puédela matar sin pena, si quisiere, e aquel que con ella fallare e pueda matar al uno de ellos si quisiere o dejar al otro*”⁴².

La normativa guardaba otros alcances para el accionar del marido víctima de un adulterio: “*Si la mujer casada fiziere adulterio, ella y el adulterador, amos sean en poder del marido, e faga dellos lo que quisiere e de quanto han, assi que no puedan matar al uno y dejar al otro, pero siijos derechos ovieren amos o el uno dellos hereden sus bienes e si por aventura la mujer no fue en culpa, e fuere forzada, no haya pena*”⁴³.

En cuanto a la mujer desposada, que se identificaba como aquella que había celebrado con toda solemnidad nupcias legítimas, se regulaba que en caso de cometer bigamia o adulterio los adúlteros con sus bienes “*sean metidos en poder del esposo, assi que sean sus siervos a, mas que no la pueda matar e otrossi de sus bienes que faga lo que quisiere, si ninguno*

³⁹ Ídem, Ley II Título XIII, Partida IV.

⁴⁰ Ídem, Ley III, Título XIII, Partida IV.

⁴¹ “Amancebamientos de alguna permanencia, o uniones ocasionales, estigmatizados ambos en las actas procesales bajo el vergonzoso rótulo de *ilícita amistad*”.

⁴² Ley VI del Título VII, Libro IV del Fuero Real.

⁴³ Ley I, Título VII, Libro IV del Fuero Real.

dellos no hoviere fijos derechos" prohibiéndole entonces ejecutar la pena de muerte, pero reduciendo a los adúlteros a la afrentosa condición de siervos.

Definido más tarde el adulterio en Las Partidas como "*el yerro que un ome faze a sabiendas yaziendo con muger casada o desposada con otro*"⁴⁴.

La legislación alfonsina había decidido que el adulterio cometido por el marido *con mujer extraña, no habilitaba a la esposa ofendida el ejercicio de ninguna acción judicial, porque el adulterio del marido no deshonoraba el hogar doméstico ni introducía en él, a un hijo extraño a la familia.*

La pena reservada para el marido adúltero, probado que fuera su delito, era la de muerte, en tanto, a la mujer adúltera le aguardaban los azotes públicos y el encierro en algún monasterio de dueñas "*e además de esto debe perder la dote e las arras que le fueron dadas por razón del casamiento e deben ser del marido*"⁴⁵.

La pena se agravaba si el adulterio de la mujer era cometido con siervo⁴⁶.

Las Partidas autorizaban al padre que sorprendiere en situación de adulterio a su hija *con algún ome, en su casa o en la de su yerno, a matar a ambos pero no debe matar al uno e dexar al otro*⁴⁷.

Pero ¿qué derechos asistían a un marido que sorprendía a su mujer en flagrante adulterio?

Si el amante era *ome vil* podía el marido matarlo sin pena alguna, en tanto si el compañero de la mujer infiel *fuere tal a quien el marido de la muger dede guardar e fazer reverencia como si fuesse su señor o ome que lo oviesse fecho libre, o si fuesse ome honrado o de gran lugar no lo debe matar por ende mas fazer afrenta de cómo lo fallo con su mujer e acusarlo dello ante el judgador del lugar e despues quel judgador supiere la verdad debe dar pena de adulterio.*

Por su parte, los textos de la Nueva Recopilación insistieron en el diseño de este delicado equilibrio: Si la mujer casada cometiese adulterio, *ella y el adulterador, ambos sean en poder del marido y faga dellos lo que quisiese y de quanto han así que no pueda matar al uno y dexar al otro*⁴⁸,

⁴⁴ Ídem, Ley I Título XVII Partida VI.

⁴⁵ Ídem Ley XV del Título XVII de la Partida VII.

⁴⁶ Los amantes debían ser castigados con el fuego, solo el fuego podía borrar los rastros del deshonor. Ley 15 Título XVII Partida VII.

⁴⁷ Ley XIII del Título XVII de la Partida VII. *E la razón porque se movieron los fabios antiguos a otorgar al padre este poder de matar a ambos e non al uno es esta, porque puede el ome auer fofpecha que el padre aura dolor de mnatar fu fija eftorcera al varón por razón della.*

⁴⁸ Ley I del Título XX Libro VIII de la Nueva Recopilación. El Ordenamiento de Alcalá, por su parte había dispuesto: "*Contienese en el libro de las leyes que si la muger que fuere desposada*

circunstancia que habían precisado aun más nítidamente las Leyes de Toro *El marido no puede acusar de adulterio a uno de los adúlteros, siendo vivos, más que a ambos adúltero y adúltera los haya de acusar*⁴⁹.

Un doble patrón moral juzgaba pues el adulterio femenino y el masculino, ello estaba en consonancia con los alcances del código de honor que defendían los moralistas entre los cuales Vives es un ejemplo elocuente:

“La castidad que tú tienes no es tuya sino de tu marido el cual te la entregó y puso en tu mano y te la encomendó y mando que la guardases más que a tu vida propia. La castidad de la mujer casada debe ser aun mayor que la de la soltera, porque si de casada la manchas y corrompes mira a cuantos ofendes con un mismo pecado... el uno es Dios autor del matrimonio que os unió y en cuya divinidad y nombre santísimo juraste la pureza del tálamo el otro es tu marido próximo a Dios a quien te consagraste por entero en quien violas todos los amores y todas las piedades pues tu eres para él lo que fue Eva para Adán hija, hermana, compañera, esposa Tu infidelidad equivale a poner las manos en ti misma. Disuelves la unión más estrecha de todas las uniones, desatas el más sagrado vínculo que existe entre los hombres. Tú la quebrantas con tu marido y con aquel pecho que debiera serte más caro que no el tuyo propio. Ensucias a la Iglesia limpiísima que presto sus manos para enlazar los vuestros, dirimes una sociedad civil, violas las leyes y ofendes a la patria hieres a tu padre con azote amarguísimo, golpeas a tu madre, a tus hermanas, a tus hermanos, a tus próximos parientes, a tus afines, a tus deudos, eres para tus iguales dechado y ejemplo de maldad, marcas con hierro de vergüenza a todo tu linaje y madre dementísima y fierísima pones a tus hijos en tanto aprieto que no pueden ni oír el nombre de su madre sin sonrojo ni el de su padre sin recelo. Ataste a ti misma con perjurio y sacrilegio pues por ser el sacramento y por el voto vuestros cuerpos están consagrados a Dios”⁵⁰.

Todo hombre casado, de cualquier estado o condición que tuviese concubina publica perdería el quinto de sus bienes hasta la cantidad de diez mil maravedies por cada vez que se la halle con ella debiendo la Justicia de-

hiciera adulterio con alguno que ambos a dos sean metidos en poder del esposo, así que sean sus siervos, pero que no los pueda matar: y por que esto es exemplo y manera para muchos dellas hacer maldad y meter en ocasión y vergüenza a los que fueren desposados en ellas, porque no puedan casar en vida dellas, por ende tenemos por bien, por excusar este yerro, que pase de aquí en adelante en esta manera: que toda muger que fuere desposada por palabras de presente con hombre que sea de catorce años cumplidos y ella de doce años acabados e hiciera adulterio, si el esposo los hallare en uno que los pueda matar, si quisiere, ambos a dos, así que no pueda matar al uno y dexar el otro, pudiendo a ambos a dos matar”.

⁴⁹ Ley 80 de Toro. Ídem Ley II Título XX Libro VIII de la Nueva Recopilación.

⁵⁰ JUAN LUIS, VIVES: *Formación de la Mujer Cristiana*. Madrid, Editorial Aguilar, 1947, pág. 1077.

positar en poder de uno o dos parientes abonados de la mujer, a fin de que si esta quisiera casarse y vivir honestamente, *se le dé en dote a su marido, aunque ha de estar depositada un año si quiere entrar religiosa en un convento para su manutención en un convento y si no admitiera una u otra posibilidad habiendo demostrado vivir honestamente un año entero después de haber abandonado su mala vida, ha de entregársele la expresada cantidad para que pueda mantenerse con ella con la salvedad de que retornando la mujer a la vida torpe o deshonesto se aplicara por partes iguales al fisco, al Juez y al acusador*⁵¹.

Del mismo modo, Enrique III ordenó en 1400, *que quien sacare de su casa una mujer casada y la tuviere públicamente por manceba, si no la entregare a la justicia, siendo requerida por ella o por el marido, además de la pena impuesta por el derecho habría de perder la mitad de sus bienes, aplicados al fisco, pena que asimismo se imponía, al marido que teniendo mujer legítima, en vez de vivir con ella lo hiciera con alguna manceba*⁵².

Las penas aumentaban considerablemente cuando atendían el castigo del bigamo, que conforme las Partidas se reducían al destierro por cinco años y la confiscación de sus bienes en beneficio de los hijos habidos. Juan I en las Cortes de Birbiesca de 1387 le agrega, además, la marca del hierro candente en la frente en forma de letra de Q⁵³.

⁵¹ Ley V, Título XIX del Libro VIII de la Nueva Recopilación; Ídem, Ley I del Título XXVI del Libro XII de la Novísima Recopilación.

⁵² Ley VI del Título XIX del Libro VIII de la Nueva Recopilación, Ídem en Ley II Título XXVI Libro XII de la Novísima Recopilación. Un capítulo especial mereció la regulación de las *mancebias* mantenidas por Clérigos y Ministros de la Iglesia, castigadas con penas graduales que Juan I decidió en Birbiesca en 1387, y confirmaron, más tarde, el Rey don Fernando y la Reina Isabel en Toledo en 1480, oscilando para la manceba entre la pena de un marco de plata, el destierro y la pena de azotes en caso de reincidencia, por cuanto *“Deshonesta y reprobada cosa es en Derecho que los clérigos y ministros de la Santa Iglesia, que son elegidos en suerte de Dios, mayormente sacerdotes, en quien debe haber toda limpieza, ensucien el templo consagrado con malas mugeres teniendo manceba públicamente y por que es cosa decente quitar toda ocasión, así a las personas eclesiásticas como religiosas y a los hombres casados porque no estén públicamente amancebados ni hallen mugeres que lo quieran estar con ellos”* Ley III del Título XXVI del Libro XII de la Novísima Recopilación y siguientes.

⁵³ *“Muchas veces acaesce, que algunos que son casados o desposados por palabras de presente, siendo sus mugeres o esposas vivas, no teniendo a Dios ni a nuestras justicias, se casan o desposan otra vez y porque es cosa de gran pecado y mal ejemplo...”* argumentaba el texto respectivo de la Ley VI del Título XXVIII, Libro XII. Novísima Recopilación. Enrique Gacto ha estudiado los alcances de las opiniones disidentes interpretando el signo Q. Afirma el distinguido historiador: *“Para unos Montalvo cambio por un círculo con una barra hacia abajo, es decir por una Q lo que originariamente había sido un círculo con una barra hacia arriba, esto es una ‘B’ inicial de bigamo, otros pensaron que debía ser un 10 o sea una barra y un círculo a la misma altura, al lado, como signo de que sintieron mal de la fe, o lo que es lo mismo de los mandamientos. Covarrubias afirma haber visto en vetustas disposiciones castellanas que la marca de una cruz, testimonio de que los marcados pecaron contra ella. Algunos sostienen, por fin que se trataba de un dos en números romanos, dos barras paralelas, cifra indicativa de que se casaron*

Don Alfonso X le confiere al delito el carácter de alevé⁵⁴, estigma que mantuvieron Enrique III y Carlos I *con el perdimiento de la mitad de sus bienes*⁵⁵.

El Concilio de Trento había intentado erigirse en una barrera cierta contra la bigamia⁵⁶. Para las celebraciones que intentaban llevar a cabo la comisión del delito de bigamia él, o los futuros bigamos debían indispensablemente falsear su identidad, ocultar su situación, borrar o disimular todo rastro que condujera a su identificación por ello fue frecuente su comisión entre gentes marginales y con amplio desarraigo social.

Pese a los cuidados y a la misma meticulosidad normativa, las situaciones de bigamia se multiplicaban. Don Carlos y Doña Juana admitían en Valladolid en 1548 la indeseada frecuencia con que se sucedía la bigamia: *que muchos malos hombres se atreven a casar dos veces* razón por la cual mutaban la pena alfonsina de destierro en una isla por cinco años, por igual tiempo cumplido en galeras⁵⁷, pena que a su vez elevó, por Pragmática del 3 de mayo de 1566, Felipe II *a diez años de servicio de galeras y vergüenza pública*⁵⁸.

dos veces." GACTO, ENRIQUE, *El delito de bigamia y la Inquisición española en Sexo barroco y otras transgresiones modernas*, Alianza Editorial, Madrid, 1990, págs. 140-141.

⁵⁴ Ídem, Ley VII del Título XXVIII.

⁵⁵ Ídem.

⁵⁶ Afirma Enrique Gacto: "El control sobre la institución matrimonial quedó completado con las pruebas de soltería, fehaciente a juicio del párroco que bendijera la unión. Con la institucionalización de las proclamas hechas ante la comunidad de fieles en días festivos y por último con la regulación de los registros parroquiales, donde quedaban consignados los matrimonios con minucioso detalle de cuantos hubieran intervenido en su tramitación y celebración". GACTO, *op. cit.*

⁵⁷ La pena de galeras, por las condiciones extremas en que era ejercida, suponía un considerable agravamiento del castigo dispuesto para los bigamos. Por ello "quienes defendían la tesis de que el Santo Oficio debía ocuparse privativamente del conocimiento del delito de bigamia, utilizaron el dato de las frecuentes condenas al remo como argumento frente a los autores partidarios de que fuera competente la jurisdicción secular, que acusaban a la Inquisición de imponer penas tan suaves que no asustaban ni disuadían al pueblo a cometer tal crimen". Conforme GACTO, *op. cit.*, págs. 141-143.

⁵⁸ Ley VIII del Título XX del Libro VIII de la Nueva Recopilación Ídem Ley IX del Título XXVIII del Libro XII de la Novísima Recopilación. Un caso instruido y sentenciado por el Auditor de Guerra de la plaza de Madrid contra un soldado inválido, casado por segunda vez, en vida de su primera consorte que había motivado el interés del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, determinó la declaración efectuada por Carlos III en la Real Cédula del 5 de febrero de 1770, advirtiendo severamente a los Inquisidores "que en los casos que ocurran de esta naturaleza observen las leyes del Reyno, que no embaracen a las Justicias Reales el conocimiento de estos delitos que les corresponden según ellas y que se contengan en el uso de sus facultades, para entender solamente de los delitos de heregía y apostasía sin infamar con prisiones a mis vasallos, no estando primero manifestamente probados". Ley X del Título XXVIII del Libro XII de la Novísima Recopilación. La cuestión planteada ponía nuevamente sobre el tapete una antigua disputa planteada por constituir, la bigamia, conforme con la doctrina bajomedieval, un delito de fuero mixto susceptible de ser instruido por la jurisdicción secular o la canónica

Se ha interpretado que la doctrina de los autores⁵⁹ se inclinó por recomendar la sustitución de la pena de galeras por la de exilio, cuando el delito no llegaba a perfeccionarse, reduciendo incluso las galeras a tres años y disminuyendo los azotes, aunque no la vergüenza, cuando el segundo matrimonio no se hubiera consumado y con mayor razón si precisamente, el arrepentimiento fuera la causa de este retracto.

En el supuesto que el reo hubiera contraído el segundo matrimonio bajo los efectos de la coacción, el error, la fuerza o el miedo grave, la pena podía disminuirse a menos de cinco años, en todos los casos se suprimía el castigo cuando iniciado el *iter criminis* el actor abandona la prosecución de los actos necesarios para llegar a la celebración del nuevo matrimonio también se agravaba considerablemente en caso de reincidencia o multi-reincidencia.

La *Recopilación de Leyes de Indias* introdujo algunas precisiones para la regulación del amancebamiento o el adulterio en territorio americano.

Así se dispuso que en el tratamiento del delito de adulterio las autoridades debían proceder contra las mestizas del mismo modo que contra las mujeres españolas aplicándoles *las leyes de estos reynos de Castilla* sin diferencia alguna⁶⁰.

En territorios indianos, la pena del marco, como otras penas pecuniarias, debían ser aplicadas doblemente, con la expresa excepción de los casos que por leyes de esta Recopilación, fuere señalada cantidad cierta en que se guardara lo dispuesto⁶¹.

La norma se excepcionaba con los indios amancebados *porque no convenía castigarlos con tanto rigor ni en penas pecuniarias* razón por la cual el texto de la Recopilación concluía *ordenando a nuestras justicias y encargamos a los prelados eclesiásticos que no las impongan ni ejecuten tales penas y las hagan volver y restituir*⁶².

en razón de su precedencia en el conocimiento de los hechos. El establecimiento del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición determinó una decisiva atracción de la jurisdicción inquisitorial, atento la presunción que la bigamia contuviera la duda sobre la sacramentalidad del matrimonio. Refiere Enrique Gacto los esfuerzos de canonistas (Villadiego, Simancas y Gregorio López) para determinar las respectivas competencias de los fueros eclesiásticos y civiles; si el segundo matrimonio había sido contraído públicamente, podía revelar una creencia errónea del sacramento respectivo, en tanto si el autor lo ocultaba no había posible error de fe, porque al ocultar la celebración o falsear los hechos, el bigamo revelaba conocer que estaba delinquiendo. GACTO, op. cit.

⁵⁹ CARENA: *Tractatus de Officio Sanctissimae Inquisitionis et modo procedendi in causis fidei*; GARCÍA DE TRASMERA, D.: *De polygamia et polyviria Libri III Panhormi* 1638, citado por GACTO, ENRIQUE, op. cit.

⁶⁰ Recopilación de Leyes de Indias Ley IV, VII, Título VIII Libro VII.

⁶¹ Ídem, Ley V, Título VIII Libro VII.

⁶² Ídem, Ley VI, Título VIII, Libro VII.

Se prohibía el prendimiento de mujer acusada de mancebía con clérigo, fraile u hombre casado, sin que precediese *formal información* donde constara el delito⁶³.

Especial cuidado se brindó a la guarda de la honestidad de las mujeres indias, disponiéndose que las naturales amancebadas debían ser apremiadas por la Justicia “*para volver a sus pueblos a servir señalándoseles salario competente*”⁶⁴, en tanto, *los que navegan y caminan por mar o tierra* tenían prohibido llevar consigo mujeres indias, tanto casadas como solteras “*en que Dios es deservido y peligra la honestidad*”⁶⁵.

El Título XXI del Libro IX dedicado a regular las conductas y alojamientos de capitanes, alféreces, sargentos y soldados, ordenaba al capitán, en su Ley XXI, ejercitar particular cuidado *para que los soldados de su compañía no sacasen mujeres de los lugares donde estuvieren, ni las tengan por mancebas... y todos vivan cristianamente y en todo orden y disciplina*⁶⁶.

La multiplicación de los amancebamientos entretejidos en la compleja geografía humana de los territorios de ultramar trasladó la problemática a la legislación local.

En tal sentido, los *Bandos de buen gobierno* no pudieron evitar regular sobre el tema.

Convencido el gobernador Intendente de Córdoba del Tucumán que *la raíz de todos los males es la ociosidad de la que resulta la perbersion de muchos incautos... subsisten los amancebamientos, juegos y embriaguezes* encomendaba a los jueces pedaneos y comisionados celar “*vigilantemente quanto conviene para ebitar los públicos emancebamientos, amonestando hasta tercera vez a los que sin temor de Dios ni respeto a la real justicia vivan tan licensiosamente y desordenadamente y por que en estos casos suelen ocurrir algunas graves circunstancias que piden consejo para precaber mayores daños y consultara el comisionado con el cura y bicario del beneficio el más oportuno, y congruente medio de embarazar estos pecados con aquella prudencia, moderación y pulso que exija la naturaleza, condición y estado de los cómplices, que toda precaución es necesaria*”⁶⁷.

Un nuevo Bando del Gobernador Sobremonte, fechado en Córdoba el 13 de enero de 1790, recordaba “*a los estantes y havitantes de esta ciudad... que esta asimismo prohibido... la dilatada separación de los maridos*

⁶³ Ídem, Ley VII, Título VIII, Libro VII.

⁶⁴ Ídem, Ley VIII, Título VIII, Libro VII.

⁶⁵ *Mandamos a los virreyes y gobernadores que provean el remedio conveniente de forma que se escuse todo mal ejemplo.* Ley XLVIII, Título I, Libro VI.

⁶⁶ Ídem, Ley XXI, Título XXI Libro IX.

⁶⁷ GONZÁLEZ DE MARTÍNEZ, MARCELA, *Control Social en Córdoba. La papeleta de Conchabo. 1772-1892 Documentos para su Estudio.* Centro de Estudios Históricos, Serie Documental, pág. 14, Córdoba, 1994.

*de sus mugeres y de estas de aquellos... En esta inteligencia todos los jueces tendrán muy presente dichos artículos para celar su cumplimiento, exigiendo las multas que se hallan impuestas en los vandos anteriores*⁶⁸.

La preocupación evidenciada en la norma no constituía una disposición aislada, el 20 de marzo de 1792 otro Bando del mismo gobernador al mismo tiempo en que insistía con puntuales medidas de moralidad pública, que prohibían bañarse juntos los hombres y las mujeres ni permitir “*corrillos de aquellas con lavanderas ni estas usen desnudez notable y deshonesta con pretexto de la faena de labar*”⁶⁹ se preocupaba “*por la dilatada separación de los maridos de sus mugeres, y estas de aquellos de que tomaran razón los alcaldes de varrio cada uno, con el suyo para pasar a este gobierno la noticia correspondiente con expresión del tiempo que hace que están separados, destino de los ausentes y demás circunstancias que justifiquen la legitimidad de la separación*”⁷⁰.

¿Qué quedará de mí cuando te vayas?

*Bien con muchas armas fundo
Que lidia vuestra arrogancia,
Pues en promesa e instancia
Juntáis diablo, carne y mundo*

Sor Juana Inés de la Cruz

Qué opciones tenía una mujer que transitaba el siglo XVII. Los tiempos habían transcurrido pero la alternativa *casamiento o convento* parecían aun las únicas posibles.

De este modo, una escritora ilustrada, la zaragozana Josefa Amar y Borbón nacida en 1749 razonaba “*El fruto de la buena educación parece que debe tener su complemento en la elección del estado, así porque del acierto de éste depende la mayor o menor felicidad, como por entonces coronan los padres su trabajo y alivian el peso principal de sus fatigas... Las mujeres sólo tienen dos estados para elegir, el de monjas o casadas, y aunque hablando en rigor no tienen más los hombres, pero hay notable diferencia de que un soltero usa su libertad y no le impide para ninguna carrera y una soltera es un cero, que comúnmente sirve de embarazo hasta en su misma casa y para sí es una situación miserable, pues aun cuando se halle en edad en que prudentemente puede valerse de su libertad, sin perjuicio de sus costumbres, la opinión pública que es más poderosa que todas las razones, la*

⁶⁸ Idem, págs. 17 y 18.

⁶⁹ Idem, pág. 25.

⁷⁰ Idem pág. 24. Idénticos términos se repitieron en el Bando del 6 de mayo de 1793 del mismo Gobernador Intendente Marques de Sobremonte, pág. 34.

*mira siempre como a una persona a quien no le está bien hacer lo que a las casadas y a las viudas*⁷¹.

Lope de Vega pone en boca de una joven casadera, que se resiste a convertirse en esclava de su cuñada, una sentida protesta sobre el destino femenino:

*Es justo que tome estado
Un hombre de tu valor
Antes que? Que rigor!
Pues él, fuerza que, casado,
Esclava venga yo a ser
De una muy necia cuñada
Que a la suegra mas descansada*

.....
*¿Sin ser mi padre me das
madrstra? Mas no podrás,
que hoy quiero me señales
monasterio y alimentos*⁷²

Durante mucho tiempo se interpretó que el amancebamiento practicado en Indias era una respuesta casi natural al desbalance demográfico operado entre ambos mundos o el desborde sexual ante las practicas poligámicas, naturales y propias de la organización social de los naturales de América⁷³.

Y si bien esta circunstancia bien pudo haber operado decisivamente en los primeros años del establecimiento de las redes de conquista y colonización no puede mantenerse por válido el mismo criterio con idéntico rigor en el siglo XVIII parece más propio para estos tiempos considerar factores de intensa movilidad de la población o como algún autor ha dicho de cierta flexibilización en la estructura social⁷⁴.

La figura guardaba mayor arraigo en las clases sociales bajas, donde se imponía una cercanía de edades y de convivencia multiétnica.

Vagos, cuatrerros, arrimados, robadores de hacienda y de mujeres, mestizos, mulatos, pardos, encontraron en estas formas de sociabilidad consentida los lazos afectivos que nutrían su vida.

La situación parecía ser común en todos los escenarios del ancho espacio indiano. La descripción de la Bogotá dieciochesca bien puede aplicarse a nuestra Córdoba del Tucumán.

⁷¹ AMAR y BORBÓN, JOSEFA, pág. 226.

⁷² Citado por RICARDO DEL ARCO GARAY, op. cit., pág. 375.

⁷³ RODRÍGUEZ, PABLO, *Sedución, amancebamiento y abandono en la Colonia*. Bogotá Fundación Simón y Lola Guberek, 1991, pág. 74.

⁷⁴ Ídem, pág. 75.

“La ciudad colonial localizaba el poder y el prestigio en un espacio privilegiado: la plaza mayor. En su entorno no solo estaban ubicadas las edificaciones que servían de sede a los poderes administrativos y religiosos sino que se asentaban los solares más prestigiosos. A distancia quedaban confinados los estratos más bajos. En algunos casos esta periferia era el asiento de una población muy heteróclita. Allí en las casas más humildes posaban transeúntes, pequeños comerciantes itinerantes o de manera más permanente inquilinos de tiendas y aposentos... El acolchamiento de manzanas cerradas por calles y los ineludibles pastizales hacían que lo rural y lo urbano se confundiera de manera persistente. Este hecho protegía los encuentros furtivos de los amantes. También hacía que cualquier comunicación de hombre y mujer fuera motivo de sospecha. Bastaba un encuentro o conversación en un solar o en un lugar despoblado para ser acusado de comunicación ilícita. En parte había razón, las censuras debían ser esquivadas. Los caminos y el río se hicieron lugares legendarios del encuentro amoroso. Varios de nuestros amancebados fueron sorprendidos ejecutando actos escandalosos a la orilla del río por rapaces alguaciles”⁷⁵.

Los amancebados rompían las reglas cristianas, sociales, morales y jurídicas y esta ruptura provocaba el escándalo y la censura social que desataba la persecución judicial. Los alcaldes que invadían alcobas y acechaban entre los montes la furtiva presencia de los amancebados hacían suya la indignación popular contra quien se anima a transgredir los patrones establecidos del comportamiento social y religioso.

Y si bien la iglesia intentaba llevar adelante la celebración canónica de las uniones irregulares, a fin de superar el pecado y alcanzar la gracia del sacramento, el peso de las desigualdades sociales aconsejó, en ocasiones, imponer la separación de las parejas prohibiéndoles su relación, para lo cual adoptaron el recurso de separarlas en lugares distantes que imposibilitaran la cohabitación.

Hay siempre un intento de minimizar el escándalo, desterrar a los adúlteros, amancebados o casar rápidamente a aquellos que conservan intacta su habilidad nupcial.

Pero las penas no logran despartar estas historias de encendida y fulminante pasión.

Las amancebadas, son mujeres fieles, solícitas y amantes compañeras que no registran demasiados maltratos, y que resisten con ferocidad el depósito en casa honesta, arañan, injurian, insultan y lesionan a los jueces comisionados y a los curas cuando tornan éstos a separarlas de sus hom-

⁷⁵ Ídem, págs. 76 y 77.

bres, urden infinidad de trampas, recursos y diversas argucias para burlar la odiada guarda de la honra y unirse nuevamente a sus compañeros.

Arrojados al destierro, el presidio, los trabajos en obras públicas a ración y sin sueldo o con la carga accesoria del grillete, sus compañeros mantenían el mismo propósito, aun a riesgo de enfrentar nuevos procesos judiciales, los que inevitablemente así ocurren desafiando el orden establecido.

Los amantes reescribían en su propia historia de lágrimas, pesares y desencuentros aquellos versos españoles anónimos:

*Mal haya el primero
Mal haya el segundo
Mal haya el tercero
Que empezó en el mundo
A ser casamentero.*

*Que le maldigamos
Es cosa muy justa
Al traidor le gusta
De engañar a entramos
A Dios le pidamos
Que muere el primero
Que empezó en el mundo
a ser casamentero.*

*Infierno en la tierra
Nos dejó el traidor
Vida con dolor
Y perpetua guerra
Dos vivos entierra
aquel tapacero
Que empezó en el mundo
A ser casamentero⁷⁶.*



⁷⁶ Citado por SUZY BERMÚDEZ Q.: *Hijas, esposas y amantes. Género, clase, etnia y edad en la historia de América Latina*. Santa Fe de Bogotá, Colombia, Ediciones Uniandes, 1994.

EL DERECHO EN LA REFORMA UNIVERSITARIA[†]

*Esteban Rafael Ortiz**

Resumen: Se sostiene que el derecho entendido como orden jurídico de un ámbito determinado que comprende también libertades, integró el planteo reformista del Manifiesto Liminar.

Así el derecho pudo ser una herramienta de los sectores rebeldes que en el ámbito universitario disputaron con la conducción conservadora de esa entidad pública.

Aborda la Facultad de Derecho de 1918 que con su orientación escolástica y dogmática estuvo en las antípodas de este movimiento estudiantil.

De los principios reformistas surgen nuevos paradigmas para orientar la formación de los nuevos abogados comprometidos con la justicia y la defensa de los perseguidos y opositores del sistema.

Palabras claves: Derecho, Reforma Universitaria, formación, defensa.

El Derecho en la Reforma Universitaria

Se trata de reflexionar sobre las relaciones que surgen entre la Reforma Universitaria y el derecho, especialmente con su manifiesto cumbre, en tres direcciones.

En primer término se intenta probar que el derecho entendido como normas, orden jurídico o sistema legal que rige un ámbito determinado y que comprende además libertades y garantías, ocupó un espacio importante en el planteo reformista.

En segundo lugar, que desde la ciencia jurídica y social que observa al derecho como objeto de estudio, indagando la forma de su construcción y las funciones que desempeña, puede concluirse desde un punto de vista crítico, que este puede ser utilizado también como herramienta de los sectores opositores y rebeldes en su disputa con los dominantes, como fue el caso de los estudiantes reformistas en el ámbito universitario de 1918.

Finalmente, interesan por una parte las conductas de algunos operadores jurídicos tales como la Facultad de Derecho de esa época, surgien-

[†] Recibido el 14/03/2013, Aprobado el 13/12/2013.

* Abogado y Master en Administración Pública, docente en derecho constitucional e investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho de la U.N.C., Asesor Letrado Penal del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Publicó La Reforma Peronista de la Constitución de Córdoba de 1949 y El derecho contra el poder, el caso del Dr. Alfredo "Cuqui" Curutchet, 1969-1974, erortiz@derecho.unc.edu.ar.

do así cómo esta fue la piedra del escándalo, por sus programas y contenidos retrógrados a la par de la práctica reaccionaria que desarrolló. Y por la otra, cómo con la reforma y sus banderas aparecieron nuevos caminos para una labor profesional al servicio de los grupos sociales subalternos. Ello a partir de los principios reformistas que rechazan la “monstruosidad del puro universitario”, a la par de la necesaria participación de la universidad pública en el cambio social y la retroalimentación de la revolución en su interior; para opacar la salida del individualismo egoísta presente en las mentalidades profesionalistas.

De tal forma, es importante verificar que en el propio Manifiesto Liminar de la Reforma del 18' lo normativo constituyó un espacio interesante dentro de los planteos de cambio.

Así se aprecian las siguientes referencias a las libertades: “libertad más, libertades que faltan, hombres libres de Sudamérica, hombre libre del continente, religión para esclavos, reforma liberal, luchar por la libertad, obra de libertad”.

Es que la parte vital y permanente del llamamiento de los universitarios del 18' tiene que ver con banderas democráticas, de libertad de pensamiento, de libertad de cátedra, acicateadas por el reclamo estudiantil de lograr participación en el gobierno de las casas de estudio. Y estos son derechos que constituyen un material jurídico por excelencia reconocido en el nivel constitucional local e internacional. No se trata de la libertad meramente declamativa o de mármol, sino de derechos concretos como la libertad de expresión y de cátedra contra el dogmatismo y la imposibilidad que se verificaba de que los docentes capaces pudieran enseñar.

Las citas del derecho contenidas en el Manifiesto podrían agruparse en aquellas que consideran al derecho como sistema u orden jurídico legal (“régimen universitario; derecho divino, derecho divino del profesorado; artículo conminatorio de un reglamento o de un estatuto; la reforma Matienzo; orden que no discutimos; el derecho también”); el derecho a la insurrección (“si en nombre del orden se nos quiere seguir burlando; derecho sagrado a la insurrección”); derecho a la libertad de expresión contra el autoritarismo (“derecho a exteriorizar ese pensamiento propio”); derecho a reformar las leyes (“la ley Avellaneda se opone a nuestros anhelos? A reformar la ley”); derechos democráticos y a una auténtica educación (“derecho a darse gobierno propio; circunstancias de orden moral y jurídico que invalidan acto; apariencias de la legalidad; antes que la iniquidad fuera un acto jurídico, irrevocable y completo; los estatutos reformados disponen; contra un régimen administrativo”).

El contenido jurídico detectado en el discurso reformista sirve luego para observar cómo este movimiento hizo un uso concienzudo de esta

herramienta al servicio de un proyecto alternativo y opuesto al dominante en los claustros cordobeses. Es que el derecho como formato de la organización del poder y de la imposición de los postulados dominantes, es un área de disputa por el uso de este discurso, cuestión que se visualiza en el Manifiesto cuando expresa que no sólo estaba de su lado la moral sino también el derecho.

Ello se expresaba cuando los estudiantes impidieron que se aprobara la elección del Rector A. Nores en base a lo dispuesto por los estatutos. Así no dejaron que se elaboraran las actas respectivas con sus requerimientos formales, y por ello no se pudo consagrar a Nores, el candidato a rector de los sectores clericales, los que maniobraron para birlar la posibilidad de cambios en la Universidad Nacional de Córdoba.

“La sanción moral es nuestra. El derecho también. Aquéllos pudieron obtener la sanción jurídica, empotrarse en la ley. No se lo permitimos. Antes de que la iniquidad fuera un acto jurídico... En efecto, los estatutos reformados disponen que la elección de rector terminará en una sola sesión, proclamándose inmediatamente el resultado, previa lectura de cada una de las boletas y aprobación del acta respectiva. Afirmamos, sin temor de ser rectificadas, que las boletas no fueron leídas, que el acta no fue aprobada, que el rector no fue proclamado, y que, por consiguiente, para la ley, aún no existe rector de esta universidad”.

Y este hecho constituye una clara demostración de que el orden normativo también es patrimonio de los sectores progresistas y disconformes con los dominantes, que lo usan para trabar e inutilizar los proyectos de estos últimos y favorecer los propios¹.

No casualmente el Dr. Deodoro Roca, el inspirador del Manifiesto, se había recibido tres años antes como abogado con tesis y doctorado incluido, motivo por el cual seguramente no fue uno de sus firmantes. Aunque también intervinieron estudiantes de derecho como Horacio Valdez, integrante del Comité Pro Reforma e incluso elegido como “Decano” de la Facultad por la FUC; Emilio Biagosh, y, entre otros, el inolvidable Juan Filloy quien tuvo con otros el arrebato incendiario del salón de grados contenido a tiempo por Deodoro².

Además de estos dirigentes claves del movimiento que eran doctores en derecho y estudiantes de esta Facultad, hubo también profesores

¹ GRISENDI, EZEQUIEL y REQUENA, PABLO MANUEL, “La Universidad Nacional de Córdoba entre 1918 y 1946” en GORDILLO, MÓNICA y VALDEMARCA, LAURA (coord.), *Facultades de la UNC. 1854-2011, Saberes, Procesos políticos e institucionales*, U.N.C., Córdoba, 2013, pp. 96 y 103, dan cuenta cómo desde el propio gobierno radical de entonces se planteaba como fundamental la reforma del estatuto de la UNC.

² SANGUINETTI, HORACIO (2003), *La trayectoria de una flecha. Las obras y los días de Deodoro Roca*, Buenos Aires, Librería Histórica, p. 30.

que apoyaron y se implicaron con esta revuelta histórica. Tales los casos de Enrique Martínez Paz, Arturo Orgaz y Arturo Capdevila, entre otros.

Pero a más de ello, el lugar físico donde se desarrollaron las protestas estudiantiles de la Universidad de Córdoba coincidió con el mismo espacio de la Facultad de Derecho.

Debe hacerse notar también que esta casa era una de las tres existentes en esa época en Córdoba, junto con las de Ingeniería y Medicina. Y el Centro de Estudiantes de Derecho ocupó un rol protagónico con sus pares en este movimiento adhiriendo a la huelga. El derecho estuvo presente entonces en estos hechos tanto a nivel de orden normativo, como de actores protagónicos institucionales y por grupos, de allí el interés de su estudio y análisis vinculado a la Reforma.

El Interventor “Salinas reformó los Estatutos y los planes de estudio... Estableció la docencia libre y la participación estudiantil en el gobierno universitario”³. Otra muestra de cómo se fue reflejando en un nuevo conjunto de normas los cambios que se empezaban a implementar a consecuencia del movimiento reformista.

También aparece una coincidencia no casual entre uno de los blancos del programa reformista, cuando la emprendía contra el dogmatismo y la impronta clerical, en relación con el origen y la realidad de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba⁴. Porque ésta surgió de la Facultad de Teología, en medio de una disputa entre el poder real y la iglesia por esta herramienta estratégica para la formación de cuadros políticos y gubernamentales a la par de la construcción cultural, que estuvo orientada tradicionalmente por el sector eclesiástico, cuya influencia se expandió hasta el presente. Así la primera materia jurídica secular, “Las Institutas”, en realidad lidiaba vanamente con el programa de derecho canónico y la formación escolástica. Incluso en su itinerario posterior en esta casa de estudios no dejó de hacerse sentir ese peso ideológico con el que confrontarían luego los estudiantes del 18⁵.

³ *Ibíd.*, p. 36.

⁴ Al respecto surgen las siguientes citas en el Manifiesto Liminar: “cátedras para tiranizar e insensibilizar; autoritarismo; mediocridad; silencio; constructores de almas; creadores de verdad; contra un método docente; estrecho dogmatismo; no se reformaban ni planes; repetición interminable de viejos textos; rutina, sumisión, cuerpos universitarios celosos guardianes del dogma; clausura; alejamiento de ciencia y verdad”.

⁵ “Los cargos profesoriales eran vitalicios y sus ocupantes habían constituido una corporación que se autorreproducía, controlada por los fundadores de la Casa de Trejo, de la orden de los jesuitas... en la asamblea del 15 de junio de 1918 se impusieron los viejos intereses, en particular los representados en la organización ultraconservadora Corda Frates, instalando en el rectorado a Antonio Nores”, ver PUIGGROS, ADRIANA, “Huellas presentes de la Reforma de 1918”, en SAUR, DANIEL y SERVETTO, ALICIA (coord.), Universidad Nacional de Córdoba, *Colección Cuatrocientos años de historia*, Los Libros, Tomo II, Córdoba, 2013, p. 66.

No obstante, previamente también otros actores abonando este camino, se habían manifestado en forma contradictoria con el andamiaje cerrado a la discusión de los avances legislativos, como la experiencia verificada con las tesis para doctorarse en la que se plantearon cuestiones que escandalizaron al establishment jurídico y eclesial de la época, como la de Ramón J. Cárcano sobre los “hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos”. Ello provocó una crisis institucional entre las autoridades católicas con el gobierno nacional con la consecuente aprobación de las nuevas propuestas de los tesis y la remoción de los profesores que se opusieron a estas novedosas incursiones del derecho y de tal modo defendían las directrices eclesiásticas⁶.

La realidad de la Facultad de entonces quedó reflejada en el diario “La Voz del Interior” y también en informes como el del diputado nacional Juan B. Justo, quien daba cuenta de la colonización familiar de esta Facultad, de su programa claramente dogmático y escolástico y de un contenido de materias retrógrado y clerical. Con lo cual algunas innovaciones que se señala se habían introducido con el desarrollo jurídico nacional en pos de la adecuación de materias y contenidos, estaban limitadas porque esta casa de estudios seguía en manos de sectores de la misma élite dirigente política y social de la época, refractaria a democratizar la universidad⁷.

Sus trazos quedaron a la luz nítidamente en las pinceladas que en forma inmejorable nos dejara la pluma del Dr. Arturo Orgaz: “Bajo las pesadas bóvedas, un sopor de siesta; en las aulas frescor de sotabancos; en la luz de los claustros discurrir de sombras hieráticas; en los espíritus, saber sin curiosidad y sin renovación; saber de rumias tradicionales”⁸.

Precisamente este autor remarcaba que además del plano teórico, en su actuación política y concreta esta Facultad también cumplió un rol reaccionario, cuando encabezara el movimiento en contra de la actuación estatal a través de las leyes de matrimonio y del registro civil⁹.

Algunas de esas características que señalaran los reformistas se han vuelto a revivir en esta Facultad en los últimos años. Ya en 1987, du-

⁶ CHAVEZ, LILIANA; DAIN, MARIANA y DEL CAÑO, BERNARDO, “La Facultad de Derecho en el marco de la conformación del campo jurídico nacional”, en GORDILLO, MÓNICA y VALDEMARCA, LAURA (coord.), *Facultades de la UNC. 1854-2011, Saberes, Procesos políticos e institucionales*, U.N.C., Córdoba, 2013, pp. 46/8.

⁷ *Ibid.*, p. 49. GRISENDI (2013: 94-95).

⁸ “Lo que fue, lo que es y lo que puede ser nuestra Facultad de Derecho”, en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, julio de 1922, p. 17. El mismo artículo pero con el título “La reforma universitaria y la facultad de Derecho de Córdoba”, apareció en DEL MAZO, GABRIEL, *La reforma universitaria*, T. III, La Plata, Centro de Estudiantes de Ingeniería, 1941, p. 69.

⁹ “La insigne vergüenza de haber sido sus profesores, sus doctores, quienes acaudillaban multitudes, que en nombre de la patria y de la religión, pretendían resistir la reforma de las leyes de matrimonio y de registro civil”, ORGAZ (1941:80).

rante la gestión del Dr. Luis Marcó del Pont en el Centro de Investigaciones de la Facultad, se pudo determinar que las investigaciones que se habían desarrollado durante el período de la dictadura, tenían que ver con la dogmática normativa pura y con trabajos de índole escolástico.

Y este mismo autor señalaba que en los noventa habían vuelto a ocupar posiciones en la Facultad los sectores reaccionarios opuestos a los postulados de la reforma universitaria¹⁰. En el año 2008 se denunciaron trabas en el Centro de Investigaciones en detrimento de la libertad de investigación, el pensamiento crítico y el abordaje del terrorismo de estado, no obstante lo cual las denuncias fueron rechazadas tanto por el Consejo Directivo de la Facultad como por el Consejo Superior de la Universidad¹¹.

Este aspecto entonces del ideario reformista se enraíza directa y plenamente con las características que presenta el estudio, la investigación y la formación jurídica en esta Universidad. Aún hoy el dogmatismo normativo, el atraso en la recepción de nuevas teorías críticas y la injerencia en la dirección de sectores retardatarios muestra que los planteos están vigentes, a tal punto que no causalmente desde adentro de esta Facultad algunos se animan a expresar que la reforma universitaria ya no es aplicable.

“Los métodos docentes estaban viciados de un estrecho dogmatismo, contribuyendo a mantener a la universidad apartada de la ciencia y de las disciplinas modernas. Las elecciones, encerradas en la repetición interminable de viejos textos, amparaban el espíritu de rutina y de sumisión. Los cuerpos universitarios, celosos guardianes de los dogmas, trataban de mantener en clausura a la juventud, creyendo que la conspiración del silencio puede ser ejercitada en contra de la ciencia”.

En este sentido, coincido con quienes plantean la riqueza del planteo democratizador de la Reforma Universitaria, a la par de su objetivo de enraizar al universitario con la realidad social para lograr una formación crítica y comprometida con el país, superando cierta ambivalencia en la concepción de la autonomía universitaria, y decididamente a los planteos tecnocráticos que intentan separar la educación superior del conjunto de las demandas populares¹².

¹⁰ MARCO DEL PONT, LUIS, (s/d), *La reforma universitaria de 1918*, Toxon, Córdoba, p. 33.

¹¹ ORTIZ, ESTEBAN RAFAEL, “La libertad de expresión en la reforma universitaria y la censura ideológica”, *VIII Jornadas Nacionales y V Latinoamericanas*, “A 90 años de la Reforma Universitaria, la Universidad Pública: su compromiso con las luchas de los pueblos para construir sociedades justas y solidarias”, Mesa Temática N° 8: “La Universidad Pública y compromiso con los derechos humanos”, Grupo de Trabajo Hacer la Historia, 17-10-2008. Ver Resolución N° 89/08, H.C.D., 17-4-2008; y Resolución del H. Consejo Superior UNC N° 416/08.

¹² PUIGGRÓS (2013:71-86): “El remedio no es menos Reforma, sino más Reforma”, más política, más compromiso social, más vinculación entre los profesionales y los técnicos y las demandas sociales”.

Gracias al empuje y la renovación de la Reforma Universitaria se produjeron modificaciones de los planes de estudio y de los métodos docentes, incorporándose nuevos aires con profesores como Deodoro Roca y otros. De allí que abrevando en los principios reformistas del cambio social y de la investigación al servicio del país y sus necesidades, es posible cambiar el rol de los abogados egresados de la universidad clerical. Uno de los referentes claves de este movimiento fue un abogado que supo poner sus conocimientos y experiencia técnica al servicio de esta gran movilización juvenil que a partir de Córdoba abarcó la América Latina. Y también lo hizo para con los sectores perseguidos haciéndose cargo de la defensa de los presos políticos y sociales, en aquellas situaciones en que nadie quería, poniendo él sí su cuerpo y sus conocimientos como acostumbra los abogados comprometidos con los sectores populares. Sobre esta faceta, se expresa: “era terror de comisarios, y algunos ponían en libertad a los presos políticos, en cuanto barruntaban el advenimiento de Roca con el cual no querían tratos... hay momentos en esta ciudad cuando las luchas y conflictos sociales se agudizan en que resulta casi el único abogado que se atreve a defender obreros y perseguidos políticos y sociales”¹³. Esta es la conducta que caracteriza a los abogados comprometidos que antes y después de Deodoro dignificaron a esta profesión, y a él mismo, por cuanto entre otros, un hijo suyo, Gustavo Roca sería integrante de este grupo de letrados que arriesgara su vida en función de este cometido profesional.

Conclusiones

El derecho ocupó un rol importante en los planteos reformistas estando presente en diversos pasajes del histórico Manifiesto con la mención de las normas y el andamiaje jurídico que se tuvo en cuenta en este movimiento estudiantil.

La herramienta jurídica jugó así un rol interesante a favor de la lucha universitaria, siendo utilizada en función de los intereses de los sectores opositores a los dominantes en este ámbito universitario y social de Córdoba.

La Facultad de Derecho, fue la “piedra del escándalo” en el 18; porque tenía una formación escolástica y dogmática, y políticamente jugó un rol reaccionario en contra de la Reforma como antes en relación a la legislación civil moderna (los profesores sin sotana pero con alto olor a incienso).

¹³ SANGUINETTI, HORACIO (2003), *La trayectoria de una flecha...*, op. cit., p. 83.

De los principios reformistas se desprenden nuevos caminos para formar profesionales vinculados con la realidad social y abogados comprometidos con la justicia y la defensa de los perseguidos y opositores del sistema, siendo ejemplo de ello el propio Deodoro Roca así como la labor de otros letrados incluido su hijo Gustavo Roca.



CREACIÓN DE LA CÁTEDRA DE DERECHO PÚBLICO EN LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA (1834-1841)[†]

Félix A. Torres*

Resumen: En el contexto de una universidad escasa en recursos económicos y desvalida en lo que hace a la calidad docente de sus profesores, el gobernador José V. Reynafé crea en 1834 la cátedra de Derecho Público, un hito importante en la vida de la casa de estudios de Córdoba; y no obstante ser “una extraordinaria iniciativa” para su tiempo, tuvo vigencia apenas hasta 1841, ya que a solicitud del cuerpo docente fue suprimida por el gobernador Manuel López, por falta de dotación para la cátedra, textos adecuados y un ambiente político provincial y nacional poco propicio para la enseñanza y difusión del constitucionalismo liberal.

Palabras Claves: Historia del Derecho Argentino- Historia de la Universidad de Córdoba- Educación – Facultad de Derecho.

Las primeras disposiciones del gobierno de José Vicente Reynafé, en relación a los estudios universitarios de jurisprudencia, fueron aprobar el cambio de texto en las cátedras de Derecho Canónico y Derecho Civil. En el primer caso y a propuesta del rector José Dámaso Gigena, se sustituyó el libro de Juan Devoti *Instituciones canónicas* por el del jesuita español Pedro Murillo Velarde (1696-1753) *Cursus juris canonici hispani et indici* de 1743 en dos volúmenes¹. En los fundamentos de la variación el rector expresa que es “en razón de las incomparables ventajas que prometía esta obra, para los estudiantes por el conocido mérito [de ella] y preponderancia sobre la otra, según lo había manifestado la práctica”². Murillo, teólogo y jurisconsulto de elevado prestigio en el contexto hispanoamericano de la época, es catalogado por Menéndez y Pelayo “como el menos regalista de los escritores del siglo XVIII”; entre sus obras se destacan *Catecismo e Instrucción católica* y *Constitución de la Universidad de Manila*. El nuevo

[†] Recibido el 02/05/2013, Aprobado el 01/10/2013.

* Licenciado en Historia. Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho, UNC. Autor de numerosos ensayos y libros de Historia, entre otros *Dalmacio Vélez Sársfield en la Universidad y su correspondencia en Córdoba*; *Dalmacio Vélez Sársfield. Obras de su biblioteca personal*; *Historia de la Facultad de Derecho en la Universidad de Córdoba. Tomo I. 1791-1820*. Actualmente trabaja en la 3ª parte del proyecto de investigación Historia de la Facultad de Derecho en la Universidad de Córdoba (1881-1940).

¹ A.U.N.C., *Actas de Sesiones*, Libro F-6, f. 38, del 16/9/1831.

² *Ibidem*.

texto, sin mayores variantes con respecto al anterior, no pudo ser utilizado en el año lectivo de 1832 como estaba previsto, debido a que no se conseguían ejemplares en Córdoba, según informó el profesor de Cánones, por lo tanto se acordó que la materia se dictara por el texto anterior³.

El otro libro reemplazado en la cátedra de Derecho Civil fue la Instituta de Castilla, que se utilizaba en el plan de estudios de Baigorri en el tercer año, por el *Manual del Abogado Americano*⁴. En esta ocasión a solitud del titular de la materia José Ortiz del Valle, quien no tuvo en cuenta —según Raúl Orgaz— que ese libro en dos volúmenes editado en París en 1827, “era un plagio cometido por Juan Eugenio de Ochoa de la *Ilustración del Derecho Real de España*, por el pavorde Sala”⁵; finalmente, aunque desconociendo ese “detalle”, el texto fue aceptado por el Claustro.

En marzo de 1832 se leyó ante los claustales un oficio del gobernador Reynafé, por el que se designaba rector al Dr. José Roque Funes, en lugar de Dámaso Gigena; como así también profesor de Cánones al Dr. José Saturnino Allende y de Teología al Dr. José Genaro Carranza⁶. Cabe señalar que en ese año fueron matriculados en Derecho 21 alumnos, ocho más que en el anterior, si bien el total de inscriptos en la universidad fue el mismo: 100 alumnos por año lectivo⁷.

A partir de 1830 se inicia en la universidad un período de penurias económicas y decadencia en el ámbito de la enseñanza y el nivel profesional de sus catedráticos. Según Garro, “el huracán de las pasiones políticas aleja de su seno a muchos hombres que más han contribuido a su fama y prosperidad, y otros muy inferiores ocupan el puesto que ellos han honrado con su experiencia y saber”⁸. Como signo palpable de la escasez de fondos que tenía la universidad por esos años, debemos consignar el hecho de que en enero de 1833 a propuesta del vicerrector Dr. Santiago Derqui, el Claustro decidió abonar parte de los salarios docentes mediante el otorgamiento de los grados académicos obtenidos, sin el pago de los aranceles correspondientes, además de obsequiarles con un ejemplar de la Constitución provincial⁹. El caso revela que el funcionamiento de la universidad descansaba fundamentalmente en la dedicación y espíritu de colaboración de los cuadros docentes que, más allá del salario valoraban el honor de enseñar y participar de este modo, en la formación profesio-

³ *Ibidem*, f. 49, del 10/3/1832.

⁴ *Ibidem*, fs. 40 y 44, del 1/10/1831 y 28/10/1831.

⁵ ORGAZ, RAÚL A., *op. cit.*, p. 108.

⁶ A.U.N.C., *Actas de Sesiones*, Libro F-6, f. 48, del 8/3/1832.

⁷ VERA DE FLACHS, CRISTINA y FERRERO MICÓ, REMEDIOS, *op. cit.*, pp. 157-158.

⁸ GARRO, J. M., *op. cit.*, p. 328.

⁹ A.U.N.C., *Actas de Sesiones*, Libro F-6, f. 78, del 20/1/1833.

nal de los jóvenes de Córdoba y del interior del país, y conscientes de que con su sacrificio económico posibilitaban la existencia de una institución que era la mayor honra que podía exhibir esta provincia. Si bien los fondos escaseaban no por ello faltaban las felicitaciones gubernamentales a la universidad, como por ejemplo a finales de 1832 el gobernador Reynafé envió un oficio al Claustro dándole las gracias “por el buen desempeño en la enseñanza de las ciencias del año corriente”. En respuesta la universidad le obsequió 6 ejemplares del libro editado en la imprenta universitaria *Funciones literarias*, que contenía las Previas e Ignacianas de los alumnos premiados por su disertación¹⁰.

La matrícula de alumnos inscriptos en Derecho en 1833 se redujo a la mitad del año anterior, ingresando apenas 11 estudiantes¹¹, con lo cual también se debilitaba la entrada de recursos económicos genuinos por el cobro de aranceles. A comienzos del año lectivo el rector informó al Claustro que en el 4º año de jurisprudencia había solamente un alumno, planteándose el caso de si valía la pena dictar cursos de Leyes y Cánones para un solo individuo. El tema se soslayó finalmente con una adecuada utilización de aulas y horarios para continuar con la enseñanza; el alumno en cuestión —Enrique Rodríguez— llegó con el tiempo a ser un “abogado de nota y Codificador”¹².

Durante este período que estamos revisando —el de los hermanos Reynafé en el gobierno— el último rector electo por el Claustro universitario fue el Dr. José Gregorio Baigorri, designado en diciembre de 1830. Diez meses después el gobernador José Vicente Reynafé despojó de esas atribuciones a la casa de estudios, y justificándose en la ausencia de aquel, nombró rector al Dr. Dámaso Gigena en calidad de interino. En marzo de 1832 reemplazó a éste por José Roque Funes, hasta un año después en que designó nuevamente a Baigorri como rector, abusando en extremo de su patronato constitucional sobre la universidad¹³.

En agosto de 1833 el gobernador envió al Claustro un decreto, por el que se permitía al hijo del pardo libre José María Pizarro “cursar y desempeñar todos los exámenes con arreglo a las leyes de esta universidad y obtener los grados a que se hiciese acreedor”. El oficio estaba firmado por Benito Otero, que suplantaba por ausencia a Vicente Reynafé, titular del ejecutivo cordobés. El decreto no sólo autorizaba al citado Pizarro, “sino también a todos los de su clase [para que] pudiesen cursar, desempeñar

¹⁰ *Ibidem*, f. 75, del 14/12/1832.

¹¹ VERA DE FLACHS, CRISTINA, *et al.*, *op. cit.*, p. 158.

¹² A.U.N.C., *Actas de sesiones*, Libro F-6, f. 79, del 6/3/1833; ORGAZ, RAÚL, *op. cit.*, p. 109.

¹³ GARRO, J. M., *op. cit.*, p. 329 y ss.

exámenes y recibir los grados que les correspondiesen”¹⁴. Los miembros del Claustro, imbuidos todavía de un fuerte sentido discriminatorio hacia las clases más bajas y de color de la sociedad —herencia de la etapa colonial— acordó por pluralidad de votos, enviar una nota al gobernador diciéndole que estaba “impuesto de la Suprema resolución”. En realidad no estaban para nada de acuerdo con esa disposición. El único que la aceptó y dejó constancia de ello fue Santiago Derqui, quien hizo figurar en actas “que su voto era no solo [quedar impuesto del contenido] sino también que celebraba que el gobierno hubiera dado ya un paso tan conforme a la justicia y a los principios fundamentales del sistema de gobierno adoptado en la República Argentina”¹⁵. Su propuesta recibió únicamente el apoyo “en todo conforme” del licenciado José Severo de Olmos.

No obstante la disconformidad del Claustro con esa medida, ésta entró en vigencia debido al Patronato que el gobierno provincial ejercía sobre la universidad. Pero la corporación de profesores y autoridades —con las salvedades citadas— nunca aceptó de buen grado y como definitiva, la posibilidad de que pardos y mulatos cursaran carreras en la antigua casa de estudios. Eran demasiados años de discriminación y prejuicios raciales, avalados legalmente por constituciones universitarias de los tiempos coloniales, y que la Revolución de mayo no pudo, o no quiso destruir —más esto último que lo otro—, incluso cuando el sector más radicalizado de aquella tuvo en 1813 el poder para hacerlo.

Así entonces la corporación universitaria, esperó pacientemente la oportunidad para hacer volver las cosas a su lugar. El Claustro “escandalizado, sin duda, con la presencia de pardos en la universidad”¹⁶, solicitó en dos ocasiones la revocación de aquella medida igualitaria. La primera fue en abril de 1836, sin que el gobierno la atendiese. La segunda vez, “con tenacidad irritante y deplorable extravió de ideas y sentimientos”¹⁷, obtuvo por fin resultados favorables. Esto ocurrió el 17 de diciembre de 1844 por resolución del gobernador Manuel López (a) “Quebracho” quien dejó, finalmente, sin efecto el decreto de Benito Otero del año 1833. Únicamente se permitió a los pocos pardos que cursaban materias de filosofía, concluir con sus respectivas carreras, los que estudiaban “derecho civil, canónico y teología” debían abandonarlas, y los que cursaban gramática no podían pasar a filosofía. La orden gubernamental finalizaba así: “y que los demás

¹⁴ A.U.N.C., *Actas de Sesiones*, Libro F-6, f. 89, del 8/8/1833.

¹⁵ *Ibidem*. Este tema ha sido tratado detalladamente por EMILIANO ENDREK en su libro *El mestizaje en Córdoba. Siglos XVIII y principios del XIX*, U.N.C., Instituto de Estudios Americanistas, Córdoba, 1966.

¹⁶ GARRO, J. M., *op. cit.*, p. 342.

¹⁷ *Ibidem*.

de la renunciada clase de castas que no estuviesen incorporados en la universidad, no se les admita en ella”¹⁸. Recién en noviembre de 1852 la legislatura cordobesa, sancionó un decreto dejando sin efecto los privilegios de clase para el ingreso a la universidad.

Sólo resta señalar el profundo sentido humanista de Derqui, que diferenciándose del designio retrógrado de sus pares, al apoyar sin cortapisas aquella ley progresista, plasmó en la praxis un pensamiento liberal, que aunque todavía soterrado en las clases dirigentes de esos años, sería el nervio que más tarde conformaría el plan político de los constitucionalistas de 1853.

Según Garro en su trabajo ya citado, durante el año 1834 se produjo en la universidad de Córdoba, “el único acto de alguna importancia en relación a ella, debido a la administración de don José Antonio Reynafé”, y esto fue la creación de una cátedra de Derecho Público en febrero de ese año¹⁹. Sobre este tema Enrique Martínez Paz escribe que fue “una extraordinaria iniciativa, la cual revelaría una visión que sin duda, la historia no se ha atrevido a reconocer a sus iniciadores”²⁰. En párrafos anteriores, este historiador sostiene la tesis de que en tiempos de los caudillos, en la provincia de Córdoba, y con respecto a la universidad “no fue su influencia tan fatal como suele suponer el espíritu prevenido”²¹. Incluso afirma que “ni siquiera el gobierno rural de los señores Reynafé alcanzó a deprimir la enseñanza; hay por el contrario, síntomas que autorizarían a concluir que la miraron con señalado respeto”²². Para Martínez Paz la universidad fue considerada por los gobernantes de ese tiempo “como un santuario”, *en donde encontraban su límite* —lo decimos nosotros— las pasiones políticas de esa “democracia bárbara”. Algo parecido a los templos cristianos en los años medioevales, que fueron recintos inviolables aún para el poder omnímodo del señor feudal. En opinión de Raúl Orgaz —cuyo criterio compartimos— debió ser Santiago Derqui quien sugirió al gobernador Reynafé, la creación de la cátedra de Derecho Público y la correspondiente modificación al plan de estudios jurídicos que acompañaba el proyecto²³. Debemos señalar que por entonces Derqui, profesor de Filosofía en la universidad, cultivaba excelentes relaciones con los hermanos Reynafé, y fue durante su gobierno que el futuro presidente de la Confederación Argentina, realizó una meteó-

¹⁸ *Ibidem*, p. 343.

¹⁹ *Ibidem*, p. 331.

²⁰ MARTÍNEZ PAZ, ENRIQUE, *La formación histórica de la provincia de Córdoba*, U.N.C., Córdoba, 1941, p. 219.

²¹ *Ibidem*, p. 218.

²² *Ibidem*, p. 219.

²³ ORGAZ, RAÚL, *op. cit.*, p. 109.

rica carrera universitaria que le permitió en un año recibirse de doctor en Leyes, y poco después electo vicerrector de la universidad.

Lo primero que llama la atención de esta iniciativa tendiente a incorporar una nueva cátedra a la Facultad de Derecho, son los fundamentos que la preceden. Vale la pena citarlos: “Considerando este Gobierno que los conocimientos en la gran ciencia de legislar son aquellos por donde el país debe marchar a su organización y que son los únicos que pueden hacer a ésta producir los efectos que aseguren la felicidad del Estado; y viendo por otra parte que al paso que se ha cuidado de instruir a la juventud en Códigos e ideas que están en perfecta conformidad con las bases y formas de gobierno adoptadas en el mundo civilizado, se ha descuidado enseñar lo que puede ponernos en la aptitud de acomodar a ellas nuestra legislación, ha creído uno de sus más sagrados deberes poner en la parte que las circunstancias le permiten un remedio a este mal adoptando medidas que perfeccionará en mejor oportunidad...”²⁴.

A continuación, en la parte resolutive, el artículo 1º determina la creación de una cátedra de Derecho Público, y en el artículo 2º se efectúa una pequeña reforma al plan de estudios. En ésta se estipula que el estudio del Derecho Civil y Canónico queda reducido “a los tres primeros años (para los legistas) en virtud de hacerse inoficioso el cuarto, que antes se estudiaba, con la erección de que habla el artículo anterior”²⁵.

La apertura de la cátedra debía hacerse durante ese año lectivo, y los días de dictado eran los lunes, jueves y sábados, durante una hora, empezando a las cuatro de la tarde para los alumnos de primero y segundo año, y a las nueve de la mañana para los de tercero. En el primer año de la cátedra los alumnos estudiaban “los elementos de los derechos público, político y de gentes, en el segundo los del derecho constitucional u orgánico con la aplicabilidad de los anteriores; y en el tercero los de economía política”²⁶. Especial importancia tenía este último tema, ya que era la primera vez que se estudiaba en Córdoba, teniendo como antecedente la cátedra que Vélez Sarsfield había dictado en la universidad de Buenos Aires, en tiempos del gobierno de Rivadavia.

La bibliografía adoptada para el primer año de Derecho Público, fue el *Espíritu del Derecho* de Alberto Fritot, jurisconsulto francés, autor de una obra en once tomos titulada *La ciencia del publicista*, editada en 1820, “en la que examina los principios del Derecho Natural y estudia los Dere-

²⁴ A.U.N.C., *Actas de Sesiones*, Libro F-6, f. 93 del 3/3/1834, fecha del decreto gubernamental 28/2/1834; ver también *Compilación de Leyes, Decretos, Acuerdos de la Excelentísima Cámara de Justicia...*, desde 1810 a 1870, Tomo I, Córdoba, 1871.

²⁵ A.U.N.C., *Actas de Sesiones*, Libro F-6, f. 93.

²⁶ *Ibidem*.

chos público, civil, penal e internacional". Posteriormente, en 1824, publicó un compendio de ese tratado con el título de *Espíritu del Derecho*, en tres tomos traducidos al español un año después; seguramente estos volúmenes fueron los utilizados por Derqui en la cátedra de Derecho Público²⁷. El segundo año debía dictarse por el *Curso de política* de Benjamín Constant, quedando a elección del profesor el texto de tercer año. Caturelli señala que el libro de Constant "prueba la penetración de la ideología francesa en la filosofía política," y citando a Picavet lo ubica a aquel "en la segunda generación de los ideólogos, es decir de los auxiliares, discípulos y continuadores de Cabanis y Destutt de Tracy de quienes, en efecto, Constant fue amigo"²⁸.

Por su parte F. L. De Yturbe en el prólogo al libro de Constant *Curso de política constitucional*, afirma que "la influencia de Benjamin Constant en el mundo de habla hispánica, ha sido enorme"²⁹. Más adelante escribe que la primera edición en castellano hecha en España, fue en 1820, realizada por don Marcial Antonio López, diputado a Cortes, quien advierte que realizó una traducción libre del libro de Constant. Para Yturbe lo tradujo en forma demasiado libre, suprimiendo "lo que no le gusta," y añadiendo "páginas enteras que a veces no tienen nada que ver con lo que decía Constant"³⁰. Este libro en su versión francesa ya había sido condenado en España por el Tribunal del Santo Oficio en 1817, por contener "máximas y proposiciones falsas en política y en el orden monárquico, contrarias al espíritu de la religión... antidinásticas, conducentes al cisma y a la tolerancia religiosa, y perniciosas para el Estado"³¹. Por lo cual Yturbe concluye que la versión en castellano no tuvo gran difusión en España, pero sí se difundió más en América, "donde no pudo ser recogida la edición a la caída de Riego". Es muy probable que la edición utilizada en la Universidad de Córdoba, fuera la traducida por López, con todos los déficits que ella tenía.

Los alumnos de Derecho Público debían rendir los correspondientes exámenes "por separado, en la misma forma y con la misma duración que los de Lógica y después de los de Derecho Civil, en cuya antigüedad se coloca la cátedra erigida". El tribunal examinador lo formaría el rector, el profesor que la dictaba y el catedrático de Derecho Civil, estos últimos con las mismas obligaciones que tenía el titular de Derecho Canónico. Se de-

²⁷ ORGAZ, RAÚL, *op. cit.*, p. 110.

²⁸ CATURELLI, ALBERTO, *Historia de la Filosofía en Córdoba 1610-1983*, Tomo II, Siglo XIX, Córdoba, 1993, p. 124.

²⁹ CONSTANT, BENJAMÍN, *Curso de política constitucional*, Edit. Taurus, Madrid, 1968, p. XXXVI.

³⁰ *Ibidem*, p. XXXVII.

³¹ *Ibidem*, ps. XXXVII y XXXVIII.

bía cursar “material y formalmente” para la obtención de cualquier grado académico, “en facultades mayores, menos en la de Teología”, en la que no se realizaba ninguna innovación y continuaba “en todo como hasta aquí”³². Esta disposición para el nuevo curso tendía a jerarquizarlo con el mismo nivel de obligatoriedad que el resto de las cátedras de Derecho. En otra de las reformas del decreto gubernamental de Reynafé, se disponía que en lugar del cuarto examen destinado a obtener el grado de licenciado en Derecho Civil o Canónico, se realice un examen de las materias recién incorporadas al plan de estudios, de la misma forma que el examen de Previa para obtener ese grado en Derecho Civil; con la salvedad que las proposiciones a defender por los alumnos serían seis, elegidas por el rector con una anticipación de dieciocho días antes del examen³³.

En uno de sus artículos el decreto de creación de la cátedra, trasladada a la universidad el aspecto financiero, al afirmar que “será del deber del Ilustre Claustro reglamentar en lo económico de la Aula erigida”; esto es, que el pago del profesor debía afrontarlo la casa de estudios, por cuanto el documento no menciona partida gubernamental alguna para dotarla. Como el gobierno sabía del estado crítico de las finanzas universitarias, logró salvar la situación a través de la “oferta generosa del Dr. Don Santiago Derqui, de servir la cátedra (...) sin otro compensativo que el de prestar a Córdoba este servicio”. Por lo tanto en el mismo decreto, lo nombra profesor titular de la cátedra de Derecho Público, “sin perjuicio de la de Filosofía que [ya] sirve”³⁴. Este acto de desinterés por parte de Derqui, se corresponde con las numerosas oportunidades en que el gobierno de la familia Reynafé, lo había distinguido en relación a su carrera académica.

El Claustro en esa misma sesión del día tres de marzo, acordó cumplir con lo dispuesto por el gobernador. A continuación se trató del lugar físico donde se dictaría la cátedra, resolviéndose que fuese “en la de Filosofía que dictaba el Dr. Derqui”³⁵. Con lo cual se cerró el acta.

Derqui estuvo algo más de un año en forma continuada al frente de la cátedra, ya que en marzo de 1835 expuso ante el Claustro que “el Benjamín Constant, autor por el cual dictaba el Derecho Público Constitucional, no tenía el método ni era propio para los estudiantes, y que este mismo defecto había encontrado en otros varios autores que trataban la materia y que ni lo había, y que era necesario tomar alguna medida sobre este particular”³⁶. No está claro aquí los motivos de fondo por los cuales Derqui

³² A.U.N.C., *Actas de Sesiones*, Libro F-6, f. 93 del 3/3/1834.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*, artículo 11 del decreto.

³⁵ *Ibidem*, f. 93 y ss.

³⁶ *Ibidem*, f. 100 del 26/3/1835.

cuestionaba el texto, sin dar una alternativa bibliográfica que a su juicio lo reemplazara. ¿Era un problema de textos inadecuados o ya no le interesaba dictarla porque sus otras ocupaciones se lo impedían? No existen testimonios documentales que nos den, al menos, indicios para una respuesta. Lo cierto fue que el rector —José Gregorio Baigorri— propuso al Claustro y fue aprobado, “que él daría en pocas lecciones o conferencias las bases fundamentales del Derecho Público, y que los estudiantes leyesen por los diversos autores que había, el desarrollo y explicación de los principios”³⁷. El rector consideró que de esta forma se solucionaba el problema planteado por Derqui, “y al mismo tiempo tomarían los estudiantes mayores y más extensos conocimientos”³⁸. Así entonces Derqui continuó vinculado a la cátedra, pero por pocos meses más, prosiguiendo con esa tarea el Dr. Ramón Ferreira³⁹, quien permaneció hasta agosto de 1839. Oportunidad en que el gobierno provincial nombró al Dr. Enrique Rodríguez catedrático de Derecho Público, designación que el Claustro aprobó sin ninguna objeción⁴⁰.

En diciembre de 1840 el rector Estanislao Learte expuso al Claustro que, debido a la guerra civil que enfrentaba por un lado al ejército de Lavalle y Lamadrid, y por el otro a las fuerzas de Manuel Oribe, Pacheco y el gobernador de Córdoba Manuel López (a) “Quebracho”, “habían quedado aún sin rendir examen los estudiantes de Derecho Público”⁴¹. Esto se debió a que su profesor el Dr. Rodríguez, debió huir de Córdoba por problemas políticos con el gobernador López. En respuesta a esa situación, que además impidió “la elección de rector y demás empleados”, el Claustro dispuso que continuara el anterior sin producir alteraciones por el momento⁴².

El tema de la cátedra de Derecho Público volvió a tratarse en la sesión universitaria del 2 de marzo de 1841. En esa oportunidad los claustales plantearon al rector que por ausencia del titular, era necesario informar al gobierno “que desde su creación siempre la ha provisto, a fin de determinarse quién debía desempeñarla”. Allí entonces se planteó la propuesta de si no “sería más útil a la enseñanza el suprimir esta aula, y se continuase enseñando conforme al Plan reformado”. Llevada a votación la propuesta para suprimirla, fue aprobada por mayoría, con lo cual se determinó informar al gobierno para que resolviese en definitiva sobre la continuidad o no

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ GARRO, J. M., *op. cit.*, p. 333.

⁴⁰ A.U.N.C., *Actas de Sesiones*, Libro F-7, f. 35 del 8/8/1839.

⁴¹ *Ibidem*, f. 43 del 14/2/1840.

⁴² *Ibidem* y GARRO, J. M., *op. cit.*, p. 333.

de la cátedra⁴³. La respuesta llegó pocos días después de la siguiente forma: “Artículo 1º- queda suprimida la cátedra de Derecho Público que se planificó por decreto de 19 de febrero de 1834, quedando derogado en todas sus partes. Artículo 2º- Se estará a lo dispuesto por el reglamento de Visita como anteriormente se ha observado y bajo cuya disciplina se han conseguido constantemente frutos y ventajas muy sólidas en la ilustración de la juventud. Artículo 3º- Comuníquese al rector e I. C. y demás a quien corresponda e insértese en el Registro Oficial”. El decreto estaba firmado por el gobernador delegado Claudio Antonio Arredondo, a nombre del titular Manuel López (a) “Quebracho”, que se encontraba en campaña militar⁴⁴. El acta de sesión nos informa que “el Claustro después de prestar el más grato obediencia al Supremo Decreto”, dispuso reglamentarlo de tal forma que los estudiantes que ya habían cursado el 3º año, concluyan de acuerdo a su estatuto, es decir que puedan rendirla. En cambio los que “sólo han estudiado el 1º año, queden sujetos a lo dispuesto por el reglamento y plan de Visita”, refiriéndose a la de 1823, o sea el plan viejo. Por lo tanto, estos últimos no podían concluir la materia y tampoco rendirla, perdiendo de este modo el año cursado⁴⁵.

Así finalizó podríamos decir sin pena ni gloria, el dictado de esta cátedra que fue una experiencia educativa importante para su época, como formadora de futuros profesionales destinados a construir constitucionalmente el país. Sobre el particular, Garro afirma que la cátedra “según parece fue de poco provecho para la enseñanza universitaria, lo cual debe atribuirse en gran parte a la circunstancia de no tener dotación, prescindiendo de otras causas secundarias, tales como la falta de textos adecuados y la novedad de la materia”⁴⁶. Nosotros creemos que entre las “causas secundarias”, tuvo una importancia fundamental precisamente, el contexto político-institucional que por entonces tenía el país. Una nación —en la forma más laxa del término— conformada por un conjunto de gobernadores omnímodos, que permitían el funcionamiento de legislaturas en tanto y en cuanto, no limitaran el enorme poder que tenían, más allá de algunos aspectos formales que ellos toleraban. Si los legisladores intentaban aplicar en serio la división de poderes republicana, siempre quedaba a mano del gobernador de turno, el recurso de disolver los cuerpos colegiados y “elegir” otra legislatura más dócil a sus designios. En esa configuración política, de cuño profundamente autoritaria, que caracterizó la formación institucional del país antes de su organización constitucional, cabe preguntarse: ¿de

⁴³ *Ibidem*, f. 44.

⁴⁴ *Ibidem*, f. 45 del 8/3/1841.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ GARRO, J. M., *op. cit.*, p. 333.

qué o para qué servirían conceptos políticos de un autor como Benjamín Constant?; únicamente para un ejercicio de índole intelectual. Solamente en un medio donde se ejerciera la libertad política, podían llegar a ser útiles y constructivas las ideas de Constant, tales como: “Una constitución es la garantía de la libertad de un pueblo, por consiguiente, todo lo relativo a la libertad es constitucional, y también por consiguiente nada que no se refiera a ello puede ser constitucional”⁴⁷. Cómo compatibilizar la realidad política del rosismo, imperante entonces en Argentina, con el pensamiento de un autor que afirma que “el mayor triunfo de la tiranía es lograr que los esclavos se crean y proclamen que son libres”⁴⁸. O cuando sostiene que “los ciudadanos poseen derechos individuales independientes de toda autoridad social o política, y toda autoridad que viola estos derechos se hace ilegítima”⁴⁹, dentro de un contexto político donde el dictador, conculca permanentemente esos mismos derechos.

Es oportuno señalar aquí que el eje del pensamiento liberal de Constant, es la preocupación permanente por el excesivo contralor del poder público —esto es el Estado— sobre las garantías individuales del ciudadano. De tal modo que su inquietud primordial no es la participación de todos en la construcción de la voluntad estatal —ya que era partidario del sufragio restringido por la capacidad económica— sino establecer límites precisos a la actividad del Estado en la sociedad. La libertad que defiende Constant es esencialmente, la libertad de la “sociedad civil” frente al Estado. Su pensamiento se puede sintetizar en esta frase suya: “He defendido 40 años el mismo principio, libertad en todo, en religión, en filosofía, en literatura, en industria, en política, y por libertad entiendo el triunfo de la individualidad, tanto sobre la autoridad que quiere gobernar por el despotismo, como sobre las masas que reclaman el derecho de esclavizar la minoría a la mayoría. El despotismo no tiene ningún derecho”⁵⁰.

Por cierto que había que esperar otros tiempos para que cátedras como la de Derecho Público, y autores como el citado, tuvieran una razón práctica y valedera para existir. Sobre esta materia, Alberdi consideraba que no era importante para la formación del estudiante de Leyes argentino, porque él sostenía que ya Estados Unidos había creado “la organización más perfecta que se conozca de la democracia sin tener escuelas ni autores célebres de derecho. Por otra parte, estudiar derecho político

⁴⁷ CONSTANT, B., *op. cit.*, p. XXXIII.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*, cap. I, p. 9.

⁵⁰ Citado en BELGRANO, MARIO, “Benjamín Constant y el constitucionalismo argentino”, en *Boletín del Instituto de Historia Argentina Dr. Emilio Ravignani*, T. VI (Segunda Serie), Buenos Aires, 1961, N° 10, p. 11.

—era por entonces en Argentina— como comprar armas de fuego cuando es prohibido usarlas”⁵¹.

La crisis económica que ya venía arrastrando de años anteriores la universidad, continuó durante el año académico de 1835. Un síntoma de ella fue la propuesta del rector —José Gregorio Baigorri— para prescindir del cargo de bibliotecario, considerándolo “inútil (...) porque un estudiante podía desempeñar el cuidado de la biblioteca, y que esas rentas quedasen en favor de los fondos de la universidad para pagar los catedráticos”⁵². Luego de “varias reflexiones” el Claustro acordó “la remoción del bibliotecario” y dejó a elección del rector el estudiante que cumpliría esa función. En la sesión siguiente, la del 21 de mayo, dos meses después los claustales volvieron a tratar el tema de la biblioteca universitaria. En esa oportunidad el rector solicitó al comisionado para recibir los libros —que era el Dr. Derqui— un informe “sobre las obras que faltaban y las que había entregado el bibliotecario” cesante⁵³. Derqui le contestó que no tenía información al respecto, pues el último que cubrió esa tarea, el Dr. Enrique Rodríguez, y también su antecesor el Dr. Juan del Campillo, no habían recibido la biblioteca con inventario por lo tanto no podían ubicarse los textos que eventualmente faltaren.

La inestabilidad política que siguió en Córdoba al asesinato de Juan Facundo Quiroga —a instancias del clan Reynafé— llegó al punto de que la provincia era en la práctica un protectorado de los gobernadores de Buenos Aires y Santa Fe, que a toda costa querían ejercer “justicia” o más bien venganza por la muerte del caudillo riojano. Lo cierto es que esta situación tuvo su correlato en la actividad universitaria, y motivó al profesor Eduardo García a tratar el tema en una sesión del Claustro. Allí expuso que consideraba “muy difícil el desempeño de los actos públicos [de fin de año en la universidad] por hallarse la ciudad y provincia toda convulsionada, que la inquietud de los ánimos no proporcionaba la debida preparación para ellos”. Los claustales consideraron la propuesta y acordaron que se suspendiesen las funciones académicas “por el presente año”; a lo que se agregó que García solicitase la aprobación del gobierno provincial, la que fue otorgada por el gobernador provisorio Pedro Nolasco Rodríguez⁵⁴.

⁵¹ ALBERDI, JUAN BAUTISTA, “Carta sobre los estudios convenientes para formar un abogado con arreglo a las necesidades de la sociedad actual en Sudamérica, escrita a un estudiante de derecho argentino”, Valparaíso, Chile, 1850, en *Obras Completas*, Tomo 3, Buenos Aires, 1886, p. 345; PESTALARDO, AGUSTÍN, *Historia de la Enseñanza de las Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Buenos Aires*, tesis doctoral en Derecho, 1913, edición de 1914, p. 75.

⁵² A.U.N.C., *Actas de Sesiones*, Libro F-6, f. 100 del 26/3/1835.

⁵³ *Ibidem*, f. 101, del 21/5/1835.

⁵⁴ *Ibidem*, f. 104, del 13/10/1835.

Una vez más los acontecimientos políticos a los cuales la universidad no podía sustraerse, incidieron negativamente en el desarrollo de sus actividades educativas.



CINCO JURISTAS DESTACADOS EN LA RENOVACIÓN DEL PLAN DE ESTUDIOS DE 1907 EN LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA†

Ramón Pedro Yanzi Ferreira*

Resumen: El artículo analiza la enseñanza del Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba en la primera mitad del siglo XX.

La investigación comprende el pensamiento jurídico nacional de los primeros catedráticos de las asignaturas, incorporadas en el Plan de Estudios de 1907: Historia del Derecho, Derecho del Trabajo, Sociología, Derecho Público Provincial y Municipal e Historia de las Instituciones Representativas.

Palabras claves: Enseñanza - Facultad de Derecho - Universidad- Historia del Derecho - Sociología - Derecho del Trabajo - Derecho Público Provincial y Municipal - Historia de las Instituciones Representativas.

I. Introducción

Desde hace algunos años nos encontramos investigando la historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, a través de la historia misma de sus cátedras de enseñanza del Derecho. Como siempre hemos sostenido, desde el inicio de la primera cátedra de Instituta, que en las horas vespertinas del 22 de agosto de 1791, significó el nacimiento de los estudios jurídicos en la *Universitas Cordubensis Tucumanae*, las cátedras constituyeron los núcleos fundacionales, el ámbito preciso, la geografía natural donde creció y se fortificó la ciencia del derecho.

Desde las cátedras, profesores y alumnos transitaron juntos caminos de reflexión y estudio sobre los problemas del derecho, dieron forma a nuevos interrogantes y problematizaron otros, que intentaban resolver, a partir de la luminosa y enriquecedora confrontación de vertientes distintas.

† Recibido el 19/08/2013, Aprobado el 01/10/2013.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular de la Cátedra "C" de Historia del Derecho Argentino. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Director del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas *Roberto I. Peña*, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Presidente de la Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho. Secretario del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano.

Desde las cátedras se dio vida a una nutrida, variada, multifacética producción intelectual y allí mismo nacieron institutos y centros de investigación que organizaron y concretaron simposios, seminarios, congresos, jornadas, mesas redondas, paneles, etcétera, donde se expusieron nuevas líneas de investigación y análisis.

Por ello la historia de nuestra Facultad de Derecho se alimenta a través de la historia de sus cátedras, una compleja armonía, que la invaluable libertad de expresión permitió crecer, para fundar la estructura intelectual de la Facultad.

Ello demuestra como la creación misma del derecho no se reduce al ámbito legislativo o jurisprudencial, sino que se alimenta por diversas vías de *operadores jurídicos* entre los cuales las cátedras universitarias aquilatan una decisiva importancia al constituir los laboratorios naturales y propios donde el derecho es examinado con meticulosidad y con pasión para fundar nuevas doctrinas que recorren en ocasiones, no sin tensión, desde el más claro acatamiento al texto de la ley hasta los enfoques más turbadores de la misma entrecruzando aspectos filosóficos, económicos, políticos, sociológicos e históricos cuyo objetivo, a veces enmascarado, consiste en preservar al derecho del rigor de la dogmática evitando que se desparte de la sociedad. Toda una estrategia científica que se resume en una singular base operativa: *las cátedras universitarias de enseñanza del derecho*.

La investigación se realizó compulsando los fondos documentales existentes en los Archivos de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, y también es fruto de búsquedas y entrevistas personales a descendientes de aquellos primeros catedráticos, quienes en muchos casos nos permitieron acceder a sus papeles y archivos particulares para reconstruir aspectos ignorados o poco conocidos de los mismos, prensa y bibliografía de la época.

II. El plan de estudios de 1907 de la Carrera de Abogacía, aprobado bajo el decanato del doctor Justino César, incorporó las nuevas cátedras creadas por el Congreso Nacional: Historia del Derecho Argentino, Sociología, Legislación Industrial y Agrícola, Derecho Público Provincial y Municipal e Historia de las Instituciones Representativas

a) La enseñanza de la Historia del Derecho¹

El 23 de marzo de 1907, el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho resolvió incorporar al plan de estudios las nuevas cátedras creadas

¹ Véase RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA en “La enseñanza de la Historia del Derecho en Córdoba 1894-1895”. En *Cuadernos de Historia* N° 3. Instituto de Historia y de las Ideas

por el Congreso Nacional: Sociología e Historia del Derecho, Legislación Industrial y Agrícola, Derecho Público Provincial y Municipal, Estadística y Geografía Económica e Historia de las Instituciones Representativas.

La reorganización del plan de estudios determinó que Historia del Derecho se estudiase en primer año, conjuntamente con Introducción al Estudio del Derecho, Derecho Público General y Filosofía General, en tanto en segundo año se estudiaba Historia de las Instituciones Representativas; en el tercer año, Legislación Industrial y Agrícola; en el cuarto, Historia General del Derecho y Sociología y en quinto año, Derecho Público Provincial y Municipal.

Como se observará, era notable en el plan de 1907, la preocupación por la enseñanza y el estudio de la disciplina.

Tres materias, ubicadas respectivamente en primero, segundo y cuarto año desarrollaban programas con contenido histórico-jurídico. El plan fue aprobado y puesto en vigencia el 4 de abril de 1907² durante el decanato del doctor Justino César.

En 1909, cuando la titularidad de la Cátedra era ejercida por el doctor Tomás Miguel Argañaraz, volvió a elaborarse un nuevo Plan de estudios que resultó aprobado el 19 de abril de ese año.

En este Plan, Historia del Derecho se encontraba en primer año junto con Filosofía General, Derecho Público General, Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Romano, en tanto en segundo año se estudiaba Historia de las Instituciones Representativas.

El 18 de Mayo de 1909, un proyecto presentado por los doctores Nicolás Berrotarán, Julio Rodríguez de la Torre y Juan Carlos Pitt, que distribuía el plan de estudios de la Facultad de Derecho en 7 años, incluía la enseñanza de Historia del Derecho en el último año, pero con la novedad de subdividirla en dos asignaturas: Evolución del Derecho Privado y Evolución del Derecho Público.

Políticas Roberto I. Peña, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Ed. Advocatus, Córdoba, 1993, pps. 125-140; MARCELA ASPELL y RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA en *Los estudios de Historia del Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba*. Ed. El Copista, Córdoba, 1994; RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA en "La enseñanza de la Historia del Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba", *Perspectivas y Desafíos de la Historia del Derecho Argentino*, Ponencia presentada al Primer Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho, 8 y 9 de noviembre de 2007, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Editorial Advocatus, 2010, pp. 224 - 242.

² Veinte días después, en la sesión del Honorable Consejo Superior, se resolvió convocar a la Asamblea Universitaria para la designación de un nuevo Rector ante la renuncia efectuada por el doctor José A. Ortiz y Herrera, por haber sido electo Gobernador de la Provincia de Córdoba, resultando electo el doctor Julio Deheza.

En este séptimo año se enseñaban también Filosofía y Sociología del Derecho, Estadística e Instituciones Económicas, Psicología Experimental y Latín.

El proyecto importaba la novedad de acordar el título de “Licenciado en Derecho y Abogado” a los alumnos que aprobaran —de conformidad con los reglamentos vigentes—, las materias de 1° a 6° año y superaran asimismo, un examen general de la carrera en tanto, el cursado y posterior aprobación de por lo menos cinco de las seis materias del último año habilitaba para obtener, después de la presentación de la tesis de rigor, el diploma de “Doctor en Derecho y Ciencias Sociales”.

El título de “*Doctor*” se convertía en requisito indispensable para ser académico, titular o suplente, profesor Titular o suplente o Padrino de Tesis.

En 1918, en pleno estallido de la reforma universitaria, el Ministerio de Justicia e Instrucción Pública de la Nación enviaba a la Universidad Nacional de Córdoba un nuevo Plan de Estudios.

Decía el Ministro:

“La reforma de los planes de estudio vigentes en las distintas Facultades se impone como una necesidad impostergable a fin de colocarles a la altura de las exigencias científicas de la época y en concordancia con los progresos culturales de la enseñanza moderna”.

La enseñanza de nuestra disciplina se impartía conforme con este Plan, en sexto año, conjuntamente con Derecho Civil comparado, Derecho Internacional Privado, Práctica Procesal, Ética Profesional y Cultura Forense y Sociología. El catedrático a cargo de la materia era entonces y desde 1914 Hipólito Montagné.

La materia Historia de las Instituciones Representativas quedó en 1918 suprimida. En 1919, la integración del único Tribunal examinador conjunto de las materias Derecho Constitucional, Derecho Público Provincial y Municipal e Historia del Derecho Argentino, reunió a los profesores Guillermo Rothe, Hipólito Montagné y Luis Eduardo Molina en sus respectivos caracteres de Presidente el primero y Vocales el segundo y el tercero de la mesa de examen.

En 1923 obtiene la Cátedra Roberto Ahumada. La terna propuesta por la Facultad de Derecho al Rectorado el 31 de agosto de 1923 incluía su nombre en primer término. Lo acompañaba Hipólito Montagné y Miguel A. Aliaga.

Diez años más tarde fue nuevamente modificado el Plan de estudios de la Facultad de Derecho, que no llegó empero, a alterar sustancialmente el contenido del Plan de 1918; Historia del Derecho Argentino

continúo impartíéndose en sexto año conjuntamente con las materias que integraban el último curso del Plan anterior.

Por entonces y a partir de 1927 ocupó la titularidad de la cátedra Donato Latella Frías. Pero el doctor Latella Frías fue encarcelado el 24 de diciembre de 1930 acusado de conspiración y sedición. Juzgado por autoridad militar y luego civil fue sobreseído después de 6 meses de prisión.

Esta circunstancia motivó su destitución de la titularidad de la cátedra, medida contra la cual recurrió, obtenido ya el sobreseimiento. Finalmente el doctor Latella Frías fue reincorporado al ejercicio de la docencia.

Las sucesivas licencias que gestionó y obtuvo en 1936 y 1937 determinaron su reemplazo por los doctores Hipólito Montagné y Ricardo Smith respectivamente.

En 1946, Donato Latella Frías volvió a alejarse de la Facultad de Derecho, retornando diez años más tarde.

El 3 de septiembre de 1942, la comisión de enseñanza del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho, presentaba un proyecto de ordenanza de un plan de estudios que no ofrecía innovación alguna en la estructuración del sexto año de la carrera de Derecho. En la extensa nota de presentación, sostenían los autores, la imperiosa necesidad de apuntalar la formación de los hombres de derecho con conocimientos históricos.

“Esta materia, en efecto, responde a la exigencia de la ciencia jurídica de contar con las luces de la tradición para el esclarecimiento de sus problemas en orden a la mejor interpretación, aplicación y reforma.”

En 1944 fue aprobado un nuevo Plan de estudios, que, en lo atinente a nuestra disciplina no ofreció variante alguna.

Dos años después, la ordenanza N° 120/46 volvía nuevamente a modificar el plan de estudios. En él, Historia del Derecho Argentino continuaba enseñándose en sexto año sin alterarse su programa.

En esa época se desempeñaba como Profesor Titular por concurso de títulos, méritos y antecedentes el doctor Ricardo Smith, cuya designación por el Poder Ejecutivo Nacional databa del 13 de mayo de 1947.

Previamente, entre los años 1937, 1938, 1939, 1942, 1944 y 1945 fue designado profesor encargado parcialmente de los cursos teórico-prácticos dictados sobre Historia del Derecho Argentino.

En 1949, se aprovechó un nuevo Plan esta vez regulado por la ordenanza n° 145/49 que tampoco modificaba la estructura y ubicación de Historia del Derecho Argentino. Pero en 1953, cuando la materia registraba ya 46 años de cursos de dictado anual en la Facultad de Derecho, es suprimida en el Plan de estudios y reemplazada por la asignatura Historia Constitucional cuya enseñanza se ubicó en segundo año, siendo designado encargado el doctor Horacio Segheso.

Este Plan regulado por la ordenanza 207/53 del Honorable Consejo Directivo se mantuvo entre los años 1953 a 1956.

En este último año mientras la Universidad Nacional de Córdoba se encontraba intervenida se vuelve a introducir en virtud de la ordenanza, 104/56 de ese Cuerpo, Historia del Derecho Argentino en la programación del sexto año de la carrera de Derecho.

Con precisos matices que denunciaban preocupación por la historia, el nuevo plan incluía en primer año la materia Historia Diplomática Argentina y en sexto año Historia de la Cultura.

En 1962, 1963 y 1969 ejerció la titularidad de la Cátedra de Historia del Derecho Argentino el doctor Roberto Ignacio Peña.

En 1968 fue parcialmente modificado el Plan 104/56, en la distribución de las materias de cuarto, quinto y sexto año. Historia del Derecho Argentino continuó dictándose en sexto año, al cual se le adicionó el estudio de Derecho de la Navegación.

Este Plan continuó, sin modificación alguna, aun cuando en 1974 se creó e implementó el sistema de cursos teórico-prácticos y se modificó el sistema general de correlatividades.

Un año después, en 1975, la ordenanza n° 1/75 volvió a modificar —esta vez sustancialmente— el Plan de la Carrera. Historia del Derecho Argentino continuaba en 6° año, acompañada por Sociología e Historia de la Cultura, Derecho Internacional Privado, Derecho Agrario y Mínero, Derecho del Trabajo y de la Singularidad Social, Derecho Administrativo, Filosofía del Derecho, Registros e Instrumentos Públicos.

Diez años más tarde, una comisión especial, designada por la Ordenanza n° 113/85 con el propósito de estudiar y efectuar una propuesta sobre planes de estudio y régimen de correlatividades, elaboró un nuevo plan que el Consejo Directivo aprobó el 11 de marzo de 1985. Historia del Derecho Argentino quedó ubicada entonces en 4° año, sin régimen especial de correlatividades.

El 2 de agosto de 1976 por resolución rectoral 1902, se aprobó el desdoblamiento de la Cátedra de Historia del Derecho Argentino, ejerciendo la titularidad por concursos de la cátedra “A” el doctor Roberto Ignacio Peña y de la Cátedra “B” el doctor Alfredo Velázquez Martínez.

En 1982, vuelve a unificarse la Cátedra bajo la dirección, esta vez, del profesor emérito doctor Roberto Ignacio Peña.

Finalmente, el Honorable Consejo Directivo por resolución n° 207/99, del 2 de agosto de ese año, resolvió aprobar el Proyecto del nuevo Plan de estudios de la carrera de abogacía en cumplimiento de la resolución n° 264/98 de ese Cuerpo, en el marco del Proyecto F.O.M.E.C 1998-2000, man-

teniendo la asignatura Historia del Derecho Argentino, pero ubicándola en el noveno semestre, correspondiente al 5° año de la carrera³.

En la actualidad, las cátedras de Historia del Derecho Argentino, "A", "B" y "C", se encuentran a cargo de los doctores Miguel Ángel Ortiz Pellegrini, Marcela Aspell y Ramón Pedro Yanzi Ferreira, respectivamente.

b) La enseñanza del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social⁴

Como ya dijimos, el 23 de marzo de 1907, el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho, resolvió entonces, incorporar la enseñanza de los contenidos de derecho laboral en tercer año, cuyo estudio había sido impuesto por Ley del Congreso de la Nación. La disciplina se estudiaría entonces bajo el nombre de *Legislación Industrial y Agrícola*. Más tarde, en 1918, se modificaría su primera denominación convirtiéndose en *Legislación Industrial y Obrera*, transformándose, a su vez en 1946 en *Derecho del Trabajo y de la Previsión Social*. La enseñanza de la asignatura se mantendría a lo largo de los cambios curriculares operados entre tercero y quinto año. Entre los catedráticos dedicados al cultivo del Derecho del Trabajo cabe mencionar los nombres de los doctores Juan Biale Massé, Juan Gualberto García, Telasco Castellanos, Dardo Rietti, Narciso Rey Nore, Félix Martín, Luis Despontín, Ignacio Garzón Ferreyra, Rene Mirolo, Raúl Altamira Gigena, Héctor Blas Demichelis y Estela Piña.

La sucesión de los catedráticos que tuvieron a su cargo la enseñanza de la nueva disciplina, cuyo inicial núcleo temático se impartió históricamente incluyendo los contenidos de Economía Política, se organizó desde 1907 del modo siguiente.

El primero de ellos, el catalán Juan Biale Massé fue investido en tal carácter por designación del Ministro de Instrucción Pública de la Nación. Le sucedió Juan Gualberto García quien ocupó la titularidad de la Cátedra hasta su reemplazo por el Doctor Telasco Castellanos en 1919. Es en este momento, cuando la primera denominación de la disciplina *Legislación*

³ Como contenido mínimo de la asignatura Historia del Derecho Argentino, se estableció el siguiente: Contenido. Metodología. Concepto. Contenido. Fuentes y sistematización del Derecho: Ius Propium. Ius Commune. Common Law. Derecho Castellano Indiano y Nacional. Codificación. Su evolución histórica. Historia y evolución de las Ideas Jurídicas. El estado español, indiano y nacional. Organización jurídica, política, social y económica. Su evolución histórica.

⁴ El tema ha sido estudiado por MARCELA ASPPELL y RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA en "La enseñanza del Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Córdoba". *Cuadernos de Historia* N° 13. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ed. Advocatus, Córdoba. 2003, pps. 61-91.

Industrial y Agrícola es reemplazada por *Legislación Industrial y Obrera*. En 1933 accede por concurso a la titularidad de la Cátedra, el profesor que transformaría la gestión docente en un verdadero laboratorio de ideas y proyectos, el doctor Dardo Rietti, cuya proyección en la construcción del nuevo derecho laboral se pondría rápidamente en evidencia demostrando como la creación del derecho no depende solamente de los legisladores sino que se nutre de la rica veta de calificados *operadores jurídicos* categoría donde, naturalmente, no están ausentes los profesores universitarios, juristas y publicistas.

Un noble gesto del doctor Dardo A. Rietti inicia la adopción de espacios propios en la Facultad para el desarrollo de la especialidad.

Así fue como, el 7 de mayo de 1928, “*con el deseo de dar a la enseñanza de la especialidad la mayor eficacia posible*” donó a la Facultad de Derecho su museo particular, integrado por variados aparatos, relieves, cuerpos plásticos y otros dispositivos de interés y un fichero bibliográfico que reunía más de diez mil fichas que referenciaban textos atinentes al cultivo disciplinar, solicitando la provisión de un aula para la realización de los trabajos prácticos a los que permitía llevar a cabo el material donado. Pedía también que dicha aula registrara el nombre de Juan Biale Massé.

El 11 de mayo de 1929, bajo el rectorado del doctor Luis J. Posse, se inauguró el *Instituto de Derecho del Trabajo* que funcionaría como un anexo de la misma Cátedra. El 7 de junio de 1944 se proveyó su reglamentación, que consagraba como objeto principal “*la investigación de los problemas jurídicos y sociales que se vinculen con el trabajo como actividad socialmente útil*” a cuyo fin se indicaban como propios, trabajos de investigación sobre temas jurídicos y sociales en la materia, estudios de legislación, doctrina y jurisprudencia, recopilación de información atinente a la materia, asistencia y organización de eventos, publicación de sus resultados, etc.

Reunían la calidad de *miembros* de dicho Instituto los profesores adjuntos y adscriptos a la disciplina como también los profesores de la misma calidad, en disciplinas afines, que fueran designados por el Consejo Directivo, a propuesta del Decano.

En 1946 se impuso el nombre del *Profesor Dardo Rietti* a la Biblioteca del Instituto, en justo homenaje a su generosa donación.

Excede con holgura los límites de este trabajo el registro de las variadísimas y múltiples actividades que organizó y llevó a cabo el Instituto. Baste sólo señalar los numerosos cursos de carácter académico, profesional, prácticos o interdisciplinarios con docentes de variadas áreas, entre las que se destacan los aportes provenientes de la cátedra de *Medicina del Trabajo* de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Córdoba,

la organización de conferencias, simposios, jornadas, etc. algunas de ellas con personalidades extranjeras de gran mérito en el campo disciplinar.

La labor de los Institutos de Derecho del Trabajo, que comienzan a multiplicarse en las universidades argentinas, logró ser coordinada, cuando en 1956, y con un carácter general para todo el país se creó el *Instituto Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* con el decidido aporte de los Institutos universitarios de Derecho del Trabajo y cuya presidencia rotaba anualmente entre los directores de estos mismos centros académicos.

Comenzaron de este modo a celebrarse, en diferentes ciudades del país, importantes reuniones científicas sobre el núcleo disciplinar⁵.

En 1957, fue elegido en calidad de primer Presidente el doctor Mariano Tissembaun de Santa Fe, en 1958 lo reemplazó Luis A. Despontin de la Universidad Nacional de Córdoba, en tanto en 1959 fue elegido Manuel Pinto, profesor de las Universidades de La Plata y de Buenos Aires.

Cuando el doctor Dardo A. Rietti se retiró de la cátedra universitaria, fue reemplazado por el doctor Narciso Rey Nores, designado el 27 de junio de 1947. En este mismo año, la materia pasa a llamarse *Derecho del Trabajo y de la Previsión Social*. El Doctor Rey Nores ejerció la titularidad con algunas ausencias, hasta su reemplazo en 1956 por el Doctor Félix Martín.

En estos años se produjo la división de cátedra, en cátedras "A" y "B" confiadas respectivamente, al doctor Rey Nores y al profesor adjunto, interinamente encargado de la misma, José Isidro Somaré, dilecto alumno del doctor Rietti en el Seminario de Profundización sobre accidentes de trabajo dictado por el segundo de los nombrados a lo largo del año 1943.

Tras un breve reemplazo del doctor Rey Nores por el doctor Félix Martín, el concurso de oposiciones celebrado en la Facultad de Derecho en 1962 confiere la titularidad de las dos cátedras de Derecho del Trabajo y de la Previsión Social a los doctores Luis Despontin y Narciso Rey Nores respectivamente.

La enorme labor llevada a cabo por el primero, de la que damos cumplida cuenta en el capítulo respectivo, traducida en la redacción de importantes obras de doctrina y en la participación, con relevantes trabajos de investigación científica, en significativos foros de la especialidad, proyectó nacional e internacionalmente la llamada *Escuela de Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional de Córdoba*.

⁵ Entre ellas, sobresale la quinta reunión plenaria, celebrada en Mendoza entre los días 23 a 25 de octubre de 1960 llevada a cabo en el aula magna de la Facultad de Ciencias Económicas, presidida por el catedrático de las Universidades de Buenos Aires y Mendoza, doctor Manuel Pinto Presidente a su vez, en turno del Instituto y que contó con la participación de los doctores Mariano Tissembaum, Daniel Álvarez, Luis A. Despontin, Rodolfo Nápoli, Juan Carlos Goyena, José María Rivas, Mario Deveali y Manuel Ossorio Florit.

En 1975 se vuelve a modificar en nuestra Facultad su nombre, quedando entonces designada la asignatura como *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*.

Tras el interinato del doctor Ignacio Garzón Ferreyra, designado luego Profesor Consulto, ambas cátedras son llamadas a concurso en 1985 accediendo a la titularidad de las mismas, el 17 de diciembre de dicho año, los doctores René Ricardo Mirolo y Raúl Altamira Gigena y posteriormente Héctor Blas Demichelis, en reemplazo del Doctor Mirolo, designado al jubilarse de su gestión docente, Profesor Consulto de la Universidad Nacional de Córdoba.

En el desarrollo de la labor académica cumplida por las cátedras revistió decisiva importancia los trabajos llevados a cabo en el Instituto de Derecho del Trabajo *Juan Biale Massé* que reunió como dijimos, la biblioteca particular del doctor Dardo A. Rietti y se transformó, rápidamente, en el ámbito propio donde se desarrollaron importantes trabajos de investigación científica, exponiendo sus resultados en ciclos de conferencias, reuniones, simposios, congresos y jornadas que sin pausa se desarrollaron a lo largo de todo el siglo.

El Honorable Consejo Directivo aprobó el proyecto del nuevo Plan de estudios de la carrera de abogacía, mediante resolución n° 207/99, ubicando la asignatura Derecho del Trabajo y la Seguridad en el sexto semestre del 3° año de la carrera⁶.

c) La enseñanza de Sociología⁷

El Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho, resolvió incorporar en el nuevo Plan de estudios de marzo de 1907, la asignatura Sociología⁸.

⁶ El nuevo Plan de estudios estableció el contenido mínimo de la asignatura del Trabajo y la Seguridad Social: El trabajo humano; concepto y clasificación. Proyección jurídica de la actividad humana. El Derecho del Trabajo: ámbito personal y aplicación - derechos y deberes de las partes. La Seguridad social - contenido - principios - contingencias sociales. El Derecho Sindical: concepto - contenido - clasificación - la organización sindical - la negociación colectiva - la solución de los conflictos colectivos del trabajo.

El Derecho procesal en el Trabajo y en la Seguridad Social, en lo Administrativo y en lo Judicial. El Derecho Internacional Público y Privado del Trabajo y de la Seguridad Social.

⁷ Un estudio sobre la enseñanza de la Sociología. Véase EVA HILDA CHAMORRO GRECA DE PRADO: "Un siglo de Sociología en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba", *Cuadernos de Historia* N° 17. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ed. Advocatus, 2008, pp. 49-111.

⁸ En 1899, en la Facultad de Filosofía de Buenos Aires, se incorpora la primera cátedra de Sociología que se registró en el país. A cargo de la titularidad de la misma se encontraba el doctor Antonio Dellepiane.

El doctor Isidoro Ruiz Moreno se convirtió en el primer catedrático, que en las aulas de la Facultad de Derecho impartió la enseñanza de Sociología.

Ha sostenido Chamorro Greca del Prado: *“que a la Sociología, se la considera como una parcela de conocimientos acerca de la realidad social y que tenía como base importante a la Filosofía y a la Historia”*.

Al respecto, Alfredo Poviña, afirmaba: *“La sociología está ubicada por una doble vertiente una de carácter teórico doctrinario y otra de valor práctico, aplicado. Reunidos forman un papel de realidad, perteneciente al mundo del Ser y no al ámbito valorativo del deber Ser. Sociología es una ciencia y no una filosofía que no estudia al hombre sino a la sociedad”*.

Entre los catedráticos que tuvieron a cargo la enseñanza de la disciplina, podemos mencionar, a lo largo del extenso periodo que registra sustanciales cambios curriculares, a los doctores Isidoro Ruiz Moreno, Enrique Martínez Paz, Raúl A. Orgaz, Alfredo Poviña, Juan Carlos Agulla, Hilda Eva Chamorro Greca de Prado, Francisco Delich, Carlos Lista, María Inés Bergoglio y Marta Díaz de Landa.

En el nuevo Plan de estudios, que entró en vigencia en el año 2000, se modificó el nombre de la disciplina, denominándose *Sociología Jurídica*, ubicándola en el séptimo semestre, correspondiente al 4° año de la carrera de abogacía⁹. Asimismo se dispuso que el segundo ciclo comprendiera desde el séptimo al doceavo semestre. Y que entre el séptimo y el noveno semestre se encuentren en una secuencia conjunta las asignaturas de contenidos extra legales y por ello, se estableció el acercamiento entre estas disciplinas para que interactúen con referencia a un mismo campo de estudio (el análisis de conceptos, teorías y conductas referidas al Derecho); tal es el caso de las asignaturas Historia del Derecho Argentino, Sociología Jurídica, Economía, Filosofía del Derecho, Teoría del Conflicto y la Decisión y Métodos de Resolución de Conflictos.

Hoy, la Cátedra de Sociología Jurídica se encuentra incorporada, desde el 13 de marzo de 1985, por Ordenanzas dictadas por el Honorable Consejo Directivo n° 2/85 y 1/88, y hasta la fecha en el Departamento de Estudios Básicos.

Entre tanto en la Facultad de Derecho de Buenos Aires recién a partir del año 1905 se imparte, la enseñanza de Sociología. Su primer catedrático fue el doctor Ernesto Quesada.

⁹ Se estableció como contenido mínimo de la materia Sociología Jurídica, el siguiente: La perspectiva sociológica sobre el fenómeno jurídico. Principales enfoques de lo jurídico. Derecho y orden social. Derecho y cambio social. Las funciones del derecho. Control y desviación sociales. Derecho y desigualdad social. Derecho, poder y autoridad. Derecho, legitimada e ideología. Cultura jurídica. Las profesiones jurídicas. Administración de justicia.

d) La enseñanza del Derecho Público Provincial y Municipal¹⁰

El primer profesor de la cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal fue el doctor Arturo M. Bas, pero la crisis universitaria de 1918 lo alejaría de la cátedra para luego ser reemplazado por el doctor Luis Eduardo Molina.

Más tarde estuvieron a cargo de la titularidad de la cátedra los doctores Carlos Tagle, Carlos Rito Melo, Luis Savid Carballo, Rodolfo Berardo, Aldo J. Cima, Pedro José Frías, Alberto Zarza Mensaque, Antonio María Hernández y Guillermo Barrera Buteler. Pese a las nuevas coloraturas que le impusieron las sucesivas titularidades, la enseñanza de la disciplina transitó por carriles parecidos.

El primer programa de la materia fue elaborado por su Profesor Titular, el doctor Arturo M. Bas y contenía tanto segmentos de Derecho Público Provincial (9 unidades) como de Derecho Municipal (6 unidades). El primero comprendía el estudio del gobierno federal, las fuentes del derecho público provincial, el régimen de las autonomías provinciales, el sistema de intervenciones federales, las autoridades provinciales, el dominio provincial, el sistema de impuestos, las relaciones interprovinciales, facultades concurrentes de los Gobiernos de las Provincias y la Nación. El segundo abarcaba el estudio de la comuna, el régimen de las autonomías municipales, los cabildos españoles, los gobiernos municipales y su relación con la Constitución Nacional.

Al año siguiente el programa sufre la primera modificación, al sumárseles cinco unidades más, que incorporaban un estudio más exhaustivo de las autoridades provinciales y de los sistemas de dominio público y privado. Este diseño se mantuvo sin variantes hasta 1919, sostenido por una bibliografía básica que abrevaba en el conocido *Tratado de Derecho Público Provincial* de su Profesor Titular.

En 1919 se modificó el programa de la materia, a cargo del Profesor Luis Eduardo Molina, y se redistribuyeron los contenidos de estudio. En 1921, el doctor Molina modificó nuevamente el programa llevándolo a 32 unidades e incorporando el régimen de sufragio, los sistemas electorales provinciales, jurisdicción y dominio provincial y el derecho administrativo de las provincias ante la legislación de fondo. La bibliografía utilizada mantenía el texto de Arturo M. Bas, sumado al *Derecho Público Provincial* de Juan Bautista Alberdi y a los clásicos textos de Joaquín V. González, Juan A.

¹⁰ El tema ha sido estudiado por RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA en "La enseñanza del Derecho Público en la Universidad de Córdoba. 1834-1999". *Cuadernos de Historia* N° 12. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Ed. Advocatus, Córdoba, 2002, pps. 84-91.

González Calderón, Juan P. Ramos Mejía, Clodomiro Zavalía, J. M. Estrada, Rafael Bielsa, Adolfo Posada, J. M. Sáenz Valiente, entre otros.

Los diseños curriculares y los elencos bibliográficos se mantuvieron sin demasiadas variantes hasta 1940. La enseñanza práctica de la disciplina incluía ejercicios de controversia, ensayos de crítica y de síntesis y la elaboración de monografías sobre los temas de las reformas de las cartas constitucionales de San Juan y San Luis (1927) y Salta y Córdoba (1929).

En 1950, el estudio de la materia incorporó un fuerte matiz histórico, a cargo del doctor Carlos Rito Melo, que orientó la cátedra hacia el estudio de la formación histórica de las provincias argentinas, el origen y desarrollo de su derecho público, el ejercicio del poder constituyente en las provincias, el estado provincial, el desarrollo histórico y la evolución del régimen de los derechos humanos y sociales y del régimen económico en las constituciones provinciales, el gobierno de las provincias argentinas, su tripartición de poderes, la responsabilidad y el juicio político, etcétera. Asimismo, el segmento de Derecho Municipal abarcaba por su parte, el origen y evolución de la ciudad, su gobierno a través de la historia, los antecedentes del régimen municipal argentino, el gobierno y la administración municipal y los problemas del urbanismo.

El diseño se mantuvo en los programas elaborados por los doctores Luis Savid Carballo, Rodolfo Berardo, Aldo J. Cima y Pedro José Frías, pero los elencos bibliográficos mostraron un cariz definitorio. El programa de Luis Savid Carballo sumaba a la clásica bibliografía sobre la materia la incorporación como textos básicos del estudio de la Constitución de 1949, los Diarios de Sesiones de la respectiva Convención Reformadora, los Planes Quinquenales y los Discursos y Mensajes del Presidente Perón al Congreso de la Nación.

Actualmente cada una de las cátedras de Derecho Público Provincial y Municipal tiene su propio programa. Aunque el de la cátedra "A", a cargo del doctor Antonio María Hernández, incluye diecinueve bolillas y el de la cátedra "B", bajo la titularidad del doctor Guillermo Barrera Buteler, dieciocho, los contenidos de ambos son prácticamente idénticos y en general los han actualizado de acuerdo con la reforma constitucional federal de 1994 y las reformas de muchas constituciones provinciales habidas a fines de la década de los '80 y principios de los '90, conservando el esquema de distribución de los temas que tenía el programa anterior. Es decir: a) una parte dedicada al Derecho Público Provincial que se ocupa tanto del Derecho Federal (inserción de la provincia en el Estado Federal), como del Derecho Constitucional comparado de las provincias y b) una parte dedicada al Derecho Municipal abordado desde la perspectiva de la

Constitución Nacional y de las constituciones provinciales en general, pero con especial énfasis en el régimen municipal de Córdoba.

Se han añadido como bibliografía en Derecho Público Provincial el *Derecho Público Provincial* de Dardo Pérez Guilhou y otros (Depalma, 1993), *Provincias y Nación* de Guillermo Barrera Buteler (Ciudad Argentina, 1996), *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma de 1994* (Depalma 1997) e *Integración y Globalización: Rol de las regiones, provincias y municipios* (Depalma, 2000), como así también la obra colectiva coordinada por los dos profesores titulares recientemente mencionados titulada *Derecho Público Provincial* (Abeledo Perrot, 2011).

En Derecho Municipal se han agregado como bibliografía el *Tra-tado de Derecho Municipal* de Horacio Rosatti (Rubinzal-Culzoni, 1991), el *Proceso de revocación del mandato del intendente por el Concejo Deliberante* de Antonio Hernández (M. García 1991), las *Cartas Orgánicas Municipales* de Antonio M. Hernández, Alberto Zarza Mensaque y otros y recientemente la *Introducción al Derecho Municipal*, obra colectiva dirigida por Alberto Zarza Mensaque y Guillermo Barrera Buteler. Los textos de estudio nuclea la obra manualística de González Calderón, Bielsa, Frías, Pérez Guilhou, Zarza Mensaque, Berardo, Antonio María Hernández, Mooney, Brugge, etc, amén de los clásicos textos de Juan Bautista Alberdi y Arturo M. Bas.

e) La enseñanza de Historia de las Instituciones Representativas¹¹

Con fecha 30 de junio de 1907, el primer catedrático de la asignatura, doctor Santiago F. Díaz solicitó al señor Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, doctor Justino César y por su digno intermedio al H. Cuerpo, la aprobación del primer programa de Historia de las Instituciones Representativas, la que dice: *“Por intermedio del señor decano presento a la consideración del H. Cuerpo Académico el programa al que habrá de referirse mi enseñanza, por el presente año en la cátedra de historia de las instituciones representativas que la H. Facultad tuvo a bien confiarme; honor que compromete del modo más formal toda mi buena voluntad y que agradezco sinceramente.*

¹¹ Véase YANZI FERREIRA, RAMÓN PEDRO, “Tomás Miguel Argañaraz y la primera planificación académica para la enseñanza de historia del derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba”. *Cuadernos de Historia* N° 17, Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, El Copista, 2007. ps. 29-47.

El programa adjunto es exclusivamente profesional. La necesidad de reducir la materia a quince bolillas —por las razones que son conocidas— ha determinado necesariamente en primer término, la reducción de los temas a los que considero absolutamente indispensables en consideración al tiempo en que debe desarrollarse y cumplirse este programa.

Sin duda, señor decano, que el título de la asignatura tomado en su sentido general comprende una extensión más vasta de estudios que la señalada en las enunciaciones de aquel, porque si se considera que ella tiene por objeto el examen de todos los hechos que a través de la historia han producido el derecho político moderno, es claro que el programa debiera encaminarse al análisis de la evolución en todos los pueblos y en todas las épocas hasta llegar a la concepción precisa y neta que la filosofía política moderna tiene de la asamblea representativa, como organismo del gobierno y como alta manifestación del derecho ciudadano. Pero es evidente que considerada desde ese punto de vista, si bien ofrece un amplio horizonte a la investigación científica para largos años de pacientes estudios, resultaría inaccesible para el alumno que, por necesidades del plan general, debe recorrer en corto tiempo, por lo menos las nociones fundamentales de las ciencias sociales y jurídicas.

Mi programa se inspira en este concepto. Eso no obstante, los primeros cinco capítulos tienen por objeto un estudio, aunque sea sucinto, de la profunda ley histórica y sociológica que ha presidido a la formación de la asamblea representativa. He creído que correspondía a esta cátedra más que a cualquier otra, intensificar y sistematizar un tanto, nociones que andan o que vienen dispersas y por eso mismo difusas para la mente de los estudiantes, procurando con ello descubrir el proceso ascendente de los sistemas políticos, desde los tiempos en que el individuo era considerado como humilde molécula del gran lado que lo absorbía, hasta el concepto nuevo que lo considera como entidad de positivo valor político, con el exponente del voto. Y si esto representa desde luego, una suma de ilustración importante es también, —lo he tenido especialmente en cuenta— una benéfica disciplina mental para abordar conscientemente el estudio de la materia que sigue, al propio tiempo que, siendo una gran lección, ha de proporcionar saludable enseñanza de moral política.

Las diez bolillas restantes son de especialización de la materia. Cinco de ellas van destinadas al examen de la historia política de los dos pueblos que han ejercido una influencia más notoria en la formación de nuestras instituciones representativas: Inglaterra y Estados Unidos. Y aquí debo advertir al señor decano que si bien el programa no se refiere concretamente a Inglaterra, sus instituciones serán estudiadas al propio tiempo que las de Estados Unidos, como antecedente y como término obligado de compara-

ción. Ha sido preciso este sistema para encuadrar el programa dentro de la extensión que debiera comprender. Es también por necesidades del estudio comparativo y por razón de la forma institucional inglesa y americana, que la bolilla número IX, trata del poder ejecutivo y la bolilla X del poder judicial como progreso de la razón pública sobre los antiguos poderes del rey y del parlamento.

Las últimas cinco bolillas se refieren a nuestra historia. Por ahora comprenden la síntesis más precisa del desenvolvimiento político de este país pero la primera reforma de mi programa será para extender esta parte. Por razones análogas a las expuestas con relación a los Estados Unidos e Inglaterra, la bolilla XI se refiere al sistema de gobierno que España implantó en sus colonias, a su comparación con algunas instituciones similares de la metrópoli y a su crítica. Las siguientes señalan los puntos capitales del proceso político argentino con sus vacilaciones y tanteos, terminando con la constitución definitiva del país con la convención de 1853..."

En 1918, en pleno estallido de la Reforma Universitaria, el Ministerio de Justicia e Instrucción Pública de la Nación enviaba a la Universidad Nacional de Córdoba un nuevo plan de estudios.

Decía el ministro: *"...la reforma de los planes de estudio vigentes en las distintas facultades se impone como una necesidad impostergable a fin de colocarles a la altura de las exigencias científicas de la época en concordancia con los progresos de la enseñanza universitaria moderna"*¹².

El nuevo Plan de estudios entró a regir en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales al año siguiente, suprimiendo la asignatura Historia de las Instituciones Representativas.

Por decreto del 5 de Octubre de 1918 fue designado el doctor Santiago F. Díaz en la cátedra de Derecho Marítimo y Legislación Aduanera¹³.

III. El pensamiento jurídico nacional de los primeros catedráticos de las asignaturas en estudio

Es preciso destacar los aportes al pensamiento jurídico nacional de los primeros catedráticos de las asignaturas en estudio y que merecen el recuerdo como relevantes protagonistas de la Escuela Jurídica Cordobesa,

¹² Véase ASPELL, MARCELA y YANZI FERREIRA, RAMÓN PEDRO, *Breve Historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba 1791-1991*. Ed. Advocatus, R.A., Córdoba, 1993. Pp. 37, 38 y ss.

¹³ Véase RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA: "La enseñanza del Derecho de la Navegación en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba". *Anales. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Año académico 2008. Ed. Advocatus, 2009, pp. 193-232.

que entre otros, fueron: Juan Bialet Massé, Arturo M. Bas, Tomás Miguel Argañaraz, Isidoro Ruiz Moreno y Santiago F. Díaz.

Tomás Miguel Argañaraz

Tomás Miguel Argañaraz nació en la ciudad de Córdoba en 1856, hijo de Pablo Argañaraz y Lucinda Espinosa.

Egresó de la Universidad Nacional de Córdoba con el título de abogado. Y, obtuvo el título de doctor en Derecho y Ciencias Sociales en 1898¹⁴. Su tesis doctoral se tituló: *Problema Social, su solución*. El Tribunal examinador estuvo presidido por el doctor Justino César y lo integraron como vocales en segundo, tercer, cuarto y quinto lugar, respectivamente, los doctores José del Viso, Rodolfo Ordóñez, Juan Carlos Pitt y Samuel Silva. Padrino de tesis fue el doctor Pedro N. Garzón.

Como replicantes, intervinieron los doctores Dámaso E. Palacio, José Bianco, Ramón E. Vivas y Eduardo de Igarzábal.

En su "*Problema Social, su solución*"¹⁵ el autor divide su trabajo en cuatro capítulos: El primero de ellos, trata sobre la *cuestión social*. Al analizarla, Tomás Miguel Argañaraz sostiene que "*la clase pobre o menesterosa*" es la que constituye la *cuestión social*. Para buscar una solución a ese problema social, estudia, en el segundo capítulo, al *comunismo*.

En los capítulos tercero y cuarto se refiere al *socialismo* en Europa y América, y al anarquismo, respectivamente.

En relación al *comunismo*, afirmaba: "*Que es un verdadero sofisma político y económico, que volviendo contra las leyes de la naturaleza y violando lo más sagrado que el hombre puede poseer, pretende imponer un régimen severo de asociación bajo la base de una mentida igualdad; es decir, pretende resolver el problema, aboliendo la propiedad, rompiendo los vínculos de familia y hasta arrebatando al hombre el legítimo goce de su trabajo*". Y luego de una serie de reflexiones sobre este sistema, concluye sosteniendo, que: "*El comunismo es pues el suicidio de la humanidad, es la humanidad contra la humanidad*".

Con relación al movimiento socialista, después de una profunda crítica contra este sistema, finaliza diciendo, que: "*No hemos de hacer una sola consideración por ahora, sino cuando proponga la única solución forzosa, impuesta por la naturaleza misma y de la cual imposible será separarnos*".

¹⁴ Archivo Histórico de la Universidad Nacional de Córdoba. Libro de Grados 53. Sec. Doc. Año 1898. fs. 391.

¹⁵ La tesis fue publicada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba, consta de 66 páginas, Ed. La Minerva de Alfonso Aveta. Córdoba, 1898.

Respecto del *anarquismo*, lo critica afirmando que *es un sistema que destruye la sociedad, reniega del principio de autoridad, pretende la proscripción del gobierno y proclama el gobierno de cada uno y para cada uno, reclamando la abolición absoluta de la propiedad. "El hombre nace bueno y la sociedad lo corrompe"* y agrega: *"He ahí el efecto de esta fórmula tan conocida"*.

El autor cierra este capítulo, sosteniendo, que *"La cuestión social se ha revelado al hombre por la humanidad misma"*.

Finalmente, Argañaraz sostiene que el procedimiento para resolver el "problema social", es buscar la ley natural. Para ello, *"se debe seguir el curso natural de la ley superior que rige las relaciones de los hombres, clave para resolver todos los problemas"*. Afirma que: *"El trabajo, la dificultad, estribaría solo en encontrar esa ley natural y seguir su curso; como el trabajo de un juez es encontrar la ley aplicable al caso litigioso que ante él se ventila, encontrada ésta, la cuestión está resuelta"*.

Citándolo a Cayetano Filangieri, concluye:

"Las verdades que con más dificultad se descubren, son las que tenemos más a la vista. Sosteniendo que los Señores que respiran ambrosia con sus proyectos reformistas a la sociedad y sus noveles teorías. Nihil novum sub solem; nada hay de nuevo bajo el sol. Y veréis como callan".

Señalamos, a continuación, los cargos políticos que Argañaraz desempeñó, entre los que sobresalen: Diputado Constituyente en 1900 y 1912 y elector para elegir presidente de la República en 1913.

Siendo catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, por su iniciativa, se cambió la denominación y el contenido de la materia, que pasó a llamarse Historia del Derecho, en el nuevo plan de estudios aprobado el 23 de marzo de 1907, por resolución del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales¹⁶.

Modificó la orientación de los estudios de la disciplina al insistir en la necesidad de que la enseñanza debía dirigirse al estudio histórico del Derecho Argentino, incorporando, como veremos más adelante, el estudio del Derecho Español antiguo, las transformaciones del Derecho, la evolución en el Derecho Civil, Penal, Procesal e Internacional.

Por otra parte, en su trabajo *"Contribución al estudio de la Historia del Derecho"* responde a ese enfoque que originariamente había sido expuesto por Argañaraz, en la conferencia que pronunciara en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata en 1914. Allí sostuvo lo que Rafael Altamira había ya denominado su "orientación cons-

¹⁶ Archivo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (en adelante A.FD). Libro 54 A. Acta de Sesiones 1-1907. fs 2.3 y ss.

titucional”; como característica básica de la misma. Cabe agregar, que para Argañaraz la Historia del Derecho, se encuadra en el campo de las ciencias jurídicas y valora la disciplina, al respecto decía:

“Resulta hoy indiscutible la necesidad del estudio histórico del derecho, tanto para el orden doctrinario, como el legislativo, porque da el concepto y conocimiento y funda la teoría, porque sirve de base para la formación de la ley, su interpretación y práctica en la exégesis y jurisprudencia.”

En síntesis, por el definitivo rumbo que impuso a la enseñanza universitaria de la disciplina, debe considerarse a Tomás Miguel Argañaraz como el primer profesor que enseñó Historia del Derecho en las aulas cordobesas de la Facultad de Derecho.

La inclusión de contenidos históricos en la carrera de abogacía de la Universidad Nacional de Córdoba, se inició en 1895, cuando se incluyó en el plan de estudio, merced a una modificación aprobada al año anterior en la sesión del 7 de junio de 1894 del Congreso Nacional, la materia “Revista de la Historia”, antecedente de nuestra disciplina.

El Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales aprobó en la sesión académica del 15 de noviembre de 1895 tal modificación, disponiendo la enseñanza de *Revista de la Historia* en el primer año de los estudios de Derecho. Ponciano Vivanco y Juan Carlos Pitt fueron, entre los años 1896 y 1907, el primer y segundo catedrático, respectivamente, de Revista de la Historia.

Juan Biallet Massé

Nació el 19 de diciembre de 1846 en Mataró, cerca de Barcelona, España. A los 30 años de edad, recién graduado de médico en España, se trasladó a Buenos Aires, durante la presidencia del doctor Nicolás Avellaneda, revalidando su título profesional. En 1874, se casó con Zulema Laprida, nieta de Francisco Narciso Laprida. Se graduó en veinte meses de abogado y asimismo de agrónomo, constructor y doctor en derecho y ciencias sociales.

Fue el primer catedrático de Legislación Industrial y Agrícola, esta materia fue creada el 23 de marzo de 1907. Cabe recordar que, junto a su socio, Carlos Cassaffouth, inició la construcción del Dique San Roque y el Riego de los Altos de Córdoba, la que finalizó en 1889.

En 1892, en una maniobra política, Juan Biallet Massé y Carlos Cassaffouth fueron apresados por la construcción del Dique, el cual supuestamente estaba fallado. Trece meses después fueron liberados cuando el Juez Antenor De la Vega los declaró inocentes. Recién en 1898 el médico y

abogado catalán finalizará la querrela contra el ingeniero contratado, por ejercicio ilegal de la profesión y uso ilegal del título de agrónomo.

Le correspondió al doctor Biale Massé el privilegio de actuar en los tiempos definitorios del comienzo del intervencionismo del Estado en las relaciones del trabajo, cuando era menester enfrentar la arquitectura del derecho civil clásico, en un panorama de verdadera orfandad legislativa para dar respuesta a los nuevos desafíos que planteaba la organización del trabajo, habida cuenta el desarrollo industrial del país en los comienzos de la Argentina moderna.

Lo hizo con valentía y propiedad, al defender denodadamente los derechos del trabajador en un momento de verdadera crisis del principio de autonomía de la voluntad, cuyo imperio había obligado en ocasiones al obrero, a aceptar sin réplica, condiciones de trabajo aberrantes por el peso de la necesidad.

Cabe al doctor Juan Biale Massé el haber propiciado con sus ideas, ya sea de manera directa o indirecta, no menos de cinco leyes nacionales de primera magnitud dentro del universo de las relaciones laborales. Paralelamente a ello, consignamos que se lo puede señalar también en cuanto a su influencia en el dictado de cuatro leyes de la provincia de Córdoba, fundamentales en este campo.

En efecto, se tratan de las siguientes leyes de la Nación: la número 4661 (1905), de descanso dominical; la 5291 (1907), sobre trabajo de mujeres y menores; número 9688 (1915), indemnización por accidentes de trabajo; la 11.544 (1929), referida a la limitación de la jornada de trabajo; por último, contamos con la ley número 11.640 (1932), sobre sábado inglés. Ellas en cuanto a las normas que abordaron las cuestiones más acuciantes de la época, aquellas más tenazmente reclamadas por los trabajadores.

En lo que hace a las normas provinciales cordobesas en la materia, contamos a las siguientes: la ley número 1950 (1907), de descanso dominical; las leyes número 2784 y 2790 (1919) y referidas respectivamente a la limitación de la jornada de trabajo y a la reglamentación del trabajo de mujeres y menores; finalmente, encontramos a la muy discutida ley 3546, de sábado inglés, sancionada durante 1932. Es decir, nueve leyes que han sentado las bases de nuestro edificio jurídico nacional y local, en cuanto a la regulación del trabajo y la previsión. En su Informe sobre el estado de las clases obreras en el interior de la República del año 1904 presentado al entonces Ministro del Interior de la Nación, doctor Joaquín V. González, señaló la necesidad de legislar sobre cada una de las cuestiones mencionadas.

Biale Massé falleció en Buenos Aires, el 22 de abril de 1907.

Isidoro Ruiz Moreno

Nació en Concepción del Uruguay (Entre Ríos), el 29 de junio de 1876. Inició sus estudios de abogacía en la Universidad de Buenos Aires, que concluyó en Córdoba, recibiendo, en 1898, el grado de Doctor en Derecho, con la tesis intitulada: *El Derecho Penal en la República Argentina*. Fue profesor de Filosofía e Instrucción Cívica en el Colegio Nacional de Paraná. Miembro del Concejo Deliberante y Secretario de la Municipalidad de la ciudad de Córdoba. Diputado de la capital en la Legislatura Cordobesa (1903-1905). Fue senador por el Departamento General Roca (1907-1908). Ministro de Hacienda, Colonias y Obras Públicas durante el gobierno de Don José Vicente de Olmos (1905-1907). El 15 de mayo de 1906, al ser interpelado respecto del dique San Roque, como Ministro de Hacienda, afirmó: *“Podemos estar tranquilos, aquello es un inmenso monolito, tan grande, tan estable y duradero que desafía imponentemente y resiste y resistirá con éxito todas las acechanzas del atraso y la ignorancia”*. Ruiz Moreno fue el autor del proyecto de dicho embalse.

Diputado Nacional (1908-1912).

Entre 1903 y 1906, se desempeñó como profesor de Finanzas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Fue el primer profesor titular de Sociología en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (1907-1908). Director general de Territorios Nacionales. Profesor de Historia del Derecho Argentino en la Universidad Nacional de La Plata. Profesor titular de la Cátedra de Finanzas en la Universidad Nacional de La Plata (1912-1935). Profesor Titular de Economía Política en la Universidad Nacional de La Plata (1912-1935). Profesor suplente de la Cátedra de Derecho Internacional Público de la Universidad de Buenos Aires (1912-1919). Profesor de Derecho Internacional Público en la Escuela de Guerra Naval. Consejero Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores (1926-1944).

Participó y dictó innumerables cursos, congresos y jornadas nacionales e internacionales de la especialidad. Colaboró en numerosos trabajos de Economía, Derecho y Finanzas entre los que se distinguen:

- *Finanzas Públicas (1908)*
- *Geografía de los Territorios Nacionales (1916)*
- *Guerra Marítima (1925)*
- *Guerra Terrestre y Aérea (1926)*
- *Economía Comercial (1934)*
- *Lecciones de Derecho Internacional Público (1934-1935)*
- *La neutralidad Argentina en la guerra del Chaco (1936)*
- *Economía y Finanzas contemporáneas (1938)*
- *Derecho Internacional Público, tres tomos (1940-1941)*

- *Manual de Derecho Internacional Público (1943)*
- *Otro Mundo (1944)*
- *El Derecho Internacional Público antes de la Era Cristiana (1946)*
- *Los problemas del Río de la Plata (1971)*

Recibió las siguientes condecoraciones: Gran Cruz de la orden del Cóndor de los Andes (Bolivia), Gran Cruz de la Orden del Criceiro do Sul (Brasil), Gran Cruz de la Orden del Sol (Perú). Comendador de la orden del Quetzal (Guatemala), medalla de oro de la Sociedad Panamericana, Gran Cruz de la Orden del Mérito (Chile), Gran Oficial de la Orden del Mérito (Ecuador).

Isidoro Ruiz Moreno falleció el día 10 de setiembre de 1952, en Buenos Aires.

En 1972¹⁷, los descendientes del doctor Ruiz Moreno, donaron a la Biblioteca del entonces Instituto de Sociología de la Facultad de Derecho, los libros y trabajos monográficos, que Ruiz Moreno había utilizado con mayor frecuencia para la enseñanza de la disciplina. Entre los autores clásicos-europeos se destacaban, entre otros, las obras de: A. Comte; H. Spencer; E. Durkheim; L. Gumplowicz; G. Tarde y V. Pareto; y entre los autores norteamericanos, Lester W. Ward y de Franklin Gidding.

Arturo M. Bas

Nació en la ciudad de Córdoba, el 21 de setiembre de 1875. Hijo de don Tomás Bas y Garzón y de doña Eusebia Capdevila, ingresó al Colegio del Salvador de Buenos Aires y egresó con el título de Bachiller. Se graduó de Abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba en 1895, a los 20 años de edad. En 1898 alcanzó el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales con una tesis titulada *Acción reivindicatoria*.

Entre los años 1912 a 1916 y 1920 a 1924, se desempeñó como Diputado Nacional. Fue el primer Catedrático de Derecho Público Provincial y Municipal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, ejerciendo su magisterio desde 1907 y hasta 1918.

Entre su prolífica producción en el Derecho Público sobresalen: *Conferencias de Derecho Público Provincial; Temas institucionales; La justi-*

¹⁷ En la nota de donación de los libros y trabajos monográficos, los herederos de Ruiz Moreno, expresaron que: "*La sociología no se comprendía, creyóse que su enseñanza podía prestar concepciones contrarias a un individualismo cerrado, puesto más allá de las posibilidades de discutirlo*" Véase *Cuadernos de los Institutos* N°118, corresponde al N° XXX del Instituto de Sociología. Dirección General de Publicaciones, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1973, pps. 97 a 99.

cia federal y las intervenciones; Intervenciones a las provincias; Reformas a la Constitución Nacional; La reforma general de la Constitución de Mendoza de 1916 y de la provincia de San Juan de 1927; Instituciones y partidos; El derecho federal argentino, La previsión social; Los monopolios punibles ante la ley 11.210. Doctrina y Jurisprudencia; El cáncer de la sociedad. Entre sus muchas iniciativas corresponde destacar la redacción de la Ley Nacional 9688 de accidentes de trabajo; la ley 9527 de La Caja Nacional de Ahorro Postal y la ley 10.650 de Jubilaciones y Pensiones Ferroviarias, y muchas otras para la construcción de caminos, puentes, etc.

El doctor Arturo M. Bas fue asimismo, magistrado judicial, periodista, destacado político, brillante abogado, profesor universitario y legislador.

Falleció en la ciudad de Buenos Aires, a los 56 años de edad, en 1935, siendo trasladados sus restos al Cementerio San Jerónimo, en la ciudad de Córdoba.

Santiago F. Díaz

Nació el 1 de mayo de 1879, en la ciudad de Córdoba, hijo de Alejandro Díaz y Agustina Díaz. Casado con Helima Bialek Laprida. Egresó de la Universidad Nacional de Córdoba con el título de abogado. Más tarde obtuvo el grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales en esa Casa. Fue Profesor de las materias Geografía y Filosofía en el Colegio Nacional de Monserrat, en el periodo 1905-1920.

El 17 de Abril de 1907 fue designado Profesor de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Fue Catedrático de Historia de la Instituciones Representativas en esa Unidad Académica hasta el 30 de Septiembre de 1918. El 1 de Octubre de 1918 fue nombrado Profesor de Derecho Marítimo y Legislación Aduanera, convirtiéndose en el primer Catedrático de esa asignatura. Su desempeño docente ejerciendo la titularidad de esa cátedra se extendió con algunas interrupciones hasta el 31 de Mayo de 1923.

Miembro del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Dejó una considerable producción bibliográfica, entre ellas: *Hijo del Obrero. Conferencia leída en homenaje a Monseñor Zenón Bustos, Lisandro Segovia comercialista. Instituto de Derecho Civil. Córdoba. 1941; Universidad y la Ciencia Política. Tipografía Cubas. Córdoba. 1925.*



SECCIÓN VII
SOCIOLOGÍA

MIGRANTES EN ARGENTINA: INCLUSIÓN DIFERENCIAL Y CIUDADANÍAS JERARQUIZADAS[†]

*Silvana Begala**

Resumen: El trabajo muestra la tensión entre la consagración de la migración como derecho humano operada en el sistema jurídico argentino y el reconocimiento diferencial de derechos entre las personas nacidas en Argentina y las que nacieron en el territorio de otro Estado. Más allá de esta consagración y las generosas equiparaciones entre nacionales y extranjeros de la Constitución Nacional, las normas de menor rango estructuran ciudadanía jerarquizadas. El análisis de las ciudadanía diferenciales es el punto central del trabajo y las normas se presentan como indicadores que evidencian la irrealidad del “cambio de paradigma” en la política migratoria argentina. El trabajo aborda la temática desde una perspectiva socio-jurídica entendiendo las normas como producto social y político y los efectos que produce en la construcción de ciudadanía.

Palabras claves: migraciones, ciudadanía, migrantes, ciudadanía diferenciales, Ley N° 25.871

Introducción

Trabajo de enunciación de aquello que, hasta sea enunciado (y aun después de que sea enunciado), era y todavía es impensable, de lo que no tiene nombre para ser nombrado, en especial en el lenguaje político [...] que un inmigrante (un “no nacional”) puede existir, puede darse derecho de existir en el país de inmigración al mismo título y según el mismo principio o en las mismas condiciones que el nacional de ese país.

(Sayad, 2008:111)

La consagración legal de la migración como derecho humano, operada en el sistema jurídico argentino tiene casi una década de efecti-

[†] Recibido el 07/05/2013, Aprobado 17/12/2013.

* Abogada (UNC), Magister en Demografía y doctoranda en Derecho en la misma universidad. Docente de *Sociología Jurídica* y de *Análisis socio-jurídico de las migraciones* en la carrera de Abogacía de la UNC y de *Demografía y políticas públicas* en la carrera de Trabajo Social de la Universidad Nacional de la Patagonia Austral. Intervino en diversos proyectos de investigación y coordinó proyectos de extensión vinculados a la problemática migratoria. E-mail: silvana.begala@gmail.com.

Agradezco la guía y el estímulo para la reflexión en torno al tema tratado en este artículo a los profesores de la *Primera Escuela Internacional de Posgrado MIGRARED “Metodologías y prácticas de investigación sobre migraciones internacionales: contribuciones desde América Latina”* desarrollada en diciembre de 2012 en Antigua Guatemala, por el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), el Centro de Altos Estudios Universitarios de la OEI (CAEU/OEI) y la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales de Ecuador (FLACSO Ecuador), con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID).

vización y convive con el reconocimiento diferencial de derechos entre las personas nacidas en el territorio¹ argentino y las que nacieron en el territorio de otro Estado nación.

Más allá de las generosas equiparaciones entre nacionales y extranjeros que realiza la Constitución Nacional (CN)², las normas de menor rango estructuran ciudadanía³ jerarquizadas entre las personas. El centro de nuestra reflexión son estas ciudadanía³ diferenciales que surgen del sistema jurídico. Para este análisis, siguiendo a Novick (1997), consideramos a la norma⁴ como producto social y político como:

“[...] forma ideológica-concreta que elaboran los grupos —o el grupo— que en un momento histórico puntual detenta el poder político para explicar comprender y legitimar un conflicto específico de intereses, intentando mediante esta —la ley— resolverlo a su favor”.

Más allá de la pretensión de neutralidad de las normas y de su finalidad ordenadora ellas sirven para poner de manifiesto objetivos políticos no siempre explicitados. En este sentido las normas que reconocen o restringen derechos usando las categorías de *nacionalidad* o la de *origen de la nacionalidad* son un importante indicador, no el único, de lo que Domech (2011), siguiendo los planteos teóricos de Sayad y Bourdieu, describe como el *pensamiento de Estado* vinculado a la migración. Este concepto remite al conjunto de ideas y prácticas instituidas como visión dominante o hegemónica en la construcción de la figura social de la inmigración y los inmigrantes. De acuerdo a estos autores el *pensamiento de Estado* puede comprenderse como una forma de pensamiento (que involucra acción) producida por el Estado de manera relacional con otros actores sociales y políticos e interiorizada como visión dominante o hegemónica, a través de la cual se establecen como legítimos determinados principios de visión y división del mundo social.

¹ Utilizamos este concepto de “personas nacidas fuera del territorio” y no el de “extranjeros” ya que, como veremos más adelante, el sistema jurídico hace diferencias no solo por la *nacionalidad* (nacionales y extranjeros), sino también por el *origen de la nacionalidad* argentina, es decir entre personas que no han nacido en el territorio argentino (argentinos “naturalizados y por opción”) y los nacidos en el territorio argentino (argentinos “nativos”).

² Ver arts. 20, 14 y 16.

³ Aclaramos que lo que se presenta en este trabajo es una consideración parcial de la ciudadanía (desde sus aspectos normativos), no se toma en cuenta la acción de los migrantes, que al trabajar, reclamar, y participar de la vida de las sociedades donde residen ejercen de hecho acción ciudadana. Para profundizar este aspecto ver Mezzadra (2012). También advertimos el elemento normativo y la “naturalización” que significa hablar de ciudadanía en términos modernos, ya que esto descansa en una valoración positiva de un determinado estilo de vida y organización política que puede ser legítimamente cuestionado.

⁴ Analizamos normas emanadas del Poder Legislativo (leyes en sentido formal) del Poder Ejecutivo y algunas Resoluciones de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) y otros organismos administrativos (leyes en sentido material).

La realidad donde el Estado y la movilidad de las personas se encuentran es una realidad transnacional, por lo que la producción del *pensamiento de Estado* involucra actores que lo trascienden y que lo “acompañan” en la configuración de las condiciones del ejercicio de ciudadanía en su territorio. Las influencias le llegan del ámbito transnacional desde el contenido prescriptivo del discurso de los Derechos Humanos (DDHH) y desde los condicionamientos que se le crean por la existencia de un régimen global de gestión de las migraciones guiada por la lógica del capitalismo (Ver Domenech 2011 y Mezzadra, 2012: 168)⁵.

Las aparentes contradicciones que manifiesta el sistema jurídico son expresiones de la tensión que se genera cuando recepta y reproduce las distintas lógicas con las que actúan el Estado y los otros actores con los que este se relaciona. Utilizando conceptos de Pierre Bourdieu (1990), el debate sobre la ciudadanía de los migrantes vincula las tensiones que se manifiestan entre los campos social, político y jurídico y el campo del poder no solo a nivel interno sino también internacional.

En este ensayo realizamos un análisis exploratorio, desde la perspectiva de la sociología jurídica, en él hacemos una primera descripción de las jerarquías en la ciudadanía creada por el sistema jurídico argentino buscando brindar elementos que ayuden a visualizar la potencialidad⁶ del uso de la dimensión “ciudadanía” para describir, en otros trabajos, algunas características de la gestión y el control de las migraciones.

Estado nación y migración

El vínculo entre el fenómeno de la migración y el Estado nación parece consolidarse a partir de la modernidad, tanto que, cuando se piensa en una definición del fenómeno y los sujetos que lo protagonizan se esencializa esa relación; esta *ligazón consubstancial* se advierte con claridad en la definición de migración brindada por Sayad (2008:101):

“(L)a inmigración es la presencia en el seno del orden nacional (i.e. en la nación, en lo “nacional”) de los “no-nacionales” (i.e. extranjeros, “nacionales” de otra nación y de otra nacionalidad, de otro orden nacional) —por simetría, la emigración es la ausencia fuera del orden nacional (i.e. fuera de la nación, primero, y segundo, tarde o temprano, fuera de

⁵ Los autores no se refieren a la aparición de un gobierno político integrado para este fin; sino “a la formación contradictoria y fragmentaria de un cuerpo de conocimientos dentro de comunidades políticas y epistémicas dispares” y a la circulación, a escala mundial, de técnicas administrativas de control, normas técnicas y programas de capacitación.

⁶ Es claro que nuestro aporte no pretende avanzar en la descripción de las características de las nuevas tendencias de la gestión de las migraciones, sino que solo pretendemos mostrar la construcción, desde el sistema jurídico de ciudadanía diferenciales.

la nacionalidad) de los “nacionales”, lo que implica que ella es la presencia de los “nacionales” en otro orden nacional (en una nación y en el seno de una nacionalidad extranjeras)—; el inmigrante es el “no-nacional” (el extranjero, por lo tanto el “nacional” de otro orden nacional, de una nación y, hasta nuevo aviso, de una nacionalidad extranjera) presente en el orden nacional (i.e. en la nación, en lo “nacional”) y, simétricamente, el emigrante es el “nacional” ausente del orden nacional (i.e. de la nación, de lo “nacional”) lo que implica que está presente en otro orden nacional (en una nación y en el seno de una nacionalidad extranjeras)”.

Indefectiblemente esta definición “ideal” dada por Sayad se concreta con las definiciones de *nacional* y, su contracara, *extranjero* que cada Estado nación produce desde su derecho interno.

Aunque son condiciones construidas jurídicamente a partir de esquemas ideológicos, históricos y contingentes los estatus de nacional/extranjero se han naturalizado tanto como la entidad que los origina: el Estado nación. Cómo el Estado define al extranjero y el lugar social que le otorga, habla de cómo el Estado se piensa a sí mismo en vinculación con el territorio y muestra con claridad que el poder de clasificar y discriminar es parte de su *naturaleza* (Gil Araujo, 2009: 15).

Como decíamos, el Estado actúa y las migraciones se producen en un escenario transnacional, la migración es empíricamente un fenómeno transnacional. En el proceso actual de globalización, los Estados constituyen sólo uno de los centros del poder transnacional junto a otras instituciones de poder que obran a través de las fronteras estatales. La perspectiva transnacional rechaza la identidad entre la sociedad y el Estado y critica al nacionalismo metodológico y epistemológico dominante que tiende a aceptar al Estado nación y a sus fronteras como un elemento dado en el análisis social (Levitt y Glick Schiller, 2009: 65-66). Y si bien es cierto que la política migratoria de los Estados, la de Argentina en particular, no tiene un punto de vista transnacional, no se puede negar la influencia de este contexto.

Esta influencia del contexto transnacional se pone en evidencia cuando aparece la tensión entre la *valorización* de la movilidad, como proveedora de mano de obra cuando ésta es necesaria, y la *contención* de la movilidad cuando la mano de obra comienza a ser excedente. Tensión que se resuelve según Mezzadra (2012:164) mediante el “control” de las migraciones, desde las políticas nacionales. Este autor reconoce en esta fricción entre *valorización* y *contención* el núcleo de la historia del capitalismo en su relación con la migración; el capitalismo *explota* al Estado y a otros mecanismos políticos y administrativos en los esfuerzos por el

manejo y la reducción del *excedente*⁷ de movilidad según los códigos de valor del capital.

Esto muestra que la gobernabilidad de las migraciones no es sólo un *interés* del Estado, sino que éste es un instrumento para controlar o atenuar el movimiento de la mano de obra como estrategia constitutiva del capitalismo y las relaciones de clase que lo trascienden en el contexto transnacional.

Creación de ciudadanía diferenciadas como forma de control

Hoy el control del *excedente*, no se sirve, ni exclusiva ni principalmente, de refinar y sofisticar los mecanismos de expulsión ni del “endurecimiento” del control en la frontera. Como afirma Mezzadra (2012:171) en la actualidad la gestión de los regímenes migratorios no pasa por la *exclusión*, sino por un tipo de *inclusión diferencial* que genera ciudadanía jerarquizadas.

Por esto el tema de la ciudadanía también es necesario localizarlo como parte del régimen de gobernabilidad supranacional, en el cual, el sistema de los Estados, las agencias internacionales y las corporaciones internacionales tienen un papel central.

Si la ciudadanía, como se la define desde la modernidad, es un asunto de relaciones entre individuos y el Estado al cual pertenecen —esto es, de las relaciones que son internas al Estado en cuestión—; es también uno de los *recursos* utilizados por régimen global de gestión de las migraciones para regular los movimientos de las personas hacia y desde los territorios de los estados, funcionando como un componente del manejo del régimen transnacional de las poblaciones. Un régimen que, según Hindess opera en dos sentidos; primero dividiendo a la humanidad en porciones formadas por los ciudadanos de cada Estado nacional, y segundo, responsabilizando a cada Estado por sus asuntos internos otorgándoles el monopolio en el control de la movilidad legítima.

“[L]os Estados que fracasan en satisfacer sus obligaciones a la comunidad de estados son a menudo vistos como una amenaza a otros Estados y por lo tanto como objeto legítimo de una intervención externa” (Hindess, 2002:112).

El Derecho Internacional

A nivel internacional los instrumentos normativos, por un lado reconocen con claridad el derecho de libertad de movimiento a través de

⁷ Ver también BAUMAN 2005.

las fronteras en numerosos compromisos internacionales⁸, y por otro no conciben con igual explicitación el *derecho humano a migrar*, ni elaboran un concepto jurídico genérico de migrante (Cenicacelaya, 2004:65). No hay normas que obliguen a los Estados a permitir el ingreso y la permanencia de las personas, ni que los comprometan a otorgar la residencia o la ciudadanía a extranjeros. En este sentido el orden normativo internacional presenta una serie de lagunas o ambigüedades o directamente habilitan a la discrecionalidad cuando se trata de reconocimiento de derechos o el acceso a los mismos para los no nacionales.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la ausencia de reconocimiento explícito de la aplicabilidad de tales derechos a los extranjeros y la ausencia de la palabra «ciudadano»⁹ hace que la distinción entre los derechos de los extranjeros y ciudadanos sea vaga, lo cual genera una interpretación considerablemente laxa (Gosh, 2008:40). Más claramente el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales¹⁰ habilita a discriminar a los no nacionales. Los foros mundiales que se ocupan de las diversas dimensiones de la migración internacional y de los migrantes como sujetos de atención desde el punto de vista de los DDHH repiten este *rasgo*¹¹. No obstante el conflicto ideológico y político latente entre el derecho humano a migrar y la soberanía de los Estados para legislar sobre el reconocimiento de derechos, también puede ser detectado con facilidad en la Convención de la Organización de las Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Inmigrantes y Miembros de sus Familias, adoptada por la Asamblea General de la ONU de 1990¹². Respecto a esto Santos (2009:367) siguiendo a Bosniak (1991:741) afirma:

⁸ Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, art. VIII; Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 13; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 22; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 12 y 13; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Racial, art. 5 d) i y ii; Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Contra la Mujer, art. 15 y Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 10 y 11.

⁹ Aunque el art. 2 no deja lugar a dudas de que el origen nacional no puede ser la razón de la privación de los derechos: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición".

¹⁰ Parte II, art. 2, párrafo 3: "Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos".

¹¹ Para profundizar este aspecto ver CENICACELAYA 2004.

¹² Aprobada en Argentina por la Ley N° 26.202. BO 17/02/2007.

“No obstante las laudables disposiciones, el tratamiento que otorga la Convención a los trabajadores indocumentados es profundamente ambivalente. Mientras que los Estados contratantes deben asegurar un estándar mínimo de trato a los inmigrantes irregulares, los derechos otorgados a éstos no tienen necesariamente el mismo alcance que los que deben asegurarse a los inmigrantes legalmente admitidos [...] están autorizados a discriminar [...] en muchos aspectos decisivos, desde los derechos a la unidad familiar y la libertad de movimiento hasta los derechos de la seguridad social, el empleo y la protección sindical. La posibilidad de este trato discriminatorio está fundado en el compromiso prioritario de la convención con el principio de la soberanía nacional [...] El resultado es un instrumento híbrido, a la vez una declaración inequívoca de los derechos individuales y un manifiesto sólido de respaldo a la soberanía territorial estatal”.

El ordenamiento internacional habilita un importante margen de discrecionalidad a los estados para diseñar el modelo de ciudadanía que están dispuestos a reconocer a las personas que no han nacido en su territorio. En este sentido los Estados son responsables de sus ciudadanos y respecto de quienes no lo son su responsabilidad es limitada y discrecional.

Es este margen de discrecionalidad, habilitado por el orden internacional, el que el Estado pone al servicio de la gestión transnacional de las migraciones.

El derecho argentino¹³

A fines del año 2003 y como fruto de la acción de varios agentes sociales y políticos se deroga la llamada *Ley Videla* N° 22.439¹⁴ y se la reemplaza por la Ley N° 25.871¹⁵ que a pesar de ya contar con nueve años de vigencia se la sigue llamando *Nueva ley de migraciones* y esto por la novedad que pretendió incorporar a la política migratoria argentina al plantear un cambio desde la *retórica de la exclusión*¹⁶ (Domenech, 2009:21) que caracterizaba a los períodos anteriores a la *retórica de la inclusión* basada

¹³ Como se explicitó con anterioridad, las normas como producto social son solo un elemento de la política migratoria y ésta a su vez una manifestación del *pensamiento de Estado* respecto a la migración. Los alcances de este trabajo exploratorio y descriptivo se acota a esta dimensión normativa.

¹⁴ Llamada así porque fue redactada y entró en vigencia durante el gobierno *de facto* de Jorge Rafael Videla. ADLA XLI B, 1577. De aquí en más el lugar de publicación de las normas se presentará de esta manera: Anales de la Legislación Argentina (ADLA), años correspondientes o tomo donde está publicada y página; o mencionando la fecha del Boletín Oficial (BO).

¹⁵ Sancionada el 17/12/2003, promulgada de hecho el 20/01/2004 y publicada en el BO 21/01/2004.

¹⁶ Mediante el uso del término *retórica* Domenech pretende destacar la “*intencionalidad persuasiva del discurso político*”.

en la perspectiva de los DDHH, la ciudadanía comunitaria y el pluralismo cultural.

En esta retórica se incorpora: el derecho a migrar como derecho humano (art. 4), el principio de la reunificación familiar (art. 3, inc. d; art. 10; art. 70), la posibilidad de revisión judicial a las disposiciones de la DNM (arts. 74 a 88), la garantía de derechos fundamentales (salud, educación, servicios públicos) para los migrantes independientemente de su situación de residencia, y por primera vez se otorga a los ciudadanos de los países de la región un trato diferencial al incorporar sólo para los nativos de los países del MERCOSUR, Chile y Bolivia la nacionalidad como criterio de radicación (art. 23 inc. 1)¹⁷.

Si bien en lo formal esta ley “*significa el restablecimiento de la compatibilidad legal con la directiva constitucional*” (Zaffaroni, 2004:45), este restablecimiento no se vio completado en lo formal hasta 2010, año en que el Poder Ejecutivo sancionó el Decreto N° 616/2010¹⁸ que reglamenta la ley. Durante los años de esta demora el “espíritu” de la nueva ley se operativizaba con el Reglamento de Migraciones inspirado en la ley de la dictadura.

Identificando la irregularidad documentaria como un “*problema a resolver*” se lanza en julio de 2004 por Decreto N° 836¹⁹ el Programa nacional de normalización documentaria migratoria conocido como *Programa Patria Grande*²⁰ y luego otros programas especiales para facilitar la regulación de la residencia de grupos especiales²¹. Desde entonces la política migratoria argentina ha girado en torno a la regularización de la residencia la que ha pasado a ser su eje.

En lo formal, muchos autores celebran lo que se muestra como un cambio de paradigma, que pasa de la consideración de la migración como amenaza a la seguridad nacional, con importantes restricciones a los derechos en función de la situación migratoria y amplia discrecionalidad de las autoridades migratorias, a un paradigma centrado en la lógica de los DDHH²². Discursivamente la *nueva* ley remite a una idea de sociedad

¹⁷ Este nuevo criterio se confirma con el Decreto N° 1.169/2004 (BO 13/09/2004) que otorga un régimen excepcional de regularización para los ciudadanos de países extra MERCOSUR.

¹⁸ Publicado en el BO 03/05/2010.

¹⁹ BO 08/07/2004. Complementado en el año 2005 por el Decreto N° 578 y formalizado por las Disposiciones de la DNM N° 53.253/2005 y modificatorias.

²⁰ Estas medidas se complementan con las leyes N° 25.889; N° 25.900; N° 25.901 y N° 25.905.

²¹ Las más recientes medidas son las facilidades para la regularización de senegaleses y dominicanos que residan irregularmente en Argentina. DNM Res. 1/2013 y 2/2013, BO 10/01/2013.

²² En ese marco también se incluyen la Ley General de reconocimiento y protección al refugiado N° 26.165 (BO 04/12/2006), la Ley N° 26.202 que aprueba la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias

multicultural, integrada en la región e inclusiva, que respeta los derechos de los extranjeros y valora su aporte social y cultural (Novick, 2004:55); no obstante sigue considerando al migrante como quien puede *contribuir al desarrollo económico y social del país* (art. 3 inc. h) y como quien puede (y debe) ser integrado a la sociedad argentina, dando varios indicios²³ de la continuidad de la tendencia asimilacionista presente desde los inicios de la conformación del Estado argentino. Desde el texto de la norma se entiende también que el principal instrumento para esta integración es la regularización documentaria²⁴. Así considerada, la integración no es la consecuencia del principio igualitario y su expresión el goce y garantía de derechos en la sociedad receptora —agencia principal de esa integración—; sino que es vista (o sigue siendo vista) como una obligación del migrante como condición para su no marginación y como garantía de no discriminación.

Ciudadanías jerarquizadas

Si bien la Ley N° 25.871, que es el eje normativo de la política migratoria actual, usa el término *inmigrante*, éste como sujeto de derechos y deberes no se diferencia del extranjero en general, el inmigrantes es el “*extranjero que desee establecerse definitiva, temporaria o transitoriamente en el país*”²⁵. No obstante para poder observar el *pensamiento de Estado*, en cuanto a la construcción de la legitimación de la presencia del extranjero, hay que mirar más allá de esta norma y ver de qué manera ella se relaciona con otras normas y cómo juntas construyen distintos grados de ciudadanía. La primera observación que surge del análisis es que tanto la categoría *nacional* como la de extranjero no son homogéneas internamente.

Nacionales

La categoría de *nacional argentino* plantea a su interior una jerarquía de acuerdo a cuál sea el origen de la nacionalidad. La jerarquía se configura en función de los derechos diferenciales que se les reconoce o

BO 17/01/2007. Siendo Argentina (2007) y Paraguay (2008) los últimos países de la región en aprobarla. Ver NOVICK (2011: 120).

²³ Ver art. 3, incs. a), e) y h); art. 14 y art. 125 de la Ley N° 25.871.

²⁴ La relación entre la integración y la regularización se presenta con direccionalidades cambiadas, en la ley se habla de la regularización como mecanismo de integración, mientras que los regímenes especiales de regularización documentaria, presentan la oportunidad de regularización como “premio” a la integración demostrada, generalmente por la participación en el mercado laboral irregular.

²⁵ Art. 2 de la Ley N° 25.871.

limitan a cada categoría. Así en el mejor lugar de las categorías de ciudadanía encontramos al *argentino nativo*²⁶ que es el único titular de la ciudadanía plena. Luego está el *argentino por opción*²⁷, categoría que construye la ciudadanía sobre el vínculo de sangre de la persona que tiene padres argentinos, y los terceros en la jerarquía son los *ciudadanos por naturalización*²⁸. La ley llama *argentinos* sólo a quienes tienen un vínculo *natural* con el Estado nación (con el territorio o con la “sangre”)²⁹ y *ciudadanos por naturalización* a quienes optan por la nacionalidad argentina pero no pueden acreditar esos vínculos. La expresión *naturalización* como origen de la nacionalidad evidencia lo artificioso y construido tanto de una categoría como de la otra.

Quienes no han nacido en el territorio argentino tienen una ciudadanía de menor intensidad que los nacidos en el territorio a pesar de no ser jurídicamente extranjeros. Si bien la limitación en la mayoría de los casos de los derechos es mínima³⁰ violenta el principio de igualdad y discrimina en función del origen de la nacionalidad.

No obstante hay dos casos de prestaciones de carácter “alimentario” que no resiste el análisis en la lógica de los criterios de la nacionalidad, y parece llevarnos cerca de criterios legitimados desde la gestión de las migraciones. El más radical es la privación del beneficio de la Asignación Universal por Hijo para Protección Social³¹ a niños argentinos nativos fundado

²⁶ Ley Nº 346 art. 1, inc. 1 (Restituida en su plena vigencia por ley 23.059. BO 10/04/1984 con las modificaciones introducidas por las leyes Nº 16.801 y Nº 20.835, Nº 24.533 y Nº 24.951).

²⁷ Ley Nº 346, art. 1, inc. 2.

²⁸ Ley Nº 346 art. 2.

²⁹ Aunque, el territorio, como jurisdicción, también es una categoría jurídica y por lo tanto no natural, y la “sangre” es un criterio que vincula también a una categoría construida como es la nacionalidad de los padres.

³⁰ Los requisitos que la CN fija para ocupar el cargo de presidente (art. 89 nativo o por opción), de la misma manera lo hacen la mayoría de las Constituciones provinciales en relación a sus Poderes Ejecutivos (Córdoba art. 130, Ciudad Autónoma de Buenos Aires art. 97). Para ocupar el cargo de Senador, integrar la Cámara de Diputados y el Poder Judicial de la Nación (arts. 55, 48 y 111 respectivamente) se fija como requisito para los argentinos no nacidos en el territorio un tiempo mínimo de ejercicio de ciudadanía. Las leyes nacionales y provinciales de empleo público (Ley Nº 25.164, art. 4 BO 08/10/1999) exigen un tiempo de ejercicio de la ciudadanía a los argentinos no nacidos en el territorio. El Decreto Nº 8823/1969, restringe la posibilidad de obtener licencia para Práctico solo a los argentinos nativos y por opción excluyendo a los naturalizados, el mismo límite pone la Ley Nº 26.165 (BO 01/12/2006) para conformar la Comisión Nacional para los Refugiados. Algunas legislaciones provinciales realizan la misma exclusión para los miembros del Poder Judicial. Todas estas normas contradicen el art. 16 de la CN que afirma: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

³¹ Establecida por Decreto Nº 1602/2009 (BO 30/10/2009), es una prestación monetaria no retributiva de carácter mensual, que se abona por cada hijo menor de dieciocho años o sin

en la situación de irregularidad migratoria de sus padres. Y el segundo se refiere a la necesidad de acreditar 5 años de ejercicio de la ciudadanía para los casos de pensiones por vejez e invalidez para los argentinos naturalizados³².

Extranjeros

Los *extranjeros* tampoco son una categoría homogénea en su interior. El art. 20 de la CN, reconoce a los extranjeros *todos los derechos civiles del ciudadano*, y les da la posibilidad de adoptar la nacionalidad argentina, aunque la situación del mantenimiento de su nacionalidad no altera el ejercicio de sus derechos civiles, sociales y económicos, no obstante hay una importante diferencia en el reconocimiento de derechos con los nacionales argentinos. En primer lugar a nivel nacional se les impide el ejercicio de los derechos políticos, no obstante la legislación infraconstitucional puede otorgárselos³³.

Como ya vimos también están excluidos de poder incorporarse a muchos cargos públicos y tienen límite para integrar ciertos organismos³⁴ y para la compra de inmuebles rurales³⁵.

La igualdad entre nacionales y extranjeros en el ejercicio del derecho de tránsito³⁶ y locomoción, se ve contrariada con la posibilidad de perder la residencia que tienen los extranjeros que con residencia perma-

límite de edad cuando se trate de un discapacitado, siempre que quien la recibe no estuviere empleado o percibiendo alguna de las prestaciones previstas en la Ley N° 24.714 (BO 18/10/1996).

³² Decreto N° 432/97 (BO 20/05/1997) modificado por el Decreto N° 582/03 (BO 14/08/2003) art. 1 inc. d).

³³ Las Cartas Orgánicas de la mayoría de los municipios y comunas del interior de las provincias argentinas reconocen el derecho de sufragio activo a los extranjeros que cumplen con determinadas condiciones y requisitos. Formosa es la única provincia argentina en la que, hasta ahora, no se reconoce a los extranjeros residentes el derecho de sufragio activo en ningún nivel de gobierno. A nivel provincial reconocen el voto a los extranjeros Córdoba, Buenos Aires, Misiones, Tucumán, entre otras.

³⁴ No pueden ser guarda parques, prácticos, no pueden integrar la comisión para los Refugiados y tienen límite para integrar las Asociaciones Sindicales; en algunas provincias no pueden ser docentes ni integrar las fuerzas de seguridad, los tribunales de cuentas ni los jurados populares.

³⁵ Ley N° 26.737 (BO 28/11/2011), es interesante analizar en esta ley, lo que excede los objetivos de este trabajo, las excepciones que plantea, es decir cuándo los extranjeros pueden comprar tierras rurales, ya que fija criterios de hecho no vinculados necesariamente a condiciones jurídicas. Habrá que ver en el futuro como se instrumentan las pruebas de estas circunstancias de hecho.

³⁶ Art. 62 de la Ley N° 25.871. Esta restricción fue introducida en el año 1963 durante el gobierno *de facto* y se siguió reproduciendo en la legislación posterior aún cuando hace una distinción inconstitucional.

nente permanecen fuera del territorio argentino por algún tiempo. Si bien el derecho no está condicionado en su ejercicio explícitamente, la posibilidad de pérdida de la residencia y por tanto de la condición de *habitante*³⁷ marca una diferencia importante.

Regulares/irregulares

Dentro de los extranjeros en cuanto al reconocimiento de derechos podemos encontrar una primera jerarquización vinculada a la situación de residencia, en relación a esto los extranjeros pueden ser *regulares* o *irregulares*.

Si bien la *nueva Ley de Migraciones* (Ley N° 25.871) pretende excluir³⁸ a los residentes irregulares como categoría migratoria, los convierte en categoría al concederles o negarles derechos. Así los trata como categoría cuando reconoce derechos a los migrantes *cualquiera sea su situación de residencia* (arts. 7, 8, 56, 57 y 58) o cuando incluye en sus objetivos integradores solo a *inmigrantes que residan de forma legal* (art. 3 inc. h) o les impide a quienes no tienen su residencia regularizada la posibilidad de trabajar o de recibir alojamiento (arts. 53 y 55)³⁹.

Otra jerarquía creada por las normas es la que surge de la habilitación para el ejercicio de derechos a los residentes *permanentes* en desmedro de los *temporales* y obviamente de los *irregulares*. Como ejemplo podemos mencionar los límites para la recepción de órganos, ya que para aspirar a la posibilidad de ser receptor de órganos cadavéricos⁴⁰ hay que ser residente permanente y para órganos de donadores vivos hay que tener residencia temporal o transitoria por razones de tratamiento médico⁴¹. También hay que agregar la posibilidad que sólo tienen los residentes permanentes para optar por el reconocimiento de la identidad de género en

³⁷ Art. 14 CN.

³⁸ La Ley N° 25.871 terminó discursivamente con la categoría *ilegal* aplicada a la residencia del migrante que hacía la ley anterior, no obstante en el Título IV, Capítulo I: sigue hablando “*De la legalidad o ilegalidad del ingreso o la permanencia*” manteniendo las ideas y los valores que sustentaban la anterior categoría de “residencia ilegal”.

³⁹ Hay que aclarar que hay también categorías de residentes regulares que no están habilitados para trabajar (arts. 51 y 52).

⁴⁰ Res. 342/2009 del INCUCAI (Instituto Nacional Único Coordinador de Ablación e Implante) BO 29/12/2009.

⁴¹ Estas restricciones se hacen en el marco de la Ley N° 25.871 y se justifican desde el objetivo de “*reducir el turismo de trasplante*”. Este objetivo y el enmarque en la *Ley de Migraciones* tornan más obvia la contradicción. Ya que si el verdadero objetivo es evitar estas prácticas que “*atentan los principios de justicia y respeto a la dignidad humana*” (Considerandos de la Resolución N° 342/2009) este se podría conseguir solo con la acreditación de la residencia de hecho, como lo permite la CSJN para la obtención de la nacionalidad argentina (Caso Ni I-Hsing s/carta de ciudadanía).

el DNI, a pesar de que los residentes temporales también tienen DNI⁴². A quienes están irregulares se les limita su inclusión en algunos planes sociales. Otro límite formal que subsiste en las reglamentaciones administrativas de algunas instituciones sanitarias es la necesidad de acreditar identidad con Documento Nacional de Identidad (DNI) circunstancia que los residentes irregulares no tienen posibilidad de cumplimentar. La exigencia de este requisito, resabio de la anterior legislación, es un obstáculo para la habilitación de las historias clínicas y la inclusión en algunos programas de salud⁴³.

Irregulares por desnaturalización de la residencia/ Irregulares por ingreso (Clandestinos)

Esta subclasificación de los migrantes irregulares se genera según que el origen de la irregularidad esté en el ingreso o en la permanencia.

La permanencia irregular se configura cuando el extranjero admitido como residente temporal o transitorio no abandona el país al vencimiento del plazo o *desnaturaliza los motivos por los que fue admitido*⁴⁴. Y el ingreso es irregular y coloca al migrante en la condición de *clandestino*⁴⁵ cuando ingresa al territorio del país por lugares no habilitados por la DNM⁴⁶. El *clandestino* está en peores condiciones que el migrante irregular porque está privado de la posibilidad de regularizar su residencia y son posibles de expulsión (art. 29 inc. i y art. 37).

La exigencia de la tarjeta de entrada como única forma de acreditar el ingreso legal al territorio nacional⁴⁷, coloca en la categoría de *clandestino* a un gran número de migrantes de países limítrofes que no necesariamente ingresaron de manera fraudulenta. La presentación de la tarjeta de entrada al país debidamente intervenida por la autoridad migratoria como prueba del ingreso legal es cuestionable desde el punto de vista constitucional ya

⁴² Resolución Conjunta 2/2013 DNM y Resolución Conjunta 1/2013 Dirección Nacional del Registro Nacional de las Personas.

⁴³ Si bien los operadores de salud, en la mayor parte de los casos, procuran medios para eludir la exigencia, mantenerla da lugar a arbitrariedades y privaciones de derechos.

⁴⁴ Art. 61 de la Ley N° 25.871 y de su Decreto Reglamentario N° 616/2010.

⁴⁵ Categoría que apareció con las primeras medidas restrictivas del siglo XX, y es considerada como impedimento de ingreso desde el *Reglamento Migratorio* de 1923 (art. 10, inc. k).

⁴⁶ Las Leyes N° 26.240 y N° 26.535 hacen referencia a esta categoría. Estas leyes aprueban los Acuerdos con Brasil y Perú que tienen por objetivo otorgar residencias permanentes a los nacionales de uno de los países que tengan residencias transitorias o temporales otorgadas por el otro (BO 07/05/2007 y BO 28/10/2009, respectivamente).

⁴⁷ Las Disposiciones de la DNM que aprueban los instructivos de trámites para ciudadanos del MERCOSUR y extra MERCOSUR N° 1488/2010 y 1105/2011 respectivamente y la Resolución de la DNM N° 2529 art. 7 inc. c).

que invierte la carga de la prueba del requisito exigido por el inc. c) del art. 29 de la Ley N° 25.871 de no haber eludido el control en el ingreso al territorio Argentino. La única forma de *purgar* la clandestinidad es saliendo y volviendo a entrar por lugares habilitados.

También es cierto que hay normas⁴⁸ que no distinguen entre nacionales y extranjeros y hacen explícita la equiparación entre unos y otros; y que luego de la sanción de la Ley N° 25.871 existe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Nacional (CSJN) que ha dejado sin efectos muchas de las discriminaciones que enunciamos aquí en los casos concretos en los que ha intervenido⁴⁹, no obstante las normas que consagran la categorización y el reconocimiento diferenciado de derechos siguen vigentes. Esta jurisprudencia de la CSJN no hace más que confirmar la ilegitimidad de la discriminación a la vez que manifiesta el carácter no monolítico del Estado y la polifonía de sus discursos, lo que complejiza la identificación de la política migratoria y la caracterización *del pensamiento de Estado* respecto a los migrantes.

Tan o más importantes que las normas discriminatorias y que jerarquizan a las personas en función de su nacionalidad, el origen de la misma o su situación de residencia son las prácticas que las vehiculizan y las que desconocen situaciones de equiparación normativa. En las prácticas de los operadores de las distintas burocracias del Estado, como en la de las personas que se vinculan con los extranjeros no aparecen solamente, como elementos estructuradores los contenidos normativos sino que entran a jugar también otros factores ideológico-políticos (étnicos, de género, de clase, etc.) que contribuyen a reforzar estas jerarquías y a desdibujar la idea de ciudadanía como goce de derechos y la suplantán por discriminación y exclusión o en el mejor de los casos por concesión graciosa de algún grado de ciudadanía.

Reflexiones y consideraciones finales

La subsistencia de los criterios de *nacionalidad* y del *origen de la nacionalidad* y de la *regularidad migratoria* como distribuidor de derechos y de la posibilidad de ejercicio de la ciudadanía ayuda a poner en evidencia el tipo de relación entre el discurso de los DDHH asumido por la “nueva

⁴⁸ Por ejemplo Ley de Educación Nacional N° 26.206, la Res. N° 327/2011 del Ministerio de Salud sobre el Programa Nacional de Cardiopatías Congénitas.

⁴⁹ Hooft, Pedro c/ Provincia de Buenos Aires (JA 2005-I-554) del 16/11/2004; Reyes Aguilera c/ Estado Nacional (CSJN R350 XLI) del 4/09/2007; Zhang, Hang c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (Z. 138. XL) del 23/10/2007; Ni I-Hsing s/carta de ciudadanía (CSJN N 13 XLII), del 23/06/2009; para citar los más recientes.

política migratoria argentina” y el grado de cambio que ella ha significado. En este sentido la subsistencia de ciudadanías diferenciadas es un punto de observación para relativizar el cambio de paradigma anunciado por voces oficiales y celebrado desde algunos espacios políticos y académicos. Un cambio paradigmático orientado por la perspectiva de los DDHH significaría un cambio de visión del mundo social y de las categorías de distribución de derechos, haciendo innecesaria las distinciones en base a la nacionalidad. La consideración de la migración como un derecho humano (Art. 5 de la Ley N° 25.871) significa que su ejercicio —migrar— nunca podría ser el origen de limitaciones a otros derechos fundamentales para la vida, cultural, social y política. La no equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros sigue mostrando en el *pensamiento de Estado* la ilegitimidad de la presencia del migrante y su vínculo con la no pertenencia y con lo provisorio.

Una idea que surge de nuestra observación y que es interesante examinar, es la eficacia de la función simbólica (también podría decirse ideológica) del derecho. Un punto para profundizar este análisis es la incorporación de la retórica de los DDHH por un lado y su utilización desde la gestión global de las migraciones por el otro. La función simbólica del derecho hace referencia a la posibilidad que tiene el derecho, frente al conflicto de intereses, de crear apariencia de consenso proclamando y manteniendo símbolos a los que todos pueden adherir, creando la ilusión de unidad, manipulándolos para encubrir la imposibilidad de realizarlos en la práctica. El derecho preserva la apariencia de unidad, en tanto que tolera y refuerza ideales que circulan en direcciones opuestas. De esta forma el derecho genera consenso en torno a un símbolo con el que nadie puede estar en desacuerdo (el derecho humano a migrar) a la vez que fortalece los mecanismos de control de las migraciones. Cuando el control directo falla o pretende ser disimulado el Estado crea ciudadanías diferenciadas como formas sutiles⁵⁰ de exclusión.

La legitimidad de la presencia del migrante, debe asentarse en su condición de persona, y no en la regularización de la residencia, en la nacionalidad (que siempre conservará la mácula del origen “no natural”), en su aporte al sistema económico, o en el mejor de los casos en la concesión graciosa de reconocimiento de su ciudadanía por el Estado. La relación de la lógica de la migración con una lógica de ciudadanía post nacional es un aspecto en el cual coincidimos desde el punto de vista político, la posibilidad de su concreción, en el actual contexto de globalización capitalista, es un aspecto interesante en torno al cual reflexionar.

⁵⁰ Sutiles en su forma de manifestación, no en sus consecuencias.

La idea del trabajo fue presentar algunos indicadores que ponen en evidencia la irrealidad del anunciado “cambio de paradigma” en la política migratoria argentina. Las causas e “intenciones” que hay detrás de esto, si es una forma de relegitimar las políticas de control respondiendo a las exigencias de la gobernabilidad migratoria⁵¹, si son consecuencia del acomodamiento de neoliberalismo y la necesidad de controlar y flexibilizar el mercado laboral⁵², si responde a la repetición irreflexiva por parte de los operadores de las distintas burocracias del Estado de los *habitus* estructurados bajo la normativa anterior, es un tema interesante y necesario de profundizar y para lo cual el aporte de este trabajo puede ser de utilidad.

Bibliografía

ANDRIJASEVIC RUTVICA y WILLIAM WALTERS (2010), “The International Organization for Migration and the international government of borders” en *Environment and Planning D: Society and Space*. 2010, Vol. 28, pp. 977-999.

BAUMAN, ZYGMUNT (2005), *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*. Buenos Aires, Paidós.

BAUMAN, ZYGMUNT (1992), “Soil, blood and identity” en *The Sociological Review*, 40 (4), pp. 675-701.

BOURDIEU, PIERRE (1990), “Algunas propiedades de los campos” en *Sociología y cultura*. México, DF: Conaculta, pp. 135-141.

CENICACELAYA, MARÍA DE LAS NIEVES (2004), “Protección nacional e internacional de los derechos humanos de los migrantes”, en *Actas del V Congreso Nacional de Sociología Jurídica*. Santa Rosa: Universidad Nacional de La Pampa, pp. 641-648.

COTTRELL, ROGER (1991), *Introducción a la Sociología del Derecho*. Barcelona: Ariel.

DOMENECH, EDUARDO (2009), “La visión estatal sobre las migraciones en la Argentina reciente. De la retórica de la exclusión a la retórica de la inclusión” en DOMENECH, EDUARDO (Comp.) *Migración y política: el estado interrogado*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, pp. 21-70.

DOMENECH, EDUARDO (2011), “La gobernabilidad migratoria en la Argentina: hacia la instauración de políticas de control con ‘rostro humano’”, *Trabajo presentado en el IV Congreso de la Red Internacional de Migración y Desarrollo “Crisis global y estrategias migratorias: hacia la redefinición de las políticas de movilidad”*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Sede Ecuador) 18 al 20 de mayo. Disponible en http://rimd.reduaz.mx/ponencias_flasco/PonenciaEduardoDomenech.pdf.

GHOSH, BIMAL (2008), “Derechos humanos y migración: el eslabón perdido”, en *Migración y Desarrollo*, N° 10. Disponible en <http://www.redalyc.org/redalyc/pdf/660/66001003.pdf> acceso el 5 de diciembre de 2012.

GIL ARAUJO, SANDRA (2009), “Interrogar al Estado desde la Inmigración” en DOMENECH, EDUARDO (Comp.), *Migración y política: el estado interrogado*, Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, pp. 13-20.

⁵¹ Ver DOMENECH (2011) y ANDRIJASEVIC RUTVICA y WILLIAM WALTERS (2010).

⁵² Ver GLICK-SCHILLER (2009).

GLICK-SCHILLER, NINA (2009), "A Global Perspective on Transnational Migration: Theorizing Without Methodological Nationalism", *Centre on Migration, Policy and Society Working Paper* no. 67, University of Oxford.

HINDESS, BARRY (2002), "La Ciudadanía Neoliberal" en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, septiembre-diciembre, (México: Universidad Autónoma de México) año/vol. XLV, nº 186, pp 107-131. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/421/42118604.pdf> acceso el 15 de diciembre de 2012.

LEVITT PEGGY y NINA GLICK-SCHILLER (2004), "Perspectivas internacionales sobre migración: conceptualizar la simultaneidad" en *Migración y desarrollo*, 2º semestre, nº 003 Red internacional de migración y desarrollo (Zacatecas: Latinoamericanistas) pp. 60-91 Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/660/66000305.pdf> acceso el 25 de Diciembre de 2012.

MEZZADRA, SANDRO (2012), "Capitalismo, migraciones y luchas sociales. La mirada de la autonomía" en *Nueva Sociedad*, nº 237 (Buenos Aires: Fundación Friedrich Ebert) Disponible en www.nuso.org.

NOVIK, SUSANA (1997), "Políticas migratorias argentinas". En *Inmigración y discriminación, políticas y discursos*. Oteiza, Novick, y Aruj. Buenos Aires: Grupo Editor Universitario, pp. 83-139.

NOVICK, SUSANA (2004), "Migraciones y políticas públicas supranacionales. La reciente política migratoria argentina en el contexto del mercosur" en *Actas del V Congreso Nacional de Sociología Jurídica*. Universidad Nacional de La Pampa, Santa Rosa, pp. 49-59.

NOVICK, SUSANA (2011), "Migraciones en el Cono Sur: políticas, actores y procesos de integración", en FELDMAN BIANCO y otros, *La construcción social del sujeto migrante en América Latina. Prácticas, representaciones y categorías*. Quito: flasco, pp. 111-146.

PACECCA, MARÍA INÉS (2001), "Migrantes de ultramar, migrantes limítrofes. Políticas migratorias y procesos clasificatorios. Argentina, 1945-1970. Informe final del concurso: Culturas e identidades en América Latina y el Caribe. Programa Regional de Becas clacso". Disponible en: <http://www.bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/2000/pacecca.pdf> acceso el 10/05/2011.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA (2009), *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común del derecho*. Bogotá: Trotta-Ilsa.

SAYAD, ABDELMALEK (2008), "Estado, nación e inmigración. El orden nacional ante el desafío de la inmigración" en *Apuntes de Investigación del CECYP*, nº 13, pp. 101-116.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL (2004), "Migración y discriminación: la nueva ley en perspectiva histórica", en GIUSTINIANI, RUBÉN (comp.), *Migración: un derecho humano*, Prometeo: Buenos Aires, pp. 45-50.



EL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS DE NNA: DESAFÍOS Y NUEVOS RIESGOS EN LA ACCESIBILIDAD DE LOS DERECHOS[†]

*Laje, María Inés**
*Fredianelli, Graciela***
*y otras****

Resumen: En este artículo deseamos compartir algunos interrogantes sobre el estado de implementación del Sistema Integral de Protección de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (NNA) que la ley promueve a nivel provincial, entendiendo por éste al conjunto de órganos, programas, instituciones y servicios, como así también, de diversos actores gubernamentales y no gubernamentales de los distintos poderes y en distintos ámbitos a los cuales la ley les asigna una participación activa, destinados a la promoción, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de NNA. Consideramos que se han modificado discursos y prácticas que inciden de diferente manera en los actores, generando nuevas expectativas y posibilidades, con algunos avances pero con retrocesos y nuevos riesgos. Estos interrogantes corresponden a los objetivos del proyecto de investigación¹ que está en proceso de desarrollo, desde una perspectiva interpretativa/compreensiva, se están utilizando las estrategias de la metodología cualitativa. Lo que presentamos son algunos avances de la misma que surgen del análisis de entrevistas realizadas a diferentes agentes del Poder Ejecutivo y Judicial de la Provincia de Córdoba y de la revisión de documentos oficiales y bibliografía sobre la temática.

Palabras claves: Protección integral- accesibilidad derechos- niños y adolescentes.

[†] Recibido el 07/06/2013, Aprobado el 01/10/2013.

* Dra. de la UBA en Antropología, Investigadora del CIJS, docente en Carreras de Maestría y doctorado de las Universidades Nacionales de Córdoba y San Luis. milaje1@hotmail.com.

** Mgter en Ciencias Sociales, Escuela de Trabajo Social, Facultad de Derecho. UNC. grafredianelli@hotmail.com.

*** Adriana Gamez Schroeder, Abogada, Estudiante de Doctorado CEAUNC laadrigamez@gmail.com. Natalia González, Lic. en Trabajo Social. natalia.ts.gonzalez@gmail.com. Marianela Grasso, Lic. en Trabajo Social. E. de Trabajo Social, Facultad de Derecho. UNC. marianela26585@hotmail.com. Sofía Rizzo, Lic. En Trabajo Social. E. Trabajo Social, Facultad de Derecho. UNC. sofiarizzo@hotmail.com.

¹ Esta investigación forma parte del Proyecto PICTO 2010/044 "Acceso A la Justicia de Sectores vulnerables en la Región Cuyo" en el que participan las Universidades Nacionales de San Juan, Cuyo, de San Luis, Villa María y Córdoba. Quienes realizan este artículo están a cargo del sub-proyecto "La accesibilidad a la justicia de sectores vulnerables: niños/adolescentes pobres víctimas de criminalización/tutelar en la Provincia de Córdoba" 2011/2012.

I. Introducción

Este artículo recupera algunos avances enmarcados en el Sub-Proyecto: Accesibilidad a la justicia de sectores vulnerables: niños, niñas/adolescentes pobres víctimas de criminalización/tutela en la Provincia de Córdoba; focalizando el objeto de estudio en la situación de niños, niñas/adolescentes que en virtud de su condición de pobreza/exclusión/vulnerabilidad desde la visión de la Doctrina de la Situación Irregular e Ideología Tutelar, so pretexto de “tutela”, se les niega su condición de sujeto de derechos y se le aplican medidas discrecionales que derivan en situaciones de “criminalización” de niños, niñas/adolescentes pobres que no cometen delitos y si los cometen o se sospecha de tales actos, se les niegan los derechos y las garantías constitucionales mínimas que todo proceso penal debe contener y se le aplican medidas contrarias a Derecho (Convención Internacional de Derechos del Niño —CIDN—). No sólo se les vulneran derechos, sino que se agudizan situaciones de exclusión y se reproduce la violencia (son victimizadas desde las Políticas/No políticas); aún en el actual marco de implementación del Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (NNA), en la provincia de Córdoba.

El nuevo paradigma, entre otros aspectos proclama y establece, como primera condición el derecho de los niños a vivir en familia y comunidad. Tal afirmación aparece como evidente y sencilla, como aspiración de la sociedad, pero la trayectoria de las políticas públicas de la infancia no han garantizado esta posibilidad para una gran parte de la población infantil; y hoy se interpela fuertemente al Estado como el principal garante de esta condición y de los derechos de niños y adolescentes, cuando están expuestos a constantes procesos de vulneración de los mismos.

Nos interesa exponer un análisis del contexto legal e institucional que se viene implementando en la Provincia de Córdoba en relación al Sistema de Protección Integral de NNA; implementación que no está exenta de disputas, tensiones y omisiones entre los actores institucionales involucrados, que derivan en procesos de vulneración de derechos de niños y adolescentes y sus grupos familiares.

Lo explicitado es un recorte del proceso investigativo que venimos desarrollando desde una epistemología interpretativa, utilizando estrategias cualitativas, que nos facilitan, en este proceso flexible y emergente, establecer continuos caminos de ida y vuelta entre el problema de investigación y los objetivos planteados, las perspectivas teóricas y el análisis e interpretación de la información. Por lo tanto nos parece importante dar cuenta de este contexto legal e institucional, recuperando algunos posicionamientos de los actores estatales (judiciales y políticos-administrativos),

así como otros de organizaciones no gubernamentales; frente a los procesos de cambios que demanda el nuevo marco jurídico.

Aspecto que remite al reconocimiento acerca de las dinámicas socio-institucionales que obstaculizan y/o facilitan el acceso a la justicia en la demanda por la restitución de derechos debido a violaciones a los Derechos Humanos de sectores en situación de vulnerabilidad, es una de las dimensiones de análisis planteada en el proyecto.

A continuación daremos cuenta de: a.- aportes del enfoque de derechos para el análisis del proceso de implementación del Sistema de Protección Integral de NNA; b.- la implementación del Sistema de Protección Integral de NNA en la provincia de Córdoba; c.- posicionamiento frente a los cambios de los actores sociales estatales.

II. Aportes del enfoque de derechos

La protección integral de NNA, como paradigma, propugna la visión de niños/as y adolescentes como sujetos de derechos, supone la implementación de políticas sociales, que expresen programas y proyectos basados en los derechos humanos; entonces se trata de un enfoque, que sitúa a las personas como titulares de los mismos, implicando un cambio en la forma de sustentar y ejecutar las políticas públicas. Incluye todos los principios fundamentales de no discriminación, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos: civiles, políticos, económicos, culturales y sociales.

Es decir, supone cambiar la lógica de los procesos de elaboración de políticas, donde el punto de partida son sujetos con derecho a demandar determinadas prestaciones y conductas; estableciendo diferencias, este punto de partida, en cuanto a la perspectiva de necesidades y asistencia.

Entendido el “enfoque de derechos” como un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano que está basado normativamente en principios y estándares internacionales de Derechos Humanos y operativamente dirigido a respetarlos, protegerlos y satisfacerlos; no obstante a pesar de ciertos avances en materia de reconocimiento de derechos o la incorporación en los últimos años de cierta retórica de “derechos” en las políticas sociales aún queda un largo camino por recorrer en la implementación de esta perspectiva tanto, en la región como en particular en la Argentina. (Arcidiácomo, 2008).

Los análisis en este sentido, permiten afirmar que persiste un esquema político caracterizado por: la oferta de beneficios asistenciales; la multiplicidad de programas otorgados discrecionalmente y bajo la lógica clientelar; soluciones basadas en el supuesto de la “responsabilización

individual” por parte de los receptores de las políticas; la falta de participación de los sectores vulnerables en la construcción de la política; la permanente re-denominación de viejos programas, falta de control y con falencias en materia de información pública (tanto en términos de producción como de acceso).

La situación expresada es importante porque debe tenerse en cuenta, que durante el ciclo de hegemonía neoliberal el concepto de equidad sustituyó a la igualdad como objetivo a alcanzar. Esto supone un problema en tanto no son intercambiables entre sí. Este deslizamiento tiene consecuencias, más allá de lo retórico, pues es constitutivo de las políticas públicas y de las sociedades por las transformaciones neoliberales. La igualdad, corresponde al plano de los valores, el valor de la igualdad postula el ideal de una sociedad de próximos entre sí, y la equidad refiere al plano de los recursos procedimentales, es decir de la distribución y observa los umbrales mínimos y la ubicación de las personas respecto a ellos. (Danani, 2008).

Pero destaca Danani que en el espacio de la vida social y política, se observa que la consagración de los derechos y la construcción de legitimidad, requiere de ambos: valores y procedimientos. Si sólo se postula la equidad, el eje rector es *lo básico*, funciona como un principio rector de procedimientos en el plano de la distribución: necesidades básicas, consumos básicos, es decir no importa tanto cuánta sea la distancia socio-económica, sino si es que todos los individuos tienen lo básico para enfrentar la vida. Reconocidas ya son las estrategias de este tipo de políticas: los procesos de privatización, focalización y descentralización.

Concluye Danani: *“Por lo tanto, cuando se formula un juicio desde el paradigma de la igualdad, se juzga como negativa la distancia socio-económica entre individuos o entre grupos. Cuando el juicio se enuncia desde el punto de vista de la equidad, en cambio, no importa cuánta sea la distancia socio-económica si es que todos los individuos tienen lo básico para enfrentar la vida”.* (2008:42).

Otro aspecto a tener en cuenta y relacionado con lo anterior es que luego del proceso de hegemonía neoliberal, se comienza a utilizar un lenguaje basado en el enfoque de derechos, pero se advierten ciertas dificultades, en tanto problemas de concordancia entre el discurso de políticas enunciadas conforme a derechos, pero no necesariamente se condice con el contenido de políticas basadas en DDHH fundamentales; como a su vez, los principales programas diseñados post crisis, con uso de lenguaje de los derechos acapara el conjunto de la burocracia asistencial. (Pautassi, 2011).

Es decir, otorgar derechos implica reconocer un campo de poder para sus titulares, reconocimiento que limita el margen de acción de los

sujetos obligados, entre ellos el Estado. Y en el ámbito de las políticas sociales, implica considerar a todos y cada uno de los ciudadanos/as como sujetos titulares de derechos y no como simples “beneficiarios” de programas sociales transitorios.

III. La implementación del Sistema de Protección Integral de NNA en la provincia de Córdoba

La Ley Nacional N° 26.061, traduce el texto de la CIDN, respetando el andamiaje constitucional y la organización federal del país. Noris Pignata destaca entre los principios y pautas rectoras de la ley, que la misma es: a.- una norma de derechos humanos; b.- el medio social familiar es el eje rector de la protección de niños/as y adolescentes, ampliando el concepto de familia a diferentes formas de “ser familia”. Expresa la autora, que *“...la ley no acota el término sino que lo amplía abriendo el espectro de adultos responsables del cuidado y protección de los niños y niñas”*. (2007:3). Considera que esta definición destaca la importancia que el Estado asigna a los lazos familiares (sean consanguíneos o no); acompañando esta decisión con las medidas necesarias para preservarlo. Es decir que los objetivos estatales son conservar esa inserción mientras la misma no sea contraria al interés superior del niño / niña. c.- establece la corresponsabilidad del Estado, las organizaciones y la sociedad. d.- El *interés superior del niño* es tomado como principio, garantía y pauta de orientación; significa 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. (Pignata, 2007).

Por otra parte, y de interés para el presente estudio, se destaca que los responsables últimos de la aplicación de la ley son los organismos estatales, en la ejecución de políticas públicas, que respeten el Interés Superior del Niño, así como la garantía de la asignación de recursos. También incluye como corresponsables a la familia y a la comunidad.

Entonces por lo previamente desarrollado, en el Sistema de Protección Integral, el Estado es el principal garante de las políticas públicas universales (educación, salud, vivienda), como las de protección especial de derechos (programas especiales) que posibiliten el cumplimiento efectivo de todos los derechos (civiles, políticos y sociales) de los niños/as y adolescentes; siendo la comunidad y la familia corresponsables en la promoción, defensa y protección de los derechos.

La base de este Sistema es la planificación a nivel federal, (implica los tres niveles de desagregación nacional, provincial y municipal) y las instancias en los poderes del Estado (administrativo, legislativo y judicial) y

las acciones intersectoriales de estos poderes. Según el artículo 42 de la ley, reconoce niveles territoriales dentro del *Sistema Federal Nacional*: Nación, Provincia, Municipio y Centros de Participación Comunitaria y *Ámbitos de Concertación de Políticas*: refiere a los Consejos de Niñez, Adolescencia y Familia, en los distintos niveles: nacional, provincial, municipal y de participación comunitaria. El *ámbito administrativo de ejecución de políticas*, también en los distintos niveles, abarca las Secretarías de Niñez, Adolescencia y Familia, y las Unidades de Desarrollo Regional, y a nivel comunitario los Servicios de Protección de Derechos. El *ámbito jurisdiccional*, a nivel federal y los Juzgados de Niñez, Juventud y Violencia Familiar (en el caso de Córdoba) y el *ámbito de defensa de los derechos*: el defensor de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Sobre la base de grandes líneas de planificación y diseño a nivel federal, se identifica en primer lugar las políticas públicas y programas que realizan las provincias y municipios; medidas de protección integral cuando falte el acceso a esas políticas y medidas de excepción que se adoptan en sede administrativa con control de legalidad en la Justicia. Este Sistema, es de naturaleza política y social, por lo tanto, requiere de procesos de consensos y acuerdos entre los distintos actores, así como la observancia de intervenir desde un enfoque de derechos, aspectos que no están exentos de conflictos en los distintos ámbitos y actores.

Al respecto observa Konterllnik que son necesarios dispositivos que promuevan, faciliten, sirvan de vehículo para alcanzar la integralidad, la universalidad y la participación de los niños y adolescentes en la formulación e implementación de las políticas tanto en el nivel nacional, provincial, municipal y también barrial, apuntando así a superar la discriminación de los sistemas especializados, la fragmentación de las políticas y programas, y la centralización del financiamiento y las decisiones que obstaculizan la creatividad y la innovación y que también permitan la adaptación a las particularidades de cada región o comunidad. *“Dentro de este sistema, organizado para realizar, promover y proteger derechos, los órganos judiciales recobran su rol primario de impartir justicia, interviniendo en la resolución de conflictos jurídicos, sean éstos de orden privado o bien cuando el Estado viola u omite sus obligaciones con el objeto, ahora sí de proteger o restituir derechos”*. (Konterllnik, 2005:7).

Algunas referencias históricas sobre los cambios legislativos producidos en la provincia de Córdoba resultan necesarias de señalar pues permiten comprender el controvertido proceso de adecuación normativa y mostrar el complejo “contexto de transición” por el que esta provincia recorre en la actualidad.

En 1966 se sanciona en el marco de la Ley del Patronato de Menores (10.903), la Ley Provincial N° 4873, constituyéndose el marco regula-

torio e institucional que, con algunas modificaciones, tuvo vigencia hasta fines del año 2002, cuando ésta es derogada y se sanciona la Ley Provincial N° 9053, de Protección Judicial del Niño y el Adolescente. Esta ley lejos de sustentarse en la CIDN colisiona, en varios de sus artículos, con los principios que la orientan, y que tendrá vigencia hasta comienzos de 2011.

Sin pretender, por razones de espacio, hacer un análisis exhaustivo, vamos a señalar algunas cuestiones que nos parecen relevantes. La Ley 9053 dispone que los NNA que encuentren vulnerados sus derechos, gozan de la “protección judicial”, esto permite y faculta a los operadores jurídicos a tomar medidas destinadas a restablecer esos derechos. La intervención judicial está basada en supuestos legales que la misma ley determina y establece. Sin embargo, estos supuestos, están definidos a través de categorías amplias, difusas y ambiguas, que al habilitar tal intervención permite que se filtre el paradigma de la “situación irregular”. Así, y de acuerdo a los artículos 23 y 24, el juez puede aplicar medidas tutelares y complementarias tales como la orientación a los padres, tutores o guardadores; orientación, apoyo y seguimiento temporáneo al NNA y/o a su familia; inscripción y asistencia obligatoria en establecimiento oficial de educación básica; inclusión en programa oficial o comunitario de asistencia y apoyo al NNA y su familia; tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico.

Es entonces el Poder Judicial quien interviene ejerciendo una función de control social sobre la familia y el niño, niña/adolescente, cuando en realidad deberían estar previstas instancias y/o procedimientos administrativos destinados a adoptar medidas de protección de derechos, evitando de esta manera la judicialización de las distintas problemáticas sociales.

El paradigma de la protección integral está basado en la desjudicialización, esto implica que toda medida de protección, aún las excepcionales, debe ser dispuesta por la autoridad administrativa de aplicación. Así, la instancia judicial se limita solo al control de la legalidad de las medidas dispuestas por la administración. Este principio se refuerza con la posterior sanción de la Ley Nacional 26.061, y la adhesión a ella mediante la Ley Provincial N° 9396 en 2007, quedando de esta manera afectado el texto originario de la ley 9053.

Este análisis se puede hacer extensivo al artículo 47 del ley 9053, correspondiente al procedimiento correccional². La utilización de cate-

² Ley 9053. Art 47: “Objeto primordial: El procedimiento correccional tendrá por objeto primordial la protección y asistencia integral de los niños, adolescentes en conflicto con la ley penal, debiendo partir de un diagnóstico de la situación personal, familiar y ambiental, y garantizar lo conducente al logro de su integración social, a través de una atención que dé prioridad al abordaje educativo multidisciplinario, con especial énfasis en su capacitación para el acceso del mercado laboral”.

rías amplias y ambiguas tales como “integración social”, la caracterización de los NNA a través de diagnósticos “de su situación personal, familiar y ambiental”, habilita la intervención judicial de manera discrecional, ya que se realiza una remisión implícita a la Ley Nacional N° 22.278. En el artículo 52, que regula las medidas tutelares provisorias, se faculta al juez a “disponer provisoriamente” en “interés” del NNA, el que es valorado y definido por el mismo juez. (Laje, 2011).

Con la sanción de la Ley Nacional N° 26.061 en 2005, esta provincia adhiere formalmente a este nuevo marco normativo mediante la Ley N° 9396 (15/08/07), estableciendo en su art. 2, un plazo de un (1) año, prorrogable por única vez por un período igual, al Poder Ejecutivo Provincial para que arbitre las medidas necesarias que garanticen el cumplimiento de la ley nacional. Y en el art. 3, faculta al Tribunal Superior de Justicia (TSJ) para que en el mismo plazo arbitre las medidas conducentes a armonizar de manera gradual y progresiva las acciones que garanticen la adecuación a las disposiciones de la ley nacional, en materia de procedimiento prevencional.

Al promulgarse la ley nacional el TSJ emitió el acuerdo reglamentario 794 serie A (08/11/05), en que dispone, que los tribunales de la provincia de Córdoba con competencia en materia de menores prevencional continúe su actuación judicial de conformidad a las competencias y atribuciones asignadas por Ley N° 9053. Y mediante acuerdo 340 serie A (11/08/08) determinó hacer uso de la prórroga del art. 3 de la Ley N° 9396, arriba enunciado, concluyendo el plazo en el mes de agosto del año 2009.

En este contexto el TSJ elaboró dos acordadas para fijar las competencias de los Juzgados de Menores, “armonizando” la controvertida Ley Provincial N° 9053 y la Ley Nacional N° 26.061. Se destaca que para la elaboración de ambas acordadas, el TSJ realizó un relevamiento cuantitativo y cualitativo que permitió conocer la cantidad de causas, el tipo de problemáticas atendidas, las medidas tomadas, entre otros datos³. Durante este plazo los tribunales realizaron acciones como la creación del Sistema de Administración de Causas (SAC), que comprende las causas de los Juzgados de Menores con competencia en Prevención en la Capital y progresivamente en distintas localidades del interior de la provincia de Córdoba.

Las competencias de los Jueces de Menores en lo prevencional (Ley N° 9053, art. 3) contemplaba un conjunto de situaciones, algunas de las cuales según la Ley Nacional N° 26.061 debían ser derivadas hacia la

³ Estadísticas de los Juzgados de Menores Prevención según datos recolectados por el Sistema de Administración de Causas en el año 2009, en las sedes judiciales de Córdoba Capital, Río IV y San Francisco —Violencia Familiar y análisis de Sentencias en el fuero Civil, Penal y Laboral—.

órbita de la Secretaría de la Mujer, Niñez, Adolescencia y Familia (MUNAF, creada por la Ley Provincial N° 9060 de 2002), actualmente denominada SENAF (erigida por la Ley Provincial N° 9454 de 2007).

Con relación a las acordadas dictadas por el Tribunal Superior de Justicia, la primera N° 987 Serie A del 4/8/09, establece las causas que se derivarán a la SENAF, competencia judicial y medidas excepcionales.

Respecto a las primeras que se derivarán a la SENAF, establece: a.- Situaciones en las que con su propio obrar el niño o el adolescente comprometiera gravemente su salud y lo requieren sus padres, tutores o guardadores; b.- Ausencias del hogar a partir de los 14 años; c.- Cuando un niño hubiere sido dejado por sus padres, tutores o guardadores en institución pública o privada de salud o de protección.

Las causas de competencia Judicial: a.- Situaciones de violencia en sus distintas manifestaciones; b.- Abuso sexual infantil; c.- Venia judicial y situaciones de desprotección tales como exposición, filiación desconocida o impedimento legal de los padres.

Se realizaron las transferencias de causas pendientes, las anteriores al 1 de Agosto del 2009 que correspondieran a la competencia administrativa, a excepción de las que se hayan dispuesto guardas preadoptivas o medidas excepcionales. Como establece el artículo 39 de la ley nacional N° 26.061 *“Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños o adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio”*.

En este controvertido marco, consideramos pertinente señalar lo que el Dictamen emitido por la Secretaría de Niñez de Nación (17/09/09), entre otros considerandos y fundamentos, refiere que: *“se desprende con claridad que el Acuerdo Reglamentario 987/2009 implica lisa y llanamente, la negación de la vigencia de la ley N° 26.061 en sus Títulos III y IV”*.

En este contexto se elabora un nuevo anteproyecto de ley provincial, que será aprobado el 4 de mayo de 2011, dando lugar a la Ley Provincial N° 9944 de “Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba”, comprendiendo desde: la conformación e implementación del Sistema de Protección Integral de Derechos (SPID)⁴; un título y sus respectivos artículos dedicado a las funciones y obligaciones de las Organizaciones No Gubernamenta-

⁴ Art. 34 El SPID. *“...está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas de gestión estatal o privadas en el ámbito provincial, municipal o comunal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y establece los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado Argentino, la*

les (ONGs); otro título sobre la competencia de los Órganos Judiciales, las competencias de los nuevos Jueces de Niñez, Juventud y Violencia Familiar⁵ (ex jueces de menores); hasta el Procedimiento Penal Juvenil. Este último procedimiento muestra que la normativa provincial resulta parcial, ya que, lejos de incorporar las garantías penales y procesales que exigen la CIDN mantiene vigente el poder de los jueces de menores para ordenar la privación de libertad, con el argumento de que los jóvenes acusados de cometer delitos reciban un tratamiento tutelar, sin que se lleve adelante un debido proceso legal que pruebe si fueron o no responsables de los hechos de los que se los imputa.

Este contexto normativo desencadenó una serie de cambios tanto al interior del ex Fuero de Menores y sus secretarías preventivas y correccionales, como también en las instituciones del poder administrativo y organizaciones de la sociedad civil.

Tales cambios fueron relativos a: los aspectos administrativos institucionales; a las funciones de las autoridades, a los técnicos de las instituciones, a los equipos de profesionales, a las relaciones con los niños y sus familias; y a las relaciones entre las instituciones del poder judicial y otras instituciones; entre las que se puede destacar:

a.- Los aspectos legales y normativos: se transfieren los expedientes de la mayoría de los casos, en forma progresiva. Cambios en las denominaciones: el Fuero de Menores será en más el Fuero de Niñez, Juventud y Violencia Familiar, incorporándose a éstos una nueva problemática: la de Violencia Familiar; y los Juzgados Correccionales serán denominados Juzgados Penales Juveniles.

El Área Pre jurisdiccional, de igual manera recibe una nueva nominación, la de Asesorías de Niñez y Juventud y redefiniendo sus funciones, intervendrán en asuntos vinculados a la Ley Provincial de Violencia Familiar N° 9283, y los asuntos relacionados a la Ley Nacional N° 26.061, tales como los controles de legalidad, y en especial como asesores de los jóvenes en conflicto con la ley penal.

b.- Las funciones de los equipos técnicos: El equipo técnico de los Juzgados de Niñez, Juventud y Violencia Familiar se centró en el abordaje

Ley Nacional N° 26.061, la presente Ley, la Constitución Provincial y el ordenamiento jurídico vigente.

Dispónese la implementación del 'Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia de Córdoba' a los efectos de establecer los mecanismos a través de los cuales se asegure a las niñas, niños y adolescentes el goce de los derechos y garantías reconocidos en la normativa citada, en el ámbito provincial y de los municipios y comunas de su territorio, en coordinación con el ámbito nacional!'

⁵ En dicha ley también se contempla la creación de los Juzgados de Niñez, Juventud y Violencia Familiar; habilitando al Tribunal Superior de Justicia a otorgar a dichos jueces, la competencia en violencia familiar.

de la ley de Violencia Familiar, los controles de legalidad en el marco de la ley 26.061 y la intervención diagnóstica y pericial solicitados por los Juzgados Penales Juveniles. En tanto, el equipo técnico de las Asesorías de Niñez y Juventud centró su intervención en el Área de Responsabilidad Penal Juvenil como peritos de control y como consultores a solicitud de los Asesores de Niñez y Juventud, de acuerdo a sus competencias. Intervendrían en causas vinculadas a ley de violencia familiar y el control de legalidad de acuerdo a la ley 26.061.

c.- En relación con los niños y sus familias: Las familias continuaron realizando sus demandas de acuerdo a las prácticas y experiencias anteriores, en las que consideraba que la intervención del juez y de los asesores daba una respuesta expeditiva a la problemática que atravesaban, por ejemplo las guardas provisorias o las diferentes intervenciones desde el Equipo Técnico de las Asesorías de Niñez. Los cambios señalados y sin adecuados mecanismos de información sobre los procedimientos de la nueva institucionalidad, generaron ausencia de respuestas a las demandas realizadas provocando en las familias desconcierto y confusión.

d.- Cambios en las instituciones del poder administrativo: la ley N° 9944 establece como autoridad de aplicación la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF), y la recepción de los casos transferidos por el Poder Judicial a cargo del Organismo de Protección de Derecho (OPD)⁶. Éste derivaba las actuaciones a los programas, en su mayoría al de Gestión Territorial (ex Programa Oficios Judiciales), cuyos profesionales, fueron distribuidos en distintos territorios de la ciudad.

En la Subdirección de Familia, se desarrollaron programas centrando su atención en la Revinculación Familiar. Además se impulsaba la refuncionalización de institutos de menores que de manera progresiva e incipiente se transformarían en Centros de Día Socio Educativos.

Se inicia la conformación de las Unidades de Desarrollo Local (UDER) como dependencias descentralizadas en el interior de la provincia, debiendo articular sus acciones con las autoridades administrativas locales de Municipios y Comunas y las distintas dependencias de la SENAF.

El poder administrativo municipal da inicio a un proceso de adecuación legal e institucional a la Ley Nacional N° 26.061, conformando el Consejo Municipal de Niñez y Adolescencia, y los Consejos Comunitarios de Niñez⁷ con participación y representación de diferentes actores socia-

⁶ Es de destacar que este organismo dejó de funcionar con el cambio de autoridades provinciales a comienzos de 2012.

⁷ Ordenanza Municipal N° 11.618 (2009), y en su reglamentación, se prevé la creación de un Consejo Comunitario por cada uno de los CPC de la Ciudad; así como posteriormente la Ordenanza N° 11.817 (2010) de Creación del Sistema Municipal de Protección Integral de

les, institucionales y comunitarios, así como de organizaciones no gubernamentales.

Es de destacar que los cambios expresados formarían parte de un **contexto de transición** que aun hoy continúa, considerando que comprende un proceso en tiempo y espacio en el que interactúan y coexisten distintos modelos de representación y abordaje de la niñez que mantienen las tensiones originarias entre el viejo paradigma de Situación Irregular y el de Protección Integral de Derechos.

IV. Posicionamiento frente a los cambios de los actores sociales estatales

Desde Poder Judicial como de las instituciones del sistema administrativo, distintos actores entrevistados señalan a los procesos de transición como dinámicos, amplios y valiosos; sin embargo también destacan la improvisación; la falta de planificación, a pesar de la existencia de un marco legal nacional que lo propiciaba. Centrarón sus observaciones en los obstáculos que generaban las limitadas condiciones económicas y materiales, la implementación de acciones, como también a las representaciones sociales respecto a los mandatos y a la imagen del juez y del personal de las instituciones. Otra característica señalada y que consideramos muy relevante, es la representación en los agentes de que los cambios producidos por la implementación de la ley indican una reducción de competencias.

Desde otra perspectiva, existe una visión crítica sobre las modalidades de los cambios, de otros actores⁸ administrativos y de ONGs, considerándolos como parte de la tensión por las resistencias del Poder Judicial para la implementación de la ley. Resistencias que no son más que resabios de las prácticas y los modelos de pensamiento instalados desde larga data en esta ciudad de Córdoba.

Este proceso estuvo signado por la necesidad de información, la discusión colectiva y espacios de capacitación que permitieran redefinir las funciones de los diferentes actores. Desde nuestra perspectiva ello daría cuenta de la coexistencia de distintas miradas respecto a esta transición, una más supeditada a lo que en la propia práctica va surgiendo y otra más centrada en la necesidad de planificar o preparar dicho camino.

Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; aunque este último, hasta el momento ha sido demorado y postergada su implementación.

⁸ Se realizaron entrevistas a diferentes agentes, de diverso rango y profesión, de la administración pública ejecutiva y judicial, y a miembros de ONGs, entre noviembre de 2011 y septiembre del corriente.

Desde el Poder Judicial, es sentida la urgencia de capacitación y discusión, no sólo para la incorporación de los nuevos contenidos, sino también para constituirse en referentes válidos en la temática.

Otro aspecto relevante, también señalado por los actores, es la ausencia de procedimientos y protocolos que orienten el modo de aplicar la ley. La importancia de contar con protocolos por jurisdicción y acuerdos compartidos entre municipio, provincia y nación, evitaría confusiones, superposiciones y permitiría unificar los criterios de quienes intervienen sobre el modo de llevar a cabo sus decisiones y actuaciones.

Para comprender estas tensiones, hacemos referencia a lo que señala Silvia Stuchlik, lo que esta ley propone, y es la cuestión de fondo, es un cambio en las relaciones de poder entre: el niño con el adulto, el niño con su familia, el niño con el estado, el niño con la sociedad (Stuchlik, 2005).

Coincidiendo con la autora, consideramos que los problemas actuales relativos a la situación de la infancia, acarrear la tensión entre los criterios aplicados del patronato, la judicialización e institucionalización, y las posibilidades de superar los mismos a través de procesos de desjudicialización y desinstitucionalización. La autora entiende que la judicialización desde la perspectiva del patronato no es más que la respuesta estatal de llevar a la justicia los problemas no resueltos por las políticas sociales para la infancia. En este proceso paradójicamente no se reconocen los principios generales del derecho, empezando por la falta de reconocimiento del ciudadano como sujeto activo de derecho. La institucionalización hace referencia al modelo de intervención basado en la internación de niñas/os y adolescentes que utiliza como mecanismo la privación de libertad en distintas modalidades —el encierro en los ex institutos correccionales, hoy socio educativos— y que se sustenta en la tendencia a homologar la pobreza con el delito y a la patologización de situaciones de origen estructural.

Un segundo problema, los identifica como de intersectorialidad e interjurisdiccionalidad de las políticas, siendo esto relativo a la cuestión de carácter institucional. El primero corresponde a la tensión que se suscita en la relación entre los poderes del Estado y la articulación de las distintas áreas de gobierno. En el caso de las políticas de infancia y adolescencia, interesa superar la tensión que se genera por la superposición intersectorial del poder administrativo con el poder judicial, en cuanto produce un impacto neurálgico en el diseño y la implementación de las políticas públicas. Mientras que la intersectorialidad, es la relación entre los diferentes niveles de gobierno, (Nación, provincias y municipios) en el marco de un sistema federal. Los modelos de política pública en cada instancia pueden ser diferentes, con reglas o instituciones que fijan modelos de intervención

distintos. Será necesario, fijar un marco de acuerdos que permitan el ejercicio del derecho y que no constituya un conflicto de competencias entre los distintos niveles para establecer a quien le corresponde brindar los recursos para la satisfacción del derecho.

V. Conclusiones

Como equipo de trabajo destacamos que en distintas investigaciones⁹ hemos podido dar cuenta que el proceso de intervención judicial, es un proceso que atraviesa las prácticas sociales destinadas a la infancia y adolescencia, que no sólo se sitúan desde aquellos que intervienen en la judicialización de niños y adolescentes, sino que abarca un espacio social más amplio y supera las barreras de “la normativa”, ya que, no obstante los cambios legales (del patronato de menores a la ley nacional de protección integral de niños y adolescentes) también se requiere de cambios institucionales, societales y de los actores involucrados, para superar estas prácticas de tutelaje. Las prácticas judiciales, sociales, institucionales en relación a la infancia son entrelazamientos de muchas prácticas, no se dan en estado “puro”, es el resultado de la resignificación y combinación de elementos pertenecientes a otras prácticas, el objeto de cada práctica no es preexistente a ella, sino que se da con la misma y el sujeto de la práctica se define con ella. (Fredianelli, G. 2010).

Es decir que los cambios que se requieren para la implementación de la nueva ley y del Sistema de Protección Integral, deberán incorporar debates, acciones y reflexiones de estas prácticas sociales de todos los actores involucrados en la intervención con niños/as y adolescentes; la revisión de habitus tutelares, arraigados en los distintos espacios sociales y relacionales; entendiendo por habitus: “...los principios generadores y organizadores de prácticas y representaciones que pueden estar objetivamente adaptadas a su fin, sin suponer la búsqueda consciente de fines y el dominio expreso de las operaciones necesarias para alcanzarlos...” (Bourdieu. 2010:92).

Bibliografía

ARCIDIÁCONO, PILAR (2008), “Políticas sociales con perspectiva de derechos. La agenda pendiente en Argentina”. En: <http://hdl.handle.net/10644/996>. Repositorio UASB-Digital, Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador.

BOURDIEU, PIERRE, (2010), *El Sentido Práctico*, Editores Siglo Veintiuno. Bs. As.

⁹ FREDIANELLI, G. (2010), *Tesis: La infancia judicializada: tensiones entre la intervención profesional y las respuestas estatales*. Maestría en Ciencias Sociales. UNC. LAJE, M. I., FREDIANELLI, G., MOREY, C., ELVA, G., PIOTTI, M. L., *Informes Finales (años 2001-2004) referidos a la línea temática de Investigación: Los procesos de judicialización*. SECYT. UNC.

DANANI, CLAUDIA (2008), "América Latina luego del mito del progreso neoliberal: las políticas sociales y el problema de la desigualdad". *Ciências Sociais Unisinos*. En: www.unisinos.br/publicacoes_cientificas/.../39a48_art04_dananiok.pdf.

FREDIANELLI, G. (2010), *La infancia judicializada: tensiones entre la intervención profesional y las respuestas estatales*. Tesis no publicada. Maestría en Ciencias Sociales. UNC.

KONTERLLNIK, IRENE (2005), "Una nueva institucionalidad para la infancia y la adolescencia, elementos a tomar en cuenta de las experiencias en otros países y los desafíos pendientes en la Argentina" http://www.casacidn.org.ar/media/uploads/cyclope_old/adjuntos/27_Exposicion13.12.05.pdf.

LAJE, MARÍA INÉS y VACA NARVAJA, TANIA (2011), "Los derechos de niños, niñas y adolescentes: Una construcción de larga data" En: ROSSETTI, ANDRÉS y ÁLVAREZ, MAGDALENA (coordinadores), *Derechos de la infancia y de la adolescencia. Un análisis desde el método de casos*, p. 19-54. Advocatus-Cijs, UNC. Córdoba.

PAUTASSI, LAURA (directora), GAMALLO, GUSTAVO (co director) (2011), "Políticas y derechos: la agenda social en debate". *UBACYT MS10 Políticas sociales, enfoque de derechos y marginación social en la Argentina* (2003-2009). En: www.rlcu.org.ar/revista/.../Pautassi%20Gamallo%20y%20otros.pdf.

PIGNATA, NORIS (2007), "Principales características de la ley. Principios y pautas rectoras. Nuevas reglas de juego y el rol de los actores estatales: la administración y la justicia". *CASACIDN —Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño—* <http://www.casacidn.org.ar/article/ley-de-proteccion-integral-de-los-derechos-de-las-/>.

STUHLIK, SILVIA (2005), "La nueva ley de infancia. Aportes para su interpretación e implementación. Miembro del Equipo de Políticas Públicas del CASACIDN (Comité Argentino de Seguimiento de la Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño)". http://www.casacidn.org.ar/media_files/download/27_Lanuevaledeinfancia.pdf.



LA CONSTRUCCIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO DESDE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA[†]

Mariana N. Sánchez*

Resumen: La capacidad transformadora de los sistemas normativos en relación a la problemática de la violencia de género, es abordada en este trabajo desde la perspectiva de los propios actores envueltos en la misma. Su propia apreciación del problema, sus concepciones sobre las respectivas leyes, su propia construcción del concepto de violencia de género y sus opiniones sobre la posibilidad jurídica de promover cambios sociales, fueron los principales ejes sobre los cuales giraron las entrevistas semi estructuradas a operadores jurídicos realizadas en dos jurisdicciones diferentes: Aragón (España/2008-2010) y Córdoba (Argentina/ desde 2009 a la fecha).

Los resultados evidencian que lejos de cuestionarse conceptos patriarcales, o problemáticas sociales injustas, los operadores jurídicos que abordan los conflictos derivados de la violencia de género, son rigurosos operadores única y exclusivamente aferrados a la formalidad de los preceptos normativos, a los procedimientos que indican, a los plazos que estipulan, a las sanciones que prevén.

De tal forma, la posibilidad de hacer permeables conceptos con perspectiva de género que atraviesen las fuertes y tradicionales estructuras sociales, en este caso la judicial, se evidencian todavía más remotas.

Palabras claves: violencia de género, justicia, operadores jurídicos.

La capacidad transformadora de los sistemas normativos en relación a la problemática de la violencia de género, será abordada en este trabajo desde la perspectiva de los propios actores envueltos en la misma. El objetivo del mismo es analizar y evaluar qué apreciaciones tienen los llamados operadores jurídicos del fenómeno social y judicial de la violencia de género.

El relevamiento de los datos efectuado tanto en Aragón (España) como en Córdoba (Argentina) se centraron sobre los principales protago-

[†] Recibido el 15/05/2013, Aprobado el 15/10/2013.

* Doctora por la Universidad de Zaragoza, Programa de Doctorado en *Sociología Jurídica e Instituciones Políticas*. Magister en Métodos y Técnicas de Investigación en Ciencias Sociales por la Universidad Blas Pascal. Abogada por la Univ. Nac. de Córdoba. Profesora Adjunta de Sociología Jurídica en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Investigadora categorizada dentro del Programa Nacional de Incentivos. E-mail: msanchez@derecho.unc.edu.ar. mariana.sanchezbusso@gmail.com.

¹ La presente investigación ha contado con el apoyo de la Universidad de Zaragoza, la Fundación Carolina, el Banco Santander Central Hispano y por el subsidio de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Córdoba para el período 2012-2013.

nistas de este fenómeno social y su relación con el Derecho: jueces, funcionarios judiciales, operadores jurídicos, vinculados con esta problemática. Su propia apreciación del problema, sus concepciones sobre las respectivas leyes que rigen en sus jurisdicciones, su propia construcción del concepto de violencia de género y sus opiniones sobre la posibilidad jurídica de promover cambios sociales, fueron los principales ejes sobre los cuales giraron las entrevistas semi estructuradas y los grupos de discusión realizados².

En Aragón, los entrevistados que podríamos englobar en este punto, secretarios de juzgados, fiscales y abogados con competencia en violencia sobre la mujer tanto de Zaragoza, Huesca y Teruel, constituyen un total de nueve³. En Córdoba, Argentina, fueron siete, incluyendo vocales de cámara, jueces, secretarios de juzgado y abogados especialistas en el tema. Los dos grupos de discusión se realizaron en el Laboratorio de Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, España; y contaron con representantes de diferentes instancias de procuración y administración de justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón.

1. La construcción jurídica del concepto de violencia sobre la mujer: ¿conflictos familiares o violencia de género?

Al parecer, la mayor parte de los jueces y operadores jurídicos españoles consultados, cuestionan el mismo concepto de violencia de género y la propia definición que propone el artículo primero de la normativa española que regula específicamente la violencia de género: la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁴. Las opiniones más representativas de esta apreciación, pueden leerse en las propias palabras de estos primerísimos actores de la escena judicial:

Lo que yo pienso es que, dentro de la violencia de género o la violencia doméstica, habría que distinguir lo que es violencia de género de verdad de lo otro... amedrentarle, amenazarle, pegarle... porque las agresiones y las amenazas son mutuas, son recíprocas (E 10).

² Las mismas fueron realizadas en Aragón, España, en las capitales de provincia de esa comunidad autónoma, Huesca, Zaragoza y Teruel, a finales del 2009 y principios del 2010; y en Córdoba, Argentina, a finales de 2010, y durante 2011 y 2012.

³ Vale la pena aclarar aquí que las dos juezas titulares de los juzgados de violencia sobre la mujer de Zaragoza, curiosamente mujeres, no quisieron recibirme a pesar de mi insistencia.

⁴ Artículo 1 Ley Orgánica 1/2004: La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

Entiendo que la violencia que se ejerce en la pareja o ex pareja hay que diferenciarla: una cosa es un acto puntual y casual, como puede ser un empujón o un insulto que no tenga una contextualización dentro de una pareja en la que haya dominación, superioridad, o sea un acto aislado que pueda tener como causa muchas cuestiones, y otra cosa es la violencia de género que se ejerce en una pareja y que produce la victimización de la agredida... Creo que son cosas distintas, sin embargo la ley no lo diferencia (E 1).

La violencia es vivir sometida, no que un día te den un empujón o una bofetada, eso no es estar sometida (E 3).

Es más, algunos fiscales o secretarios de juzgados específicos de violencia sobre la mujer parecieran reflexionar un poquito más allá y entender que las concepciones machistas ya han quedado obsoletas y son actualmente improbables en la realidad; o —haciendo una analogía con el mundo de la naturaleza— descartarlas del mundo social, esto es, negar que se trate de un hecho o fenómeno social de raíz histórica y cultural, y atribuirlo al “sabio y equilibrado mundo natural”:

No creo que sea por machismo, no. Es pues por un simple hecho biológico de la mujer que constitucionalmente es más débil y pagará esa agresividad que el marido lleva a casa pero que trae de fuera y que no la puede descargar ni en la calle con personas tan violentas como él, ni en el trabajo porque lo perdería, entonces descarga en su casa con la mujer. No creo que sea por machismo... Pocos hombres creo que sean lo machista que se deduce que hay en la imagen de la ley sobre el hombre, ¿no? (E 2).

*Yo pienso que realmente no todo acto violento entre un hombre y una mujer es de violencia machista, sino bueno, que **es un hombre que ha pegado a una mujer en un momento puntual**⁵. Yo creo que es así... Normalmente en la especie humana el más grande es el macho y por eso es el que pega (E 5).*

Se pone en duda, se cuestiona, si toda la violencia que sufre la mujer en una relación sentimental de pareja, novia, ex pareja, etc. pueda ser considerada violencia de género; violencia que —como define no sólo la propia Ley Orgánica sino también todas las normativas comunitarias e internacionales sobre el tema— es expresión de poder, de superioridad y de dominación por parte del hombre⁶.

Lo que resulta realmente sorprendente, es que los principales agentes judiciales que tienen a su cargo la resolución de los exclusivos casos de violencia sobre la mujer nieguen, con mucho énfasis y seguridad,

⁵ El destacado es mío.

⁶ En este sentido, incluso la propia Elena Larrauri invita a pensar este tema en una de sus últimas obras. Ver LARRAURI, ELENA, *Criminología crítica y violencia de género*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

que la violencia machista no existe, o que se trata de una consecuencia natural del orden biológico, o —incluso— que un empujón o una bofetada de un hombre hacia una mujer que ha sido o es su compañera sentimental, no tiene que entenderse como un acto de violencia de género.

Las respuestas obtenidas, nos confirmaron la apreciación de estos entrevistados en relación con su propia construcción del significado de la violencia sobre la mujer: la violencia puede existir, claro está, de hecho puede apreciarse en la sociedad. Dentro del ámbito de las relaciones de pareja no todo es resultado de una violencia que tiene como sustrato los elementos patriarcales de superioridad y dominación masculinos. La mayor parte de ellos, tal como los entrevistados sugirieron, son contiendas *típicas* que se atribuyen a conflictos familiares o rupturas de relaciones personales. Ahora bien, como consecuencia de estas apreciaciones, los entrevistados entienden que, para que el Derecho las contemple como un delito, deben presentarse algunas condiciones. La *habitualidad* parece ser, la más importante.

Considero que conductas que desde luego son conductas ilegítimas, como puede ser un empujón, un zarandeo a una mujer, o igual si se le hace a un hombre, me parece excesivo que se le tipifique como delito. Porque para eso ya tenemos un artículo que tiene en cuenta la habitualidad para agravar las penas... (E 3).

*Se necesitaría una instrucción más dilatada, en algunos casos mucho más dilatada, con informes sociales... Una cosa mucho más dilatada en el tiempo que desde el punto de vista del problema creo que sería mucho más adecuado: empezar por el aspecto social y cuando se reflejara **que no hay una solución**⁷, pasar al mundo penal... Desde ese punto de vista a mí me parece mejor la anterior regulación de penar como delito la habitualidad de la violencia (E 5).*

Es posible comprender de los dichos de los entrevistados que la violencia existe, que la violencia es reconocida dentro de las relaciones de pareja. De alguna forma, podríamos inferir que el proceso de invisibilización que antes la caracterizaba ha ido mermando poco a poco y que en la actualidad se reconoce como un problema palpable en la realidad, existente en la realidad de muchas mujeres (y de muchos hombres, como algunos de los entrevistados se encargaban de destacar a pesar de contradecirse con las incontestables estadísticas oficiales). Pero, por otro lado, también es posible derivar de sus dichos, que el proceso de normalización que caracteriza a esta clase de violencia sigue fuertemente instalado en la sociedad, y lo que es peor aún, sigue fuertemente instalado en el concepto que

⁷ El destacado es mío.

de ella tienen quienes están encargados de resolverla o al menos tratarla. Es normal que exista violencia en la pareja, es habitual que lo haya, hasta el punto que sólo constatando esta característica, la *habitualidad*, la podemos considerar como un hecho grave merecedor de ser considerada una conducta repudiable por el Derecho⁸. No antes, no cuando sólo hablamos de un empujón o bofetada; estos hechos parecerían ser normales, tolerados por la sociedad y tolerados por los operadores jurídicos. Sólo cuando esa habitualidad de malos tratos se constata, entonces sí podemos hablar de delitos; o lo que es lo mismo decir, sólo cuando una mujer tolera ser lo suficientemente maltratada durante el tiempo necesario (¿cuánto tiempo será necesario para configurar la habitualidad?) recién está en condiciones de ser atendida o escuchada por el sistema penal o el sistema de justicia.

En Córdoba, Argentina, la percepción de los jueces y operadores jurídicos en cuanto a la construcción del concepto de violencia de género, parte de puntos de análisis diferentes, aunque alcanza las mismas conclusiones. Comenzaremos por recordar que en Córdoba, nunca existió, ni existe en la actualidad una ley específica que regule las conductas violentas que se ejerzan exclusivamente sobre las mujeres en el ámbito interpersonal. Recién en el año 2006 fue promulgada la Ley 9283 sobre cualquier tipo de violencia que pueda suscitarse dentro del ámbito intrafamiliar, sobre mujeres, hombres, niños, ancianos.

De las entrevistas tomadas, ninguno de los entrevistados manifestó preocupación por ese hecho al ser consultado. Ninguno recalcó que fuese necesario contar con una Ley específica sobre violencia de género propiamente dicha, a pesar de reconocer que es la mujer la que en un altísimo porcentaje la sufre, y a pesar de admitir que un altísimo porcentaje de casos que son denunciados y tramitados se corresponden con violencia ejercida sobre la mujer por parte de su pareja o ex pareja⁹. Todos acuerdan la necesidad de contar con una normativa que regule este tipo de conductas dentro

⁸ Lo que no deja de resultarnos sorprendente ya que, tal como muchas investigaciones lo acreditan, las mujeres que deciden denunciar a sus compañeros agresores por delitos de malos tratos, en su mayoría llevan padeciendo violencias durante un período de 10 años. GIL RUIZ, JUANA MARÍA, *Los diferentes rostros de la violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 214.

⁹ Basta sólo con revisar algunos datos publicados en cualquier medio de comunicación para ratificar este hecho. Según datos proporcionados por la Dirección de Atención a la Víctima y Violencia Familiar de la Provincia de Córdoba, entre agosto de 2003 y abril de 2005 se registraron 2.865 denuncias, de las cuales el 87% correspondieron a casos de violencia hacia el sexo femenino. Igualmente, Amnistía Internacional presentó un informe en el que se subraya que en los primeros 10 meses de 2008 murieron al menos 110 mujeres en toda la Argentina, asesinadas por miembros de sus propias familias, parejas o ex parejas. En Córdoba, la Dirección de Violencia Familiar del Ministerio de Justicia (uno de los 25 lugares de esta ciudad en los que se atienden casos de este tipo) recibió 864 denuncias en los primeros 8 meses del año. Y esto, sin contar con la previsible cifra negra que se registra en esta clase de delitos.

de la familia, aunque no hacen especial distinción en la necesidad de contar con normas específicas de violencia de género. Quizás el hecho de no haber contado con ninguna norma previamente que regulara estas violaciones a los derechos humanos pueda explicar la aparente satisfacción de esta primera que aparece en el contexto normativo de la provincia. O quizá, como nos sugirió una calificada magistrada de los Tribunales de Familia:

Vamos a decir la verdad... Córdoba es muy conservadora... hablar de violencia de género sería descalificar a la propia Ley... acá todavía no se cree en la violencia de género, acá no se cree en la capacidad de la mujer, acá no se cree que la homosexualidad sea una libre elección de la persona. Estamos en una sociedad con este tipo de... (A 9).

Igualmente, y refiriéndose con especificidad a los casos de violencia ejercida sobre la mujer en el ámbito intrafamiliar que caen bajo la regulación de esta Ley 9283 de Violencia Familiar, ninguno de los entrevistados plantea la exclusividad de la competencia penal para estos casos. Es decir, la ley de violencia familiar de la provincia de Córdoba otorga competencia para estos casos a los Tribunales de Familia y esto parece acogerse con mayor esperanza para resolver estos conflictos, incluso a pesar de reconocer que se encuentran desbordados de trabajo. Esto puede interpretarse desde varias lecturas: la primera, que excluye absolutamente la necesidad de configurar un delito penal exclusivo que tipifique esta conducta; la segunda, la ratificación de la indiferencia de los juzgados en lo penal para dar tratamiento a estas cuestiones.

Es una ley (habla de la 9283) que da un gran poder al juez de familia. Y el tema de la violencia está absolutamente sacado del ámbito penal, porque el ámbito penal es un ámbito de represión, el delito no tiene en vista ni lo puede tener la recomposición familiar. Nosotros sabemos que casi un 70 por ciento de las situaciones de violencia no constituyen delitos en términos estrictos y muchas veces esos delitos son delitos menores que permiten que el victimario sea excarcelado. El poder judicial no puede hacer más de lo que hace. Exigirle llevar la violencia al ámbito penal es otra vez fracasar porque es poner en manos del poder judicial la solución de la violencia y la solución de la violencia no es reprimiendo y condenando al violento, porque el tema es el tratamiento de la víctima (A 9).

Los fiscales (se refiere a los fiscales de los juzgados penales en donde también se receptan denuncias de violencia familiar en la provincia) tienen amplias facultades para disponer medidas, sólo que no quieren disponerlas... Nosotros nos volvemos locos en el juzgado de familia, tanto el otro secretario como yo, incluso los fines de semana siempre alguna medida hay que sacar... Entonces yo no puedo creer que no haya denuncias en la fiscalía penal. Las denuncias las hay, que no se trabajen es otra cosa (A 2).

Cada fuero tiene una lógica distinta de razonamiento. En el fuero penal, la lógica y la urgencia es el preso, no la mujer golpeada... (A 7).

Por último, y puesto que la Ley de Violencia Familiar de la provincia prevé un plazo de hasta 10 días para tomar las medidas que se consideren necesarias luego de la recepción de una denuncia, previa una audiencia de conciliación y si es posible un informe del equipo técnico, los magistrados o funcionarios judiciales parecen estar más atentos a la verificación de la violencia a través del tiempo para tomar alguna medida (el mismo requisito de *habitualidad* del que hablábamos *ut supra*) que al propio hecho denunciado por la mujer.

Parece como muy drástico tomar una medida de un día para otro. Nosotros lo trabajamos generalmente con una audiencia de por medio. Acá tomar una medida así, in limine, nos da un poco de cosa... Para adoptar una medida es que tiene que haber una situación de riesgo actual. Ese peligro inminente o actual, ese es el que nosotros tenemos que avalar para largar la medida, una medida tan delicada como la exclusión (A 2).

Los dichos de la entrevistada no sólo nos invitan a reflexionar sobre su propia concepción acerca de lo que significa un hecho de violencia sobre una mujer en las relaciones de pareja, al parecer tolerable y permitido hasta el momento en que se detecte un riesgo; sino que además confirma a partir de sus prácticas, lo que la propia ley propone en su contenido: proteger a la familia, intentar mantenerla constituida y entender a la mujer en su rol dentro de ella y no como un sujeto de derechos humanos. La mujer es protegida, sí, pero en su rol dentro de la familia puesto que —al parecer— es esta institución la que intenta resguardarse.

De las apreciaciones de los magistrados y funcionarios judiciales españoles y argentinos en relación con su específica construcción del concepto de violencia sobre la mujer en las relaciones intra familiares, podemos apreciar que en general todos reconocen la existencia de este tipo de violencia, aunque en situaciones en las que deben acreditarse algunos requisitos especiales para su comprobación: la efectiva comprobación de una situación de superioridad y dominación por parte de un hombre sobre una mujer, el transcurso del tiempo en el que pueda apreciarse dicha situación, y la contemplación de la mujer cumpliendo un rol determinado dentro de la familia.

No se aprecia la incorporación de la categoría género en el análisis y conceptualización que este grupo consultado hace de la violencia. No toda la violencia es considerada como un fenómeno producto de las desigualdades de género; y no sólo eso, para considerarla así debe transcurrir tiempo, comprobar su habitualidad, y aún manejar las medidas dictadas de tal forma para el *grupo familiar* no sufra un cambio demasiado sustancial.

2. La apreciación de las normas que regulan el contexto de la violencia de género: ¿Necesarias e inconstitucionales? ¿Generan mayor conciencia social o victimizan a la mujer?

En España, la sanción de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, generó numerosas controversias. Desde su oportunidad o su necesidad, pasando por su constitucionalidad y hasta el contenido conceptual o procesal de la Ley, todo fue motivo de debate y discusión en la sociedad española, en especial en los foros jurídicos y judiciales.

Pese a valorar la sanción de la citada ley con una perspectiva por demás crítica, los entrevistados acuerdan en general en su oportunidad y necesidad, aún incluso incurriendo en contradicciones. En este sentido, algunos entrevistados acuerdan que se trata de una ley necesaria, aunque cuestionan su constitucionalidad¹⁰.

Pues es necesaria pero quizá no con el rigor con que se tratan estos temas. Y quizá sea discriminatoria contra el hombre. Quizá supone una violación del artículo 14 de la Constitución Española (E 2)¹¹.

Con carácter temporal igual se puede considerar buena esta ley. Ahora para siempre yo creo que no, podría caer en inconstitucionalidad eh? porque hace una discriminación positiva a favor de la mujer (E 11).

Los entrevistados expresan claramente su apreciación de la Ley Orgánica como una ley inconstitucional o al menos que roza la constitucionalidad. El dato no es menor puesto que se trata de entrevistados que forman directamente parte del Poder Judicial en calidad de secretarios de juzgados específicos de violencia sobre la mujer o fiscales. Son ellos los que mayormente cuestionaron la constitucionalidad de la ley, quienes la aplican a diario. En contraposición, son los operadores jurídicos, abogados en general, quienes presentan una visión de la ley algo más positiva:

Yo creo que es una ley necesaria; repito, sí que hay particularidades a revisar... En esta situación y en este país era necesaria una Ley de este tipo

¹⁰ Para revisar algunas interesantes observaciones a las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas a esta ley, ver ENCARNA BODELÓN y otras, "La limitada perspectiva de género en la sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008" en *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Gemma Nicolás Lazo y Encarna Bodelón González (comp.), Roberto Bergalli e Iñaki Rivera Beiras (coords.), Anthropos, Barcelona, 2009, p. 247 y ss, en la que —entre otras cosas— se señala: *Es sorprendente cómo aún prevalece en nuestros operadores jurídicos una interpretación de la igualdad meramente formal, en la que se exige un tratamiento idéntico de la ley para todas las personas, como si verdadera y efectivamente se encontraran en igualdad de condiciones y supuestos, simplemente por el hecho de ser individuos.*

¹¹ Artículo 14 Constitución Española: *Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

y era necesario tener unos medios para proteger a las mujeres porque es evidente que hay agresiones (E 7).

Sí, en mi opinión sí era necesaria una nueva ley de medidas integrales. El legislar de una forma organizada es interesante por muchas razones: educativas, facilidad de aplicación, saber lo que tienes en la mano y cómo debes aplicarlo; es decir yo creo que tiene un valor práctico importante y aparte un valor ideológico también, en el sentido de que la ley de medidas integrales reconoce de una forma específica la gravedad de la violencia que se ejerce sobre... en pareja (E 1).

Por otro lado, consultados sobre la posibilidad de que la Ley Orgánica haya fomentado una mayor concienciación social sobre el problema en la comunidad en general y la posibilidad de que la mujer se anime más fácilmente a evidenciar que es víctima de este tipo de flagelo, denunciando y acudiendo a los Tribunales, todos los entrevistados —tanto magistrados como operadores jurídicos— manifestaron una respuesta favorable. Su apreciación quizá pueda representarse en estas reflexiones derivadas de uno de los grupos focales:

Yo creo que sí ha sacado más casos a la luz, sí que ha servido para motivar a las mujeres víctimas a que su problemática por lo menos sea denunciada... Es un poco paliar las consecuencias para la víctima, ayudar a que salga, que en eso sí que ha evolucionado; se ha transmitido, y eso ha sido muy importante, la información de derechos que ha llegado a la mujer y fundamentalmente para que pueda tomar decisiones y sacar a la luz sus problemas (E GD 2).

De todas formas, también en este punto detectamos algún tipo de contradicción o, mejor dicho, de confrontación entre las declaraciones vertidas. Así como todos los entrevistados se muestran complacientes con la Ley Orgánica en función de haber generado mayor concienciación social y mayor empoderamiento a la mujer para sacar a la luz un padecimiento que está sufriendo en el ámbito privado, también la mayor parte de ellos sugiere —de alguna forma— que la ley victimiza aún más a la mujer¹². Los conceptos vinculados a esta idea están relacionadas con: el hecho de que se le otorgan ventajas *extras* a la mujer que no se le otorgan al hombre (por ejemplo a la hora de declarar en la comisaría, como se sostiene en la E 9); con la idea de que esta revictimización que la Ley Orgánica permite hacer que las mujeres se *aprovechen de la situación, se aprovechen de la Ley* y la utilicen para resolver cuestiones menores, como un divorcio o para darle un susto a su marido (como sugieren la E 6); o con la imagen de que la Ley

¹² La excepción es uno sólo de los entrevistados de este grupo que, frente a la consulta de si cree que la ley revictimiza más a la mujer o la coloca en una posición de debilidad, señala categóricamente: *yo creo que no. Yo creo que vitaliza su figura totalmente (E 11).*

Orgánica trata a las mujeres como incapaces, protegiendo incluso a quienes *no se quieren proteger* (como claramente lo establecen —por ejemplo— la E 5 y la E 2). Este último sentido es el quizá más analizado profundamente por algunos entrevistados, señalando incluso las graves consecuencias que puede generar el procedimiento sugerido por la Ley Orgánica por sobre la vida de las mujeres:

En muchas ocasiones se está protegiendo a la mujer... "a su pesar". La mujer no es una menor de edad, la mujer debe evaluar cuál es su situación... La protección de la mujer hay que darla cuando ha denunciado pero a esta mujer hay que solucionarle la vida. Hay mujeres que no tienen para pagar el recibo de la luz del día siguiente, y eso nadie me lo soluciona, por lo menos a mis clientes. Es muy fácil: denuncia, denuncia, denuncia. Lo jurídico actúa inmediatamente, se pone la maquinaria enseguida, tenemos el juicio enseguida; bien, y después? (E 3).

En la jurisdicción Argentina, más precisamente en la provincia de Córdoba, la aparición de la Ley de Violencia Familiar lejos de considerarse inconstitucional o cuestionable en ese sentido, fue recibida con alivio puesto que la provincia carecía desde siempre de una normativa específica que regulara este tipo de situaciones. Al ser consultados los magistrados y operadores jurídicos cordobeses, ninguno se cuestiona la problemática de la constitucionalidad de la ley, por el contrario, todos acuerdan en la extrema necesidad de contar con una ley de esta naturaleza, a la que cuestionan y declaran insuficiente, pero que es calificada como *necesaria* y que representa *un gran adelanto para la provincia de Córdoba* (A 8). La apreciación positiva de la Ley 9283 en general, también está asociada con la necesidad de un indefectible cambio en el tratamiento judicial de la problemática de la violencia familiar e incluso con la posibilidad de que redunde incluso en cambios sociales:

La ley trae un cambio radical en el tratamiento de la violencia porque no es una ley de procedimiento judicial, sino que la ley recepta esta necesidad de un cambio de la cultura, de la erradicación de la violencia a partir de otras pautas culturales, políticas públicas, educación y asistencia (A 9).

Evidentemente era necesario algo que pusiera sobre el tapete el problema y que de alguna manera lo contuviera y lo controlara (A 7).

La ausencia, la absoluta carencia de normas que regularan la cuestión (con excepción de unas pocas dispersas y que no se aplicaban) aparece como el principal fundamento de necesidad de la aparición de esta Ley de Violencia Familiar en la provincia de Córdoba.

Es notable como en el discurso de los entrevistados, todos parecen referirse cuando hablan de la citada ley, a la violencia que se ejerce en el contexto familiar exclusivamente sobre la mujer (y que es, tal como hemos

consignado reiteradamente también en Córdoba, la violencia mayoritaria que se detecta y denuncia) y no sobre otros integrantes del mismo. Recordemos que la propia Ley de Violencia Familiar 9283 surge apresuradamente luego de un dramático episodio de violencia de un padre sobre sus propios hijos, aunque su articulado también refleja casi exclusivamente tipos de violencia que pueden ser sufridos sólo por la mujer dentro del entorno doméstico. En resumen, podríamos intuir positivamente que Córdoba ha intentado avanzar en el tratamiento de esta problemática; no obstante, está claro que sin animarse aún a llamar a las cosas por su verdadero nombre; la protección jurídica de la mujer aún queda debilitada, confundida y solapada por otro conjunto de violencias disímiles que pueden ocurrir dentro de la familia o su entorno.

Del contexto general de los dichos de los entrevistados nadie habla de la mujer, o los hijos como exclusivos destinatarios a ser protegidos por la Ley 9283; todos hablan de la FAMILIA. De hecho el propio título de la Ley lo subraya. Los entrevistados hablan de la *erradicación de la violencia de la familia*, de la *protección del grupo familiar*, la protección de *la familia en sí*, la protección de *los lazos familiares*, como objetivos de la ley. Nadie enuncia explícitamente a la mujer, aunque del contexto general del discurso se deduce que todos los entrevistados se refieren básicamente a la violencia que sufre mayormente la mujer dentro del ámbito doméstico. Aún más, consultados sobre la posibilidad de que la ley haya reforzado la concienciación social y animado a las propias mujeres a denunciar, todos asienten y respaldan esta idea.

En algún sentido, podemos comprender esto como una forma más de retardo en la visibilización de este terrible flagelo que sufren principalmente las mujeres, un no animarnos a darle nombre y apellido a lo que realmente sucede, e —incluso— un camino más para seguir comprendiendo al sujeto mujer sólo dentro de los roles que ocupa dentro de la familia y no como un sujeto único, distinto, que individualmente sufre violaciones a sus derechos humanos dentro de un ámbito determinado.

3. Juzgados con competencia delimitada en asuntos de violencia contra la mujer: ¿con mayor presencia femenina y capacitación específica o sin necesidades especiales?

En relación a la apreciación que tiene este grupo de consultados con respecto a los juzgados específicos de violencia sobre la mujer, las opiniones son dispares. Aquí también podemos apreciar diferencias entre quienes integran dichos juzgados como secretarios o fiscales y quienes acuden a ellos como abogados de las partes intervinientes en dichos

conflictos. Por otra parte, y especialmente poniendo nuestra mirada en España, más precisamente en lo que nuestros entrevistados aragoneses manifestaban, también las opiniones entre los que son parte de los juzgados de la capital de la comunidad y del interior, pueden discrepar. En este último sentido, la creación de juzgados específicos de violencia sobre la mujer sólo en la ciudad de Zaragoza y no en las otras capitales de provincia como Huesca y Teruel, es destacada por los entrevistados de este grupo, recalcando la gran cantidad de trabajo que han recibido los juzgados penales de estas últimas jurisdicciones al incorporarles las causas de violencia de género a sus competencias habituales.

Aunque inclusive alguno de los funcionarios entrevistados —integrante de un juzgado específico sobre violencia— recalque que *no puede haber un juzgado de violencia contra la mujer*, puesto que *es discriminatorio* (E 6), la apreciación de los operadores jurídicos —específicamente abogados que llevan estos casos— difiere básicamente. En general manifiestan su conformidad no sólo con la creación de juzgados específicos en esta problemática, sino también con su funcionamiento. Todos acuerdan que los juzgados trabajan satisfactoriamente.

También difiere la opinión que presentan los integrantes de los juzgados —secretarios y fiscales— de los propios abogados, al ser consultados sobre la necesidad de una capacitación específica en los juzgados destinados a resolver los conflictos de violencia sobre la mujer. Mientras que los abogados recalcan fundamentalmente la necesidad de una concreta formación y capacitación en la materia, los integrantes de los juzgados miran esta cuestión con bastante indiferencia. Respectivas opiniones pueden ejemplificarse en las manifestaciones siguientes:

Lo de mayormente femenino me da igual. Lo que sí que creo es que esencialmente tienen que tener una actitud distinta ante las víctimas y sobre todo un comportamiento no burocrático. Tratar el tema de la violencia de género no tiene nada que ver con tratar un robo, un hurto o lo que sea. Requiere otra atención la víctima y requiere otra atención el procedimiento. En ese sentido, que el personal esté especializado me parece lo mínimo que se puede pedir. Especializado en comprensión, en aguante y en paciencia... (E 1 - Abogado).

*En cuanto a la capacitación, es claro que lo que aquí estamos tratando es penal puro y duro, es derecho penal puro y duro, **no hacemos labor de asistencia***¹³. *Aparte de nuestros conocimientos generales el trato es correcto como con cualquier víctima... Con un mínimo de cultura el trato puede ser suficientemente adecuado* (E 5 - Fiscal).

¹³ El destacado es mío.

Sí encontramos pleno acuerdo entre todos los entrevistados cuando fueron consultados sobre la necesidad de la conformación del personal de los juzgados específicos de violencia sobre la mujer. En general, no entienden que sea necesaria la disposición primordialmente femenina del personal. No se han manifestado reflexiones sobre la significación de la mujer dentro del personal judicial, sobre la posibilidad de incorporar mediante su presencia una perspectiva diferente a la históricamente asumida por el sexo masculino, ni sobre la importancia que éstas tendrían en un juzgado específico de violencia sobre la mujer, alegando mayormente que la pluralidad de sexos enriquece el tratamiento de esta problemática.

En la provincia de Córdoba, Argentina, la apreciación sobre estos mismos contenidos es unánime. Todos los entrevistados acuerdan enteramente la necesidad de contar con juzgados con competencia específica en violencia familiar o intrafamiliar y mayormente con la facultad de que asuman todos los conflictos que devienen de ese hecho, como el divorcio, régimen de alimentos, etc.

Los tribunales de familia se ven abarrotados. Hay solamente cuatro juzgados de familia en la ciudad de Córdoba para la cantidad de gente que se ha lanzado a denunciar, es imposible. Hace falta un foro específico, con gente que esté capacitada y especializada (A 8 - Abogado).

Somos cuatro jueces para dos millones de habitantes y ahora tenemos competencia más amplia en violencia familiar porque ningún juez es incompetente territorialmente, trabajamos en toda la provincia... Un juez de familia que está tratando un divorcio puede darse cuenta si en esa pareja hay violencia o no (A 9 - Juez de Familia).

Los fundamentos de tales apreciaciones se evidencian claramente en las manifestaciones de los entrevistados cordobeses: la cantidad de denuncias y el desborde de trabajo que llevan los Tribunales de Familia de la provincia desde la sanción de la Ley 9283 y, además, la inmediatez del juez conocedor de los asuntos de familia para detectar hechos de violencia que pudiese estar padeciendo una mujer que no se anima a denunciar.

4. Principales problemas derivados de las normas que regulan la violencia: ¿retrocesos o avances?

Al ser consultados nuestros entrevistados españoles sobre los principales problemas que pueden surgir o derivarse de la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, hemos encontrado concierto en todas sus respuestas. Todos acuerdan que los problemas más importantes que pueden suscitarse son: los desistimientos de las denuncias y los quebrantamientos de condena. No

obstante, una vez más, podemos distinguir diferencias entre los enfoques de quienes integran la Administración de Justicia como secretarios de juzgados o fiscales, y quienes practican el ejercicio liberal de la profesión jurídica, los abogados. Las diferencias parecen cada vez más estar sustentadas en el contacto más directo que estos últimos tienen con las víctimas o protagonistas de los hechos de violencia intrafamiliar. Aunque deseáramos esperar otra cosa, no son los operadores internos del Poder Judicial los que intentan colocarse en el lugar de quienes realmente sufren este problema, para poder comprenderlo mejor y así ofrecer una resolución más favorable, sino que lo aprecian —otra vez— con criterios racionales y formalistas. Incluso hay quienes entienden principalmente a estos problemas citados como atentados contra la economía procesal...

*En muchos casos el problema es que la denuncia no estaba fundada en un temor de la víctima de convivir con su agresor sino que la movían otro tipo de impulsos como pueden ser los celos, un enfado puntual y violento de una persona. **Nosotros vamos a perder el tiempo toda la mañana entera, perder el tiempo, porque eso es perder el tiempo**¹⁴, para que luego salgan por la puerta y se vayan juntos los dos de la mano. No hay suficientes medios en cuanto a la seguridad de la observancia de la medida, pero claro es que tampoco hay colaboración por parte de la víctima... (E 10 - Secretaria).*

Y mientras que los fiscales o secretarios de los juzgados específicos de violencia sobre la mujer ofrecen soluciones a estos problemas aplicando más rigurosamente las normas, casi que sin más fundamento que el estrictamente procesal-legal,

Yo soy partidaria de acusar a los dos por quebrantamiento judicial (E 9 - Fiscal).

El incumplimiento suele venir de la remisión condicional. Si no se permitiese tan fácilmente la remisión condicional no habría tanto incumplimiento, por imposibilidad física de cumplir, porque el condenado estaría cumpliendo la condena (E 2 - Secretario).

Los abogados, apelando más a la utilidad que pueda ofrecer la norma e intentando comprender la situación y captar las motivaciones de las víctimas, sugieren la posibilidad de otorgar mayor grado de discrecionalidad al juez y alternativas efectivas para atender a la víctima:

Desistimiento de la víctima... cómo no van a desistir. Si de una discusión por una conducta ilegítima de empujón, grito, amenaza, se deriva un cambio en su vida de 360 grados!!! Cómo no van a desistir, claro que desisten, normal. Es humano (con mucho énfasis). Ellas son las que pasan por todo lo que conlleva un procedimiento de estas características y es muy fácil decir-

¹⁴ El destacado es mío.

les denuncia cuando no estás en su piel, cuanto tú tienes casa para dormir, dinero para comprar mañana...

Modificar la obligatoriedad de la aplicación obligatoria de la pena de alejamiento, creo que hay que modificarlo y dejar a criterio de su señoría incluso para que pueda decidir en base no sólo al deseo, sino al deseo y a la situación de la víctima (E 3 - Abogada).

Sí, sí, la medida de alejamiento ya se ha detectado como algo que tiene que ser de alguna manera solucionado. El alejamiento crea muchos conflictos porque muchas parejas vuelven a reanudar la convivencia. Nos parecerá bien, mal o regular, pero esta es una realidad... Ya se está planteando nuevamente valorar el darle al juez cierto nivel de cintura, de margen para poder tomar o no tomar esa medida en función de la gravedad del suceso, el interés de la mujer, la relación familiar que se trate de proteger... Sí que nos está dando problemas, eh? Pero esto viene de la mano de otra cosa, quiero decir, nos da problemas porque a la mujer víctima no se le ofrecen otros canales tampoco sociales más que el código penal para salir adelante. Porque claro, cuando una mujer quiere hacer algo para resolver esa situación y quiere continuar la convivencia, la ley no le ofrece ninguna salida. Porque denuncia, denuncia, vale. Denuncio y qué? Si yo lo que quiero es que me cambie el marido, eso no lo puede conseguir el código penal, eso lo tienen que conseguir las instancias sociales y para eso tienen que haber canales en los que la mujer pueda ser informada, atendida y dar solución a su conflicto, porque si no le damos solución a su conflicto no hacemos nada (E 1 - Abogada).

Las dificultades de ciertas previsiones obligatorias que prevé la Ley Integral, como la imposición obligatoria de la pena de alejamiento, son motivo de las más fuertes críticas que está recibiendo la citada normativa en la actualidad por parte de la doctrina especialista en el tema. Sostiene Patricia Laurenzo¹⁵, haciendo una fuerte crítica al modelo penal que se defiende en materia de violencia de género, que la Ley Orgánica pone de manifiesto una clara “tendencia a la sobreprotección de las víctimas y restringe notablemente la libertad de las mujeres para gestionar su conflicto con una pareja violenta”. Recalca la autora que se trata de una “concepción retrógrada que considera a las mujeres incapaces de tomar decisiones por sí mismas, sustituyendo la tutela del marido por el Estado, y que deja atrapada en sus redes hasta el punto de imponerles su protección bajo amenaza de sanción penal”.

¹⁵ LAURENZO, PATRICIA, “La violencia de género en el Derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo” en *Género, violencia y Derecho*, Coordinadoras: Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda, Ana Rubio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 340 y ss.

Las mujeres no son vistas por nuestros entrevistados en estos términos, sí quizá considerando que la Ley Integral y su procedimiento vicimizan a las mujeres, pero no en cuanto a restringirle libertad sino en cuanto a utilizar —o mejor dicho, aprovecharse de— la ley para otro tipo de objetivos o intereses. Si bien estas apreciaciones tan críticas no han surgido de los dichos de nuestros entrevistados relacionados a la Administración de Justicia, son importantes de tomar en consideración a la hora de evaluar las capacidades o limitaciones que el propio sistema penal ofrece para atender este tipo de conflictos.

Por otra parte, aunque enfocados en otros asuntos e inconvenientes, también encontramos pleno acuerdo en nuestros entrevistados cordobeses sobre la misma pregunta en relación a la Ley de Violencia Familiar 9283 de la provincia de Córdoba, Argentina. Los entrevistados son conscientes de la existencia de este tipo de consecuencias propias de las relaciones de maltrato y violencia de la que las mujeres no pueden salir con facilidad, como las que citan sus homónimos españoles, pero aún no han llegado a la fase de que esto les preocupe principalmente.

En este sentido, ante la urgencia con la que han comenzado a trabajar los juzgados de familia desde la sanción de la ley en esta provincia Argentina, y ante la falta de implementación completa de los medios que la citada ley cordobesa ofrece para combatir la violencia, tanto los jueces de familia, los secretarios de dichos juzgados y los abogados que trabajan estos casos, todos han observado que el principal problema que puede surgir de la implementación de la Ley 9283 es la falta de recursos, la falta de medios para poder llevar a la práctica la normativa y la duda sobre el compromiso real y efectivo del Estado de proporcionarlos. Los escasos juzgados de familia se encuentran sobrepasados de denuncias y causas de violencia, cuentan con un solo equipo técnico al que recurrir para poder hacer la valoración de las situaciones que la ley sugiere, el que —generalmente— no llega a tiempo porque está en otra diligencia o porque no tiene presupuesto para el combustible del único automóvil disponible para todo este trabajo. Los entrevistados muestran desconfianza en que el enfoque interdisciplinario que la ley propone para abordar la problemática de la violencia familiar, sea efectivamente abordado.

El hecho de que la mujer vuelva a reconciliarse forma parte del proceso y del síndrome de la mujer golpeada y éste no es un problema judicial, eso es un problema psicológico que hay que trabajar y que hay que acompañar y que hay que sostener desde otro lado. ¿Qué es lo que más decepciona al operador judicial? La mujer que reiteradamente denuncia y que reiteradamente viene... Ahora si vos lo mirás desde otro lado, esa mujer está pidiendo ayuda y que se acerque a denunciar aunque se vuelva a arrepentir es un

paso adelante... Lo que pasa es que no hay recursos. La ley es una maravilla, pero se largó una ley para la que no hay recursos (A 7).

5. Sanciones y tipos penales: ¿es posible juzgar sobre lo que no se cree legítimo?

La Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en España ha también suscitado un amplísimo debate en relación a la configuración de la tipología penal que consagra. Recordemos que la citada ley eleva las penas de determinados delitos de violencia contra la mujer (cometidos por su compañero o ex compañero sentimental) e incluso tipifica como delitos conductas que, en otro tipo de relaciones (no de pareja o ex pareja), sólo pueden considerarse faltas.

El debate ha trascendido los ámbitos parlamentarios y doctrinarios. También puede detectarse entre nuestros entrevistados, los operadores jurídicos especialmente vinculados a este problema social, cuán importante resulta. Todos han manifestado seguras y contundentes opiniones en relación con los nuevos tipos y sanciones que la Ley Orgánica estipula en materia penal.

En primer lugar, cabría decir que todos los entrevistados se han mostrado favorables a que sea la competencia penal quien deba asumir el tratamiento de este problema. No la civil, no los juzgados de familia como sucede en Córdoba, Argentina, con la intervención de la fiscalía penal si se observa la configuración de un delito¹⁶. Es más, aunque no todos, pero sí la mayor parte de ellos se encuentra plenamente a favor de que un solo juzgado capte las actuaciones civiles y penales que se desprendan de una situación de violencia contra una mujer, aún con todo el recargo de trabajo que ello implica. Y todavía más, con excepción de los abogados (una vez más observamos diferencias entre éstos y los integrantes de la Administración de Justicia), los secretarios y fiscales consultados resaltan la pena de prisión como la más adecuada para este tipo de casos o la que *da más juego* (E 9 y E 2) a los fines de aplicar una sanción.

Pero, ahora bien, a los entrevistados se les efectuó la siguiente pregunta: *¿las nuevas tipologías y sanciones penales que prevé esta Ley eran necesarias o con las que ya preveía el Código Penal eran suficientes?*

A esta altura del análisis ya no nos debería sorprender lo que obtuvimos por respuesta. No debería, pero nos sigue sorprendiendo. Todos, sin

¹⁶ Aclarando que, tal como una integrante de una Fiscalía Penal de los Tribunales de Córdoba nos comentaba, las actuaciones de violencia remitidas a las fiscalías penales suelen *dormir eternamente en los cajones* puesto que en ellas no suele encontrarse ningún grave delito contra la propiedad o un cruento homicidio de por medio (A 7).

ninguna excepción, quizá con mayor o menor énfasis, sostienen no estar de acuerdo con la nueva categorización penal que la Ley Orgánica 1/2004 propone. La sorpresa no llega de la mano de la clarísima independencia que se observa en España entre el Poder Judicial y los demás poderes del Estado, el Legislativo en este caso, sino de la posibilidad de que las aseveraciones sobre la Ley que sostienen jueces, secretarios y fiscales puedan influir en su propia aplicación. ¿Afectan las apreciaciones que tienen quienes aplican las leyes las resoluciones que dictan?

Dicen los consultados en relación a las penas que estipula la ley de violencia de género de España:

A mí lo que no me parece justo es que, sin que esté demostrado nada, por una posición de debilidad, por el mismo comportamiento a uno se le pueda penalizar hasta el infinito y la otra merezca apenas un reproche (E 10).

Hay un exceso de castigo de la variedad de las conductas, sobre todo con esa distinción (E 7).

Las penas son excesivas. No se puede obligar a alejarse a la gente sin más. La ley obliga a la mujer a cosas que no quiere. Y sólo por una amenaza o un insulto, es excesivo (E 6).

No estoy conforme en absoluto con la tipificación de conductas que hasta ahora eran faltas y que se han considerado delitos. Creo que realmente con eso se están matando moscas a cañonazos, se está creando una conflictividad social innecesaria (E EG 1).

Los dichos precedentes ilustran lo que en general fue obtenido como respuesta de la pregunta citada. Todos los entrevistados consideran excesivas las penas y fundamentalmente están en desacuerdo con la nueva tipificación de conductas que establece la Ley Orgánica.

Las justificaciones concuerdan con lo que en general los entrevistados plantean sobre la ley. En algunos casos apelando a razonamientos extremos: su inconstitucionalidad; la violación clara de la normativa a los principios que sostiene nuestro sistema jurídico, como la abstracción y la generalidad; en otros, a cuestiones prácticas.

A los efectos que se quería, yo creo que la anterior regulación era mejor. Al fin y al cabo el mayor porcentaje, por lo menos de lo que estamos viendo en Zaragoza, son faltas... lo que sería para una persona que no tiene esa relación sentimental... sería una falta (E 5).

Tantos delitos... La conducta siempre ha estado tipificada; o sea, creo que habría, en vez de tanta ley sectorial y tanto tribunal especial, haber mantenido en el código penal un esquema muy sencillo: unos tipos básicos y una serie de agravantes para cada tipo de denuncia sobre cada tipo delictivo. Creo que se ha complicado demasiado con tanta ley cuando ya estaban unas pocas normas bien explicadas a la sociedad... (E 2).

6. A modo de cierre

Luego de revisar los principales ejes sobre los cuales giraron las entrevistas realizadas a los operadores jurídicos y de apreciar a través de sus propios dichos los conceptos y las significaciones que construyen en relación a la temática de la violencia intra familiar de género, podríamos concluir —más allá de las puntualizaciones específicas— que los integrantes de las respectivas Administraciones judiciales consultadas, se aferran exclusivamente en la legalidad de las normas pero cuestionan radicalmente su legitimidad. Y decimos se aferran y no creen, puesto que incluso la creencia en su constitucionalidad también está limitada.

Nos preguntábamos previamente qué tipo de influencia podría tener en el propio actuar de los jueces esta advertencia que hemos detectado. ¿Es posible que las creencias sobre la legalidad o legitimidad de las normas influyan en las resoluciones que los jueces dictan? Entendemos que sí, y que la falta de coherencia o contradicciones que pueden suscitarse transforma a los jueces, secretarios y fiscales de juzgados que abordan la problemática de la violencia de género, en operadores única y exclusivamente aferrados a la formalidad del precepto, al procedimiento que indica, a los plazos que estipula, a las sanciones que muestra. De tal forma, la posibilidad de hacer permeables conceptos con perspectiva de género que atraviesen las fuertes y tradicionales estructuras sociales, en este caso la judicial, se hacen todavía más remotas.

Los principios que caracterizan a nuestros sistemas jurídicos están fuertemente arraigados no sólo en las estructuras sino también en la conciencia judicial. Desde negar por inconstitucional un juzgado exclusivo de violencia sobre la mujer (o ni siquiera reflexionar sobre la posibilidad de su existencia, como en el caso de la provincia de Córdoba en Argentina), pasando por la necesidad de la *habitualidad* (detectado también en ambas jurisdicciones trabajadas) como requisito necesario para configurar un delito de violencia sobre una mujer, hasta creer que sólo el sentido común o el trato cordial usual hacia cualquier víctima bastan para asumir la resolución de estos conflictos, son fuertes indicadores de que los cambios necesarios en la sociedad para afrontar definitivamente a la violencia que sufrimos las mujeres como una real violación a nuestros derechos humanos, no vendrán precisamente de las estructuras judiciales y se retardarán bastante más de lo esperado.

Bibliografía general

ARAGONESES MARTÍNEZ, SARA y otros (2006), *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*. Editorial Colex, Madrid.

BARRERE UNZUETA, MARÍA ÁNGELES (2008), "Género, discriminación y violencia contra las mujeres" en *Género, violencia y Derecho*, Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio Coordinadoras, Tirant Lo Blanch, Valencia.

BARRETT MICHÈLE y PHILLIPS ANNE (Compiladoras) (2002), *Desestabilizar la teoría. Debates feministas contemporáneos*. Paidós - Universidad Nacional Autónoma de México, México.

BELLEAU, MARIE-CLAIRE y JOHNSON, REBECCA (2007), "The Faces of Judicial Anger" in MYRIAM JÉZÉQUEL y NICHOLAS KASIRER (eds.), *Les sept péchés capitaux et le droit privé*, ed. Thémis, Montreal, pp. 13-56.

BIRGIN, HAYDÉE (Compiladora) (2000a), *El Derecho en el género y el género en el Derecho*. Editorial Biblos, Buenos Aires.

BIRGIN, HAYDÉE (Compiladora) (2000b), *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho Penal*. Editorial Biblos, Buenos Aires.

BODELÓN ENCARNA (2008), "La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo" en *Género, violencia y derecho*, Coordinadoras: Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 275-299.

BODELÓN ENCARNA (2009), "Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico" en *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Gemma Nicolás Lazo y Encarna Bodelón González (comps.), Roberto Bergalli e Iñaki Rivera Beiras (coords.), OSPDH, ANTHROPOS, Barcelona, pp. 95-116.

BONET ESTEVA, MARGARITA (2009), "Derecho penal y mujer ¿debe ser redefinida la neutralidad de la ley penal ante el género?", en *Derecho, Género e Igualdad*, Daniela Heim y Encarna Bodelón González Coordinadoras, Grupo Antígona UAB, Barcelona.

CALVO GARCÍA, MANUEL (2008), "La violencia de género ante la administración de justicia. Primeros apuntes sobre la implementación de la LO 1/2004", Cuadernos de Derecho Judicial: *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la Ley Orgánica 1/2004*, Directores Miren San Miguel y José Gómez Villora, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, IX - 2007, pp. 75-100.

COMAS D'ARGEMIR MONTSERRAT (2007), "La aplicación de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género", *Circunstancia-Revista de Ciencias Sociales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset*, Año V, Nº 12. Disponible en www.ortegaygasset.edu/circunstancia/numero12/art1.htm#inicio.

GABRIELE, ORLANDO y PERALTA OTTONELLO, ALEJANDRO (2008), *Ley de violencia familiar de la Provincia de Córdoba N° 9283. Anotada, comentada y concordada con otras legislaciones*. Alveroni, Córdoba, Argentina.

GIL RUIZ, JUANA MARÍA (2007), *Los diferentes rostros de la violencia de género*. Dikynson, Madrid.

GILLIGAN, CAROL (1986), *La moral y la teoría: psicología del desarrollo femenino*. Fondo de Cultura Económica, México.

GILLIGAN, CAROL (1993), *In a different voice: psychological theory and women's development*. Harvard University Press, Cambridge.

KOHEN, BEATRIZ (2005a), "¿Dónde están las profesionales del derecho en la Ciudad de Buenos Aires?" en *Academia*, Año 3, número 6, Buenos Aires, pp. 245-256.

- KOHEN, BEATRIZ (2005b), "Más mujeres en la justicia: los argumentos más frecuentes" en *Academia*, Año 3, número 6, Buenos Aires, pp. 331-337.
- KOHEN, BEATRIZ (2008), *El género en la justicia de familia. Miradas y protagonistas*. Ad Hoc, Buenos Aires.
- LARRAURI, ELENA (2006), "Violencia de género. La visión de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género", *Revista Pensamiento Penal*. Disponible en www.pensamientopenal.com.ar/doctrina.htm.
- LARRAURI, ELENA (2007), *Criminología crítica y violencia de género*. Trotta, Madrid.
- LAURENZO COPELLO, PATRICIA (2005a), "La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político criminal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, num. 07-08, pp. 08:1-08:23.
- LAURENZO COPELLO, PATRICIA (2005b), "El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: valoración político-criminal" en *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos Penales José María Lidón, Núm. 2, Universidad de Deusto, Bilbao, pp. 91-115.
- LAURENZO, PATRICIA (2008), "La violencia de género en el Derecho Penal: un ejemplo de paternalismo punitivo" en *Género, violencia y derecho*, Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio Coordinadoras, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 329-361.
- LAURENZO, PATRICIA, MAQUEDA, MARÍA LUISA y RUBIO, ANA, Coordinadoras (2008), *Género, violencia y derecho*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- LOSEKE, DONILEEN y KURZ, DEMIE (2005), "Men's violence toward women is the serious social problem" en *Current controversies on family violence*, Loseke, Gelles y Cavanaugh (Editores), Sage Publications, California, pp. 79-96.
- LOSEKE, DONILEEN, GELLES, RICHARD y CAVANAUGH, MARY (Editores) (2005), *Current controversies on family violence*. Sage Publications, California.
- MACKINNON, CATHARINE (1989), *Toward a feminist theory of the state*. Harvard University Press, Cambridge.
- MAQUEDA, MARÍA LUISA (2008), "¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico" en *Género, violencia y derecho*, Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio, Coordinadoras, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 362-408.
- MEDINA, GRACIELA (2002), *Visión Jurisprudencial de la Violencia Familiar*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, Argentina.
- ÓSSOLA, ALEJANDRO (2006), *Violencia Familiar*. Advocatus, Córdoba, Argentina.
- PITCH, TAMAR (2003), *Un Derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Editorial Trotta, Madrid.
- PITCH, TAMAR (2009), "Justicia penal y libertad femenina" en *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Gemma Nicolás Lazo y Encarna Bodelón González (comps.), Roberto Bergalli e Iñaki Rivera Beiras (coords.), OSPDH, ANTHROPOS, Barcelona.
- RACKLEY, ERIKA (2008), "What a difference difference makes: Gendered harms and judicial diversity", *International Journal of the Legal Profession*, 15: 31-50.

SÁNCHEZ, MARIANA (2004a), "Género y delito", *Géneros. Revista de análisis y divulgación sobre los estudios de género*, Centro Universitario de Estudios de Género de la Universidad de Colima, México, Año 12, Número 32: 4-13.

SÁNCHEZ, MARIANA (2004b), "La Mujer en la Teoría Criminológica", *La Ventana, Revista de Estudios de Género*, Centro de Estudios de Género, Universidad de Guadalajara, México, Número 20: 240-266.

SÁNCHEZ, MARIANA (2007), *Delito y desviación social. Explicaciones teóricas*. Advocatus, Córdoba, Argentina.

SÁNCHEZ, MARIANA (2011), "La crítica feminista al discurso jurídico (O de cómo entender al Derecho como un ámbito de lucha por la igualdad de género)", *Anuario XII*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, La Ley, Buenos Aires.

SMART, CAROL (1994), "La mujer del discurso jurídico" en *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, Elena Larrauri (Compiladora), Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, pp. 167-189.

STRAUS, MURRAY (2005), "Women's violence toward men is a serious social problem" en *Current controversies on family violence*, Loseke, Gelles y Cavanaugh (Editores), Sage Publications, California, pp. 55-77.

ZAFFARONI, EUGENIO (2000), "El discurso feminista y el poder punitivo" en *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*, Haydée Birgin (Compiladora), Editorial Biblos, Buenos Aires, pp. 19-37.



LA INCLUSIÓN DE LOS JÓVENES DE BAJOS RECURSOS EN EL MUNDO DEL ESTUDIO Y DEL TRABAJO[†]

*Leopoldo Schapira**

*Josefina Schapira***

Resumen: La investigación se focaliza en los jóvenes de entre 16 y 26 años de nivel socioeconómico medio bajo y bajo de la ciudad de Córdoba. Se indaga sobre la situación del grupo en lo que respecta a distintos aspectos de su integración social como su inserción laboral, educativa, su conectividad a redes virtuales, sus experiencias de discriminación y su inserción laboral. Estos últimos aspectos se analizan con mayor detalle tratando de detectar las trabas sociales y psicológicas que impiden su acceso al trabajo. Se comparan con los de investigaciones anteriores propias y de otras fuentes sobre otros grupos de jóvenes.

Palabras claves: Jóvenes, Integración, Mundo laboral, Discriminación.

Introducción

Como en los últimos siete años, se realizó una investigación sobre un tema de interés particular en el ámbito del Congreso “La Cultura del Trabajo y los Valores” que organiza anualmente la Fundación Inclusión Social Sustentable.

Como resultado de esta colaboración, se cuenta con una serie de resultados de encuestas sobre la temática del Congreso que permiten analizar la evolución de percepciones, actitudes y comportamientos entre distintos grupos de nuestra sociedad.

Este año, el foco estuvo puesto en el mundo del trabajo de jóvenes de nivel medio bajo y bajo. Estos resultados adquieren su verdadera dimensión cuando se comparan con los estudios anteriores que también se focalizaron en los jóvenes. Se trata de “Jóvenes y Empleadores. El Rompecabezas de Obstáculos a la Inclusión Laboral”¹

[†] Recibido el 24/04/2013, Aprobado el 02/12/2013.

*LEOPOLDO, SCHAPIRA: Investigador Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, UNC

**JOSEFINA, SCHAPIRA: Directora de Perspectivas Sociales, Investigaciones sociales de mercado.

¹ SCHAPIRA, LEOPOLDO Y JOSEFINA; “Jóvenes y Empleadores, El Rompecabezas de Obstáculos a la Inclusión Laboral”, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, *Anuario XII*, Córdoba 2010, pág. 669.

y “Los Jóvenes Universitarios. Su visión del Paso del Estudio al Trabajo”².

Se entrevistaron por cuotas de edad y género a jóvenes de entre 16 y 26 años residentes en barrios de niveles socioeconómicos medios bajos y bajos³. Se realizaron 271 encuestas lo que implica dentro de un nivel de confianza del 95% un error estándar de $\pm 5\%$.

I. Situación de inclusión en el mundo del estudio y/o del trabajo

Los jóvenes de bajos recursos encuestados se encuentran en distintas situaciones de integración dentro del mundo del estudio y/o del trabajo.

Situación	Género	
	Masculino	Femenino
Sólo estudia	44,10%	41,00%
Abandonó los estudios y trabaja	18,90%	12,50%
Estudia y trabaja	14,20%	14,60%
Ni estudia ni trabaja	8,70%	18,10%
Terminó sus estudios y trabaja	8,70%	7,60%
Terminó sus estudios y no trabaja	5,50%	6,20%
Total	100,00%	100,00%

Fuente: Relevamiento 2012.

² SCHAPIRA, LEOPOLDO y JOSEFINA; “Los Jóvenes Universitarios. Su visión del Paso del Estudio al Trabajo”, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, *Anuario XIII*, Córdoba 2011, pág. 739.

³ La Asociación Argentina de Marketing (AAM, 2006) definió las principales características de los Principales Sostenes del Hogar de niveles medios bajos y bajos (C3 y D1), como sigue:

Segmento	Ocupación Principal del PSH		Educación del PSH
	Calificación	Descripción	
C3	Técnico	Empleados Jefes de Empresas Chicas y Medianas Cuentapropista ocupado pleno Docente primario/secundario ocupado pleno Jubilados/pensionados c/educación terciaria completa	Secundaria Completa Terciaria Incompleta Universitaria Incompleta
D1	Operario sin calificación	Empleado Cuentapropista de calificación operario Jubilados/pensionados c/educ. secundaria completa	Secundaria Incompleta Primaria completa

Esto implica que el 56,8% está estudiando (Sólo estudia y estudia y trabaja), que el 22,90% está trabajando y que el 14,20% ni estudia ni trabaja (porque abandonó o porque terminó los estudios).

Las razones por las que abandonan los estudios son diferentes, según sean hombres o mujeres... mientras los varones, más que las mujeres, lo hacen porque empiezan a trabajar y por problemas económicos; las mujeres lo hacen porque forman familia y porque tuvieron que ayudar en su casa.

Razones de abandono de los estudios	%
Formé familia	26,16%
Empecé a trabajar	24,62%
Tenía que ayudar en mi casa	16,92%
Me iba mal/repetí/comportamiento	15,38%
Problemas económicos	9,23%
Enfermedad	3,08%
No me intereso seguir, no me servía	3,08%
Mis padres no quieren	1,54%
	100,00%

Esta situación educativa (56,8% estudiando) es un poco mejor que la detectada para el total del país en 2010 por Unesco, según enuncia su publicación *Global Educative Digest* que transcribe el diario *La Nación*⁴.

En esa publicación se dice sólo el 43% de los chicos argentinos que cursa el secundario lo termina en los plazos establecidos y solo la mitad accede a ese título. Esos datos sitúan a Argentina como uno de los países de la región con más baja tasa de graduación en el secundario.

Por otro lado, los jóvenes objeto de esta investigación tienen más dificultades para conseguir y permanecer en un trabajo que el promedio de los jóvenes según lo revela la comparación entre la última Onda de la EPH de 2011⁵ y los resultados de esta investigación.

En efecto, según la fuente oficial, el 43,8% de todos los jóvenes cordobeses de entre 16 y 26 años estaban ocupados durante el cuarto trimestre de 2011, y según nuestro relevamiento que se focaliza en los de menores recursos, sólo el 37,3%.

⁴ "Inquietante Diagnóstico de la Educación Secundaria," *diario La Nación*, Buenos Aires, Martes 24 de Julio de 2012.

⁵ Encuesta Permanente de Hogares, INDEC, <http://www.indec.mecon.gov.ar>.

Si se considera sólo al subgrupo de los de entre 22 y 26 años, la brecha se estrecha y podría explicarse en términos de diferencias muestrales. En ese caso, 58% de todos los jóvenes del gran Córdoba de esta edad están ocupados, contra el 53,9% de este relevamiento.

Según nuestro relevamiento, los varones aparecen en mejor situación que las mujeres en cuanto continuidad de los estudios e incorporación al mercado laboral (Categorías “Sólo estudia” y “Abandonó los estudios y trabaja” o “Terminó los estudios y trabaja”). Todo dentro de un panorama clásico de dificultad para incorporarse al mercado laboral.

La suma de los que podrían trabajar (porque han dejado o terminado sus estudios y no lo hacen) es del 14,20% entre los varones y el 24,30% entre las mujeres.

Los más integrados se encuentran en el tramo 22 a 26 años.

Según una investigación de PNUD⁶, uno de cada cuatro jóvenes latinoamericanos ni estudia, ni trabaja, Esto es casi el doble de lo detectado en el grupo cordobés de bajos recursos.

Este segmento de jóvenes de bajos recursos se encuentra, como los demás jóvenes de su edad, muy interconectado.

En efecto, el 75,3% usa Internet —la mitad desde su casa—. Todos los conectados tiene correo electrónico y una cuarta parte lo utiliza diariamente.

II. Cómo perciben e interpretan algunos aspectos del contexto socioeconómico

II.1. La situación económica

El 74% considera que *la situación económica del país* es mala o regular (casi un 50% considera que es regular).

Los jóvenes que estudian y trabajan, y los que terminaron sus estudios y no trabajan, en mayor proporción que el promedio, perciben que la situación es regular.

Aquellos que terminaron sus estudios y trabajan tienden a percibir que la situación económica es mala.

Para un 52%, la situación no ha cambiado en relación al año pasado.

En lo que hace a la evaluación de la *situación económica personal* las respuestas se concentran en los términos medios: regular o buena.

⁶ “En Latinoamérica, uno de cada cuatro jóvenes no estudia ni trabaja”, *La Voz del Interior* el 28/7/2012, pág. A16).

Situación económica personal	%
Muy mala	1,80%
Mala	7,70%
Regular	47,60%
Buena	40,60%
Muy buena	1,80%
NS/NC	0,40%
	100,00%

Analizando las respuestas según la situación de integración dentro del mundo del estudio y del trabajo, se nota cierto sesgo hacia las posturas positivas por parte de quienes no trabajan (porque estudian o porque terminaron sus estudios y no trabajan), en tanto que la actitud inversa se da entre quienes trabajan y estudian y entre quienes sólo trabajan.

II.2. El valor del esfuerzo

La expresión “*En este país, trabajés o no trabajés, no vas a dejar de ser pobre*” entraña una visión determinística de la condición social. Se opone a la idea de que el esfuerzo puede tener una recompensa.

Más de la mitad (54,5%) de los jóvenes de nivel medio bajo y bajo están en desacuerdo con esta visión. Sin embargo, en comparación con otros grupos estudiados en oportunidades anteriores, es la proporción menos contundente en su rechazo. Por ejemplo, entre los jóvenes universitarios (tal vez la situación social más lejana al grupo que se estudia en esta oportunidad) casi la totalidad es refractario a este determinismo.

Afirmación: “En este país, trabajés o no trabajés, no vas a dejar de ser pobre”	Universitarios 2011	Todos los jóvenes 2009	Jóvenes de bajos recursos
Nada de acuerdo	48,6	29,1	24,1
Poco de acuerdo	34,5	40,4	30,4
Desacuerdo	83,1	69,5	54,5
Bastante de acuerdo	10,5	6,5	18,5
Muy de acuerdo	5,7	23,9	23,7
Acuerdo	16,2	30,4	42,2
NS/NC	0,6		3,3
Total	100,0	100,0	100,0

De manera coincidente, frente a la (“clásica”) afirmación: “*En este país el que no trabaja es porque no quiere*”: El 57,2% está de acuerdo con esta expresión que implica quitarle peso al contexto y poner la responsabilidad de integrarse al trabajo en cada persona.

II.3. La utilidad de la educación

Si la educación formal es vista como una vía importante de acceso al empleo (y al empleo de calidad) resulta de interés conocer cómo los jóvenes entrevistados perciben la funcionalidad del colegio secundario.

Los contenidos educativos son útiles para conseguir empleo, y el título es fundamental para el acceso al trabajo.

¿Crees que lo que enseñan en el secundario es muy útil, útil, poco útil o nada útil para conseguir trabajo?	Sólo estudia	Sólo trabaja	Estudia y trabaja	Ni estudia ni trabaja	Egresó y trabaja	Egresó y no trabaja	Abandonó y trabaja	Total
NS/NC			2,60%	5,60%				1,10%
Nada útil	3,50%	100,00%		5,60%			10,50%	4,10%
Poco útil	19,10%		25,60%	27,80%	30,40%	6,30%	28,90%	22,80%
Útil	49,60%		53,80%	50,00%	52,20%	62,50%	50,00%	51,10%
Muy útil	27,80%		17,90%	11,10%	17,40%	31,30%	10,50%	20,90%
	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%

En general, para el 72% de los entrevistados la enseñanza secundaria tiene algún grado de utilidad para conseguir empleo.

Mientras casi el 30% aún duda de la utilidad de la enseñanza formal dentro del campo laboral, todos comparten la idea de que el título del secundario es necesario para conseguir trabajo.

Entre quienes terminaron sus estudios y trabajan hay una mayor cantidad de sujetos que la media que opinan que los contenidos educativos del secundario son poco útiles. A la inversa, los que terminaron los estudios y no trabajan tienden a afirmar la utilidad de esta etapa educativa.

II.4. La Discriminación

Hay dos formas de interpretar los resultados de la encuesta. Por un lado, existe la posibilidad de conectarse con un hecho positivo: Un 72% de los jóvenes de menores recursos económicos nunca se sintió discriminado.

Por otro lado, si se piensa en los valores absolutos que representan, resulta grave que el 28% restante hubiera sufrido en alguna circunstancia de discriminación.

La mayor propensión a no haberse sentido discriminado se da entre los que abandonaron sus estudios y están trabajando (95,5%).

A la inversa el mayor sesgo a sentirse discriminado se dio entre los jóvenes que sólo trabajan.

Los ámbitos en los que padecieron esta situación son muy significativos:

Calle, plaza, lugares públicos
Escuela/Universidad
Baile, fiestas, boliche
Buscando trabajo

Las razones percibidas como inductoras de la discriminación fueron, en orden de importancia, hasta llegar al 80% de las respuestas.

Apariencias físicas
Forma de vestir
Manera de hablar
Lugar donde vive

II.5. Autoimagen del grupo etario

La mayoría de los entrevistados se mostró muy críticos con los miembros de su grupo etario: los calificó de desinteresados y por ende, poco orientados hacia el trabajo y el estudio, sólo pensando en divertirse. Sin embargo, reconocen que los que más estudian tienen mayores posibilidades de un mejor trabajo.

Quienes han sufrido experiencias personales de discriminación son aún más críticos.

Afirmación: A los jóvenes de hoy no les interesa nada	Experiencia de discriminación		Total
	Si	No	
Muy en desacuerdo	19,70%	11,90%	14,10%
Algo en desacuerdo	18,40%	22,30%	21,20%
Poco de acuerdo	22,40%	32,10%	29,40%
Muy de acuerdo	34,20%	31,60%	32,30%
NS	5,30%	2,10%	3,00%
	100,00%	100,00%	100,00%

Entre los jóvenes que no tuvieron experiencias de discriminación, la proporción de los que aceptan esta afirmación, es casi el doble de la proporción de los que no están de acuerdo.

Afirmación: Los jóvenes de hoy prefieren vivir de subsidios y planes trabajar	%
Muy en desacuerdo	8,60%
Algo en desacuerdo	23,40%
Algo de acuerdo	29,40%
Muy de acuerdo	34,90%
NS	3,70%
	100,00%

Afirmación: Los jóvenes sólo quieren divertirse	Experiencia de discriminación		Total
	Si	No	
Muy en desacuerdo	7,90%	13,50%	11,90%
Algo en desacuerdo	19,70%	23,40%	22,40%
Algo de acuerdo	27,60%	26,60%	26,90%
Muy de acuerdo	40,80%	36,50%	37,70%
NS	3,90%		1,10%
	100,00%	100,00%	100,00%

Afirmación: Los jóvenes de hoy están poco interesados en estudiar	Experiencia de discriminación		Total
	Si	No	
Muy en desacuerdo	7,90%	4,10%	5,20%
Algo en desacuerdo	23,70%	17,60%	19,30%
Algo de acuerdo	17,10%	28,50%	25,30%
Muy de acuerdo	48,70%	48,70%	48,70%
NS	2,60%	1,00%	1,50%
	100,00%	100,00%	100,00%

Una marcada proporción (74%) tiene algún grado de acuerdo con la afirmación de que los jóvenes tienen poco interés en estudiar. En mayor medida, aquellos que no vivieron situaciones de discriminación.

Por otro lado, si se analizan las respuestas según la edad del entrevistado, entre los jóvenes de 22 a 26 (quienes están en edad universitaria) se dan las mayores proporciones de rechazo a esta afirmación.

Afirmación: Los jóvenes de hoy están poco interesados en estudiar	Tramos de edad			Total
	Entre 16 y 18 años	Entre 19 y 21 años	Entre 22 y 26 años	
Muy en desacuerdo	6,70%	1,50%	6,70%	5,40%
Algo en desacuerdo	11,40%	19,70%	30,00%	19,90%
Algo de acuerdo	26,70%	22,70%	26,70%	25,70%
Muy de acuerdo	53,30%	56,10%	34,40%	47,50%
NS	1,90%		2,20%	1,50%
	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%

Afirmación: Los que más estudian tiene mejores trabajos después	Total
Muy en desacuerdo	6,30%
Algo en desacuerdo	16,80%
Algo de acuerdo	25,70%
Muy de acuerdo	47,00%
NS	4,10%
	100,00%

II.6. Los problemas de los jóvenes

A su criterio, los tres principales problemas que enfrentan los jóvenes son: la drogadicción (40%), el sistema educativo (16%) y el trabajo (14%). El mundo de su capacitación, el de su integración en el trabajo y el de la droga, que, lamentablemente, es transversal.

La escuela, en primer lugar, con un 21,10% de las respuestas aparece como la primera institución que puede ayudar más a superar los problemas que enfrentan los jóvenes en Córdoba.

Hasta el 80% de las respuestas contiene:

- Escuelas
- Legisladores
- Iglesias
- Movimientos de Jóvenes

II.7. El futuro

Este grupo se muestra muy positivo con el futuro, incluso, comparativamente, más optimistas que los Universitarios en 2011.

¿Crees que económicamente a vos te va a ir mejor, igual o peor que a tus padres?	Universitarios 2011	Todos los jóvenes 2009	Jóvenes de bajos recursos 2012
Mejor	54,6	64,6	58,9
Igual	41,9	31,9	39,3
Peor	3,5	3,1	1,1
Total	100	99,6	99,3

Y a tus hijos ¿Crees que económicamente les irá mejor, igual o peor que a vos?	Universitarios 2011	Todos los jóvenes 2009	Jóvenes de bajos recursos 2012
Mejor	75,1	86,1	77,7
Igual	23,2	12,2	20,1
Peor	1,2	1,3	1,1
Total	100		98,9

III. La inclusión laboral

Parece lógico que les preocupe su inserción laboral por cuanto, para más del 80% del grupo, el trabajo reúne valores instrumentales.

Utilidad del Trabajo	%
Necesidad para subsistir	36%
Forma de realizarte como persona	20%
Forma de conseguir cosas que te gustan	16%
Forma de integrarte y lograr reconocimiento social	13%
Obligación	10%
Forma de aprender	5%

Al extremo que un 70% afirma que prefiere trabajar en algo que le dé dinero antes que en algo que le guste. Y, efectivamente, quienes trabajan, lo hacen con claros fines prácticos.

Para qué trabajas	Porcentaje	Acumulativo
Tener plata para mis gastos	25,60%	25,60%
Ayudar a mi familia con los gastos	15,20%	40,80%
Tengo una familia que mantener	14,20%	55,00%
Me gusta	10,40%	65,40%
Me mantengo/vivo solo	8,50%	73,90%
Para pagarme los estudios	7,60%	81,50%
Aprender, ganar experiencia	7,60%	89,10%
Sentirme útil	5,70%	94,80%
Para no quedarme en casa sin hacer nada	2,80%	97,60%
Mis padres me obligan	1,90%	99,50%
Otros	0,50%	100,00%
	100,00%	

III.1. Los fantasmas de conseguir un trabajo

El mundo laboral es un Universo poblado de fantasmas.

El 65% tiene miedo a no conseguir trabajo, porcentaje que crece al 75% entre los que actualmente no tienen y están buscando.

El 83% piensa que las empresas prefieren tomar personas con experiencias previas.

El temor se potencia cuando se enfrentan a las instancias reales de la búsqueda:

A un 43% le da miedo la entrevista personal.

A un 21% le da miedo ilusionarse en vano.

Un 17% no sabe como descubrir “para qué puede ser bueno”.

III.2. Sin justificativos

Frente a las necesidades de inclusión laboral, el grupo de jóvenes de niveles socioeconómicos medios bajos y bajos, se siente limitado (con “techos psicológicos”, “se ponen solos el aplazo”), con baja autoestima, lo que refuerza las dificultades para conseguir un empleo.

Por otro lado, consideran que deberían estar trabajando. La mayor proporción de los que no están trabajando piensa que la edad para incorporarse al trabajo son los 18 años. Hasta los 19 años se acumula el 77% de las respuestas.

Solo los que no trabajan. ¿A qué edad crees que se debe empezar a trabajar?

Edad	%	Acumulativo
15	1,18%	1,18%
16	7,10%	8,28%
17	4,14%	12,43%
18	56,21%	68,64%
19	8,28%	76,92%
20	12,43%	89,35%
21	4,14%	93,49%
22	0,59%	94,08%
23	2,96%	97,04%
24	1,18%	98,22%
25	1,78%	100,00%

El 72% de los que trabajan actualmente tuvieron su primera experiencia laboral rentada por más de tres meses entre los 14 y los 18 años.

Entre los que no trabajan, **un 61% tampoco busca trabajo**. De entre ellos, hay casi un 10% de desalentados (No encuentran) y otro 9% de desorientados (No saben buscar). Es decir que casi una cuarta parte necesita alguna forma de apoyo.

¿Estás buscando trabajo actualmente?	Trabaja actualmente		Total
	Si	No	
Si	40,00%	39,20%	39,20%
No	60,00%	60,80%	60,80%
	100,00%	100,00%	100,00%

Razones por las que quienes no tienen trabajo, tampoco lo buscan	%
Mis padres no quieren	12,00%
No quiero aún	13,70%
No encuentro trabajo	9,70%
No sé buscar	9,10%
Estoy estudiando	40,60%
Estoy haciendo otra cosa	14,90%

Inscripción al Plan Primer Paso de quienes están buscando trabajo	Trabaja actualmente		Total
	Si	No	
Si		48,40%	47,00%
No	100,00%	51,60%	53,00%
	100,00%	100,00%	100,00%

Por su parte, sólo el 48% de quienes no tienen trabajo y están buscando, se han inscrito en el Plan Primer Paso.

Además de considerar que tienen edad para estar trabajando, los jóvenes asumen la responsabilidad de no trabajar. En el 83% de las respuestas a la pregunta sobre cuáles son las mayores dificultades que tienen los jóvenes para conseguir empleo, se mencionan falencias propias frente a los requerimientos de los empleadores. Entre éstas, el 32% hace mención a no tener los estudios apropiados (de allí la importancia que le asignan a la educación).

Por otro lado, sólo un 11% considera la influencia de aspectos contextuales externos a su persona: la situación del mercado laboral; y finalmente, un 6% a cierta posición en las redes sociales como no conocer a “la persona apropiada”.

Desde tu punto de vista, ¿Cuáles son las mayores dificultades que tienen los jóvenes para conseguir trabajo? ... (LEER OPCIONES)	%
No tener estudios requeridos	31,50%
No tener experiencia	27,40%
No hay suficientes puestos	11,00%
No saber expresarte correctamente en una entrevista	9,70%
No tener habilidades específicas	7,50%
No conocer a las personas que hagan recomendaciones	6,00%
No saber donde buscar	4,30%
No saber hacer un CV	2,60%
	100,00%

Entre los más jóvenes (en edad de colegio secundario), son los más convencidos de que los empleadores valoran la experiencia (que, obviamente, ellos no tienen).

A los jóvenes no los contratan porque prefieren gente con más experiencia.

	Tramos de edad			Total
	Entre 16 y 18 años	Entre 19 y 21 años	Entre 22 y 26 años	
Muy en desacuerdo	1,00%	3,00%	10,00%	4,60%
Algo en desacuerdo	6,70%	4,50%	13,30%	8,40%
Algo de acuerdo	29,50%	34,80%	37,80%	33,70%
Muy de acuerdo	59,00%	51,50%	36,70%	49,40%
NS	3,80%	6,10%	2,20%	3,80%
	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%

Más aún, un grupo mayoritario considera que hay suficientes oportunidades laborales para los jóvenes, lo que implica que no aprovechar esas plazas termina siendo una responsabilidad del grupo. En general, quienes sufrieron de discriminaciones en la vida tienen una tendencia a percibir más negativamente esta realidad.

Hay suficientes oportunidades de trabajo para los jóvenes

	Experiencia de discriminación		Total
	Si	No	
Muy en desacuerdo	19,70%	14,00%	15,60%
Algo en desacuerdo	27,60%	21,80%	23,40%
Algo de acuerdo	22,40%	36,30%	32,30%
Muy de acuerdo	22,40%	25,90%	24,90%
NS	7,90%	2,10%	3,70%
	100,00%	100,00%	100,00%

Hay una mayoría (57,20%) que de alguna manera está de acuerdo con la afirmación de que hay suficientes oportunidades de trabajo para los jóvenes. Una mayor proporción se da entre los que nunca se sintieron discriminados (62,20%).

III.3. Discriminación en la búsqueda de trabajo

El 10% de este grupo de jóvenes, se sintió discriminado al buscar empleo. Las cuatro causas que ellos percibieron que generaban discriminación más mencionadas, fueron:

Causas	%	Acumulativo
Apariencias físicas	31%	31%
Forma de vestir	21%	52%
Ser pobre	10%	63%
Lugar donde vive	10%	73%
Manera de hablar	8%	81%

Como se detectara en estudios anteriores⁷ que ponían el acento en las percepciones y criterios de los empleadores, “la actitud del candidato” es la variable que hace la diferencia en relación a la empleabilidad.

Los empleadores están más atentos a “las pilas”, a la actitud que creen que tendrán los candidatos en el trabajo, que a otros aspectos que hacen a su aptitud para el puesto.

Podría haber ocurrido en los casos que los jóvenes se sintieran discriminados por “portación de rostro” que los empleadores vieran en sus apariencias un indicador de falta de actitud futura, o una baja autoestima.

III.4. Saltando la brecha hacia el empleo

Quienes actualmente tienen trabajo superaron esas limitaciones al iniciarse en la actividad remunerada por medio de recomendaciones de amigos, familiares o conocidos, o trabajando directamente con esa persona.

Apenas un poco más de un 10% se insertó en el circuito productivo a través de un canal formal de selección de personal.

Los jóvenes objeto de esta investigación sienten que sería de gran utilidad una ayuda para clarificar su mirada sobre las oportunidades o no de trabajo en el mercado laboral actual; sobre las necesidades de las empresas de incorporar personal y sobre la calidad de los puestos y los sueldos.

¿Has asistido a algún programa de capacitación para que te sea más fácil conseguir trabajo?

	%
Si	18,1
No	81,9
Total	100

⁷ SCHAPIRA, LEOPOLDO y JOSEFINA; “Jóvenes y Empleadores, El Rompecabezas de Obstáculos a la Inclusión Laboral”, opus cit.

En la definición de las demandas sobre un curso de capacitación que les interese, los jóvenes son muy pragmáticos.

¿Qué características debería tener un curso de capacitación que te interese?

	Porcentaje
Aprender haciendo	15,90%
Cerca de casa/cubrir traslado	13,40%
Que sea directamente en una empresa	13,20%
Entregue certificado	12,50%
Obligüe a terminar el cole	12,50%
Que deje tiempo para estudiar	11,40%
Grupos chicos	5,90%
Que sea en una institución del barrio, CPC	5,70%
Ir con amigos	5,30%
Acompañamiento psicológico	4,20%
	100,00%

Además, a un 77% le gustaría aprender a tomar decisiones más responsablemente; a un 64% a descubrir sus habilidades y talentos, a un 63% a trabajar en equipo y a un 60% a expresarse mejor.

Un 46% se capacitaría para adquirir hábitos de disciplina y constancia.

III.5. Los fantasmas del trabajo

El panorama de la vida laboral no parece mucho mejor que el de la búsqueda.

El 43% piensa que a los jóvenes se los trata mal en el ámbito laboral (sobre todo los que actualmente trabajan).

Siete de cada diez jóvenes encuestados piensan que las empresas buscan a los jóvenes porque es más fácil usarlos y descartarlos.

Lo que resulta más serio: El 75% de los jóvenes de este nivel social que está trabajando, no querrían que sus hijos, a su misma edad, hagan el trabajo que ellos hacen actualmente. Sin embargo, a diferencia de lo que se detectara en otros grupos, no parece haber planteos de redefinición del paradigma del trabajo.

Por otro lado, se sienten mal pagos y, por cierto, con razones suficientes como para abandonar el puesto actual por una retribución mejor.

Positivo: consideran que aportan a mejorar el clima de trabajo.

A los jóvenes se les paga muy poco en el trabajo.

Muy en desacuerdo	5,90%
Algo en desacuerdo	15,20%
Algo de acuerdo	34,60%
Muy de acuerdo	36,40%
NS	7,80%
	100,00%

Siendo joven uno no debería permanecer en un trabajo si en otro le ofrecen mejor pago.

Muy en desacuerdo	4,10%
Algo en desacuerdo	15,20%
Algo de acuerdo	21,90%
Muy de acuerdo	56,50%
NS	2,20%
	100,00%

Los jóvenes mejoran el clima de trabajo en una empresa.

Muy en desacuerdo	5,60%
Algo en desacuerdo	20,10%
Algo de acuerdo	29,70%
Muy de acuerdo	37,50%
NS	7,10%
	100,00%

67,20% está de acuerdo.

Sin embargo, indagando en detalle sobre las condiciones de trabajo, los jóvenes que están trabajando están más satisfechos que insatisfechos con sus condiciones laborales. Los aspectos más conflictivos lo constituyen la retribución y los horarios.

Grado de satisfacción con distintos aspectos de las condiciones de trabajo.

	Insatisfacción	Satisfacción
Respecto a tu sueldo	34,7	61,4
Respecto a la cantidad de horas	22,8	77,2
Respecto a la capacitación recibida	19,8	68,3
Respecto a la tarea realizada	17,8	80,2
Respecto al lugar de trabajo	14,8	85,2
Respecto a su jefe	11,9	84,2
Respecto a tus compañeros de trabajo	3	91,9

Esta serie de estudios⁸ sobre los jóvenes y su integración al mundo del trabajo permite realizar comparaciones entre distintos grupos. Para el 48% de los jóvenes en 2009 el mayor temor era a que sus jefes/la empresa los exploten. Para el 44% de los universitarios en 2011 era a trabajar en algo que no les guste, y para éste el 44% de este grupo de jóvenes de bajos recursos, su mayor preocupación es a no conseguir trabajo. Por eso están más dispuestos a trabajar en lo que les de dinero aunque ese trabajo no satisfaga sus aspiraciones.

Y en relación al mundo laboral ¿A cuáles de estas tres situaciones posibles le tenés más miedo?

	Universitarios 2011	Todos los jóvenes 2009	Jóvenes de bajos recursos 2012
A trabajar en algo que no te guste	44,2	23,8	20,1
A no conseguir trabajo	34,4	28,6	43,7
A que tu jefe/ la empresa te explote	21,3	47,6	36,2
Total	100,0	100,0	100

⁸ SCHAPIRA, LEOPOLDO y JOSEFINA; "Jóvenes y Empleadores, El Rompecabezas de Obstáculos a la Inclusión Laboral", opus cit.
SCHAPIRA, LEOPOLDO y JOSEFINA; "Los Jóvenes Universitarios. Su visión del Paso del Estudio al Trabajo", opus cit.

Quisiera trabajar en lo que me de dinero aunque no sea lo que más me gusta.

	Universitarios 2011	Jóvenes 2009	Jóvenes de bajos recursos
Muy en desacuerdo	48,7	30,9	13,7
Algo en desacuerdo	31,2	22,6	14,4
En desacuerdo	79,9	53,5	28,1
Algo de acuerdo	15,6	34,3	30,4
Muy de acuerdo	4,2	12,2	39,6
De acuerdo	19,8	46,5	70
NS/NC	0,2		1,9
Total	100	100	100

Conclusiones

Los jóvenes cordobeses de bajos recursos de entre 16 y 26 años son un grupo que debe ser objeto de políticas sociales de inclusión social en educación y empleo.

Para evaluar su situación frente al estudio y el trabajo resulta útil recurrir a comparaciones.

En lo que hace al estudio (56,8% estudiando), nuestro grupo objetivo está en una situación levemente superior a la detectada por UNESCO en 2010 para el total del país. Frente al empleo, tienen más dificultades para conseguir y permanecer en un trabajo que el promedio de los jóvenes cordobeses según lo revela la comparación entre la última Onda de la EPH de 2011 y esta investigación. Según una investigación de PNUD, uno de cada cuatro jóvenes latinoamericanos ni estudia, ni trabaja, Esto es casi el doble de lo detectado en el grupo cordobés de bajos recursos.

Si bien la situación de estos jóvenes cordobeses de bajos recursos, en términos comparativos, no es la más crítica, para ellos, conseguir un trabajo es el problema grupal que aparece en tercer lugar en número de menciones.

Parece lógico que les preocupe su inserción laboral por cuanto, para más del 80% del grupo, el trabajo reúne valores instrumentales. Al extremo que un 70% afirma que prefiere trabajar en algo que le dé dinero antes que en algo que le guste (una pésima posición a la hora de la negociación con el empleador).

Teniendo en cuenta los elementos que brinda esta investigación y otras anteriores, las políticas de inserción deberían agregar a las medidas de promoción del empleo de estos jóvenes, un apoyo dirigido a generar cambios actitudinales, aliviando su autoincriminación como responsables de su desempleo e induciéndolos a una búsqueda más activa de trabajo.

El grupo tiende a sentirse responsable de su situación laboral. Los obstáculos contextuales como la situación económica, falta de oferta y la actitud refractaria de los empleadores hacia este grupo etario (como se detectara en estudios anteriores de esta serie) se perciben con menor peso que sus propias capacidades y actitudes. Cuando el 57% está de acuerdo con la afirmación: “*En este país el que no trabaja es porque no quiere*”, le está quitando peso al contexto y poniendo la responsabilidad de integrarse al trabajo en cada joven de bajos recursos, lo que es coherente con su creencia irreal de que tienen suficientes oportunidades laborales. Se están autoestigmatizando. Se califican de desinteresados y por ende, poco orientados hacia el trabajo y el estudio, sólo pensando en divertirse. Se sienten limitados (con “techos psicológicos”, “se ponen solos el aplazo”), con baja autoestima, mencionan falencias propias frente a los requerimientos de los empleadores como no tener los estudios apropiados.

Entre los que no trabajan, un 61% tampoco busca trabajo. De entre ellos, hay casi un 10% de desalentados (No encuentran) y otro 9% de desorientados (No saben buscar). Es decir que casi una cuarta parte necesita alguna forma de apoyo.

Estos jóvenes de bajos recursos creen que la educación formal es una vía importante de acceso al empleo (y al empleo de calidad): “Los contenidos educativos son útiles para conseguir empleo, y el título es fundamental para el acceso al trabajo”. La escuela aparece en primer lugar de las menciones de las instituciones que pueden ayudar más a superar los problemas que enfrentan.

Un conjunto de medidas de inclusión social debe sumar a un sistema educativo francamente orientado a empoderar a los jóvenes de bajo recursos en su desempeño en el mundo del trabajo, aportando concurrentemente, capacitación y mayor autoestima.

Una herramienta para ayudar a concretar el futuro que esperan con optimismo.



TERRITORIO Y PROCESOS DE TRANSFORMACIÓN URBANO-RURALES, SUS CONTRADICCIONES Y CONFLICTOS†

*Sabrina M. Villegas Guzmán**
*Juliana Hernández***

Resumen: En las disputas por el territorio, lo urbano y lo rural —como campos analíticos diferenciados— adquieren un protagonismo crucial en tanto se constituyen en ejes de tensiones de diversos actores sociales. Lejos de presentarse como procesos separados e independientes, las transformaciones operadas tanto en el campo como en la ciudad, se encuentran profundamente imbricadas. Si bien, cada una de estas dimensiones tiene particularidades para su análisis, en este artículo intentaremos trazar líneas de conexión profundas a través de un abordaje basado en determinadas categorías teóricas: espacio, territorio, mecanismos de acumulación capitalista y procesos de subjetivación política.

Palabras clave: Territorio-urbano- rural- conflicto- organizaciones sociales.

I. Introducción

La diagramación del territorio, así como los conflictos, tensiones y contradicciones que se generan en relación a su utilización y disfrute, constituyen temas siempre presentes en la agenda social. Para graficar esta afirmación, basta con detener la mirada en los planes estratégicos pensados y desarrollados para las grandes ciudades en los que, de acuerdo al destino que se pretenda acordar al suelo (emprendimientos inmobiliarios, industriales, nuevos corredores turísticos) poblaciones completas son desplazadas de sus lugares habituales para ser ubicadas o relocalizadas “en los márgenes”. No menos puede decirse del proceso constante de migración campo-ciudad resultante, entre otras causas, de la expansión de la frontera agrícola-ganadera producto de la agriculturización creciente del campo argentino ocurrida en las últimas décadas.

† Recibido el 02/05/2013, Aprobado el 24/09/2013.

* Abogada y Magíster en Antropología (UNC). Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales (FDyCS-UNC). Docente adscripta a la Cátedra de Sociología Jurídica (FDyCS-UNC). Becaria CONICET. Integrante del Colectivo de Investigación El llano en llamas (UCC-UNC). E-mail de contacto: sabvillegass@hotmail.com.

** Licenciada en Ciencia Política (UCC). Doctoranda en Ciencias Políticas (CEA-UNC). Jefa de Trabajos Prácticos Metodología de la Investigación I (UCC). Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales. UCC. Becaria CONICET. Integrante del Colectivo de Investigación El llano en llamas (UCC-UNC). E-mail de contacto: juliana.hndz@hotmail.com.

Estos dos campos analíticos —lo urbano y lo rural— tienen un protagonismo crucial en las disputas por el territorio constituyéndose en ejes de tensiones de diversos actores sociales. En efecto, un aspecto que no puede soslayarse en relación a las organizaciones sociales surgidas en las últimas décadas en el ámbito latinoamericano y, particularmente, en el argentino es que hayan ubicado en el centro de sus reivindicaciones al reclamo por la tierra, el territorio y la depredación de los bienes comunes de la naturaleza.

La diversidad de intereses contrapuestos en las dinámicas de apropiación-expropiación de la tierra y sus bienes se manifiesta en las diversas maneras que adquieren los conflictos. En el ámbito de la provincia de Córdoba, ejemplos de esto lo constituyen la resistencia al traslado y la lucha por la urbanización de los vecinos de Villa La Maternidad y la organización comunitaria de los habitantes del Barrio ciudad Sol Naciente, relocalizados con el Programa Mi Casa, Mi Vida; así como las experiencias de lucha y resistencia del Movimiento Campesino de Córdoba.

Lejos de presentarse como procesos separados e independientes, las transformaciones operadas tanto en el campo como en la ciudad, se encuentran profundamente imbricadas. Las lecturas fragmentadas de estos procesos, ha llevado a plantearlos como campos específicos de análisis de la realidad social. Si bien, cada una de estas dimensiones tiene particularidades para su análisis, las categorías desde las cuales podemos abordarlas cuentan con líneas de conexión profundas que a través de este artículo intentaremos mostrar.

De manera más específica, la propuesta que aquí presentamos importa una reflexión a partir de distintas categorías, a saber: espacio, territorio, mecanismos de acumulación capitalista y procesos de subjetivación política, surgidas e identificadas a partir de distintas investigaciones realizadas y/o en curso, de carácter colectivo e individual, que tuvieron a la territorialidad social y a sus momentos de apropiación y expropiación como ejes privilegiados de análisis¹.

¹ Entre estas investigaciones podemos mencionar las siguientes: "Territorios en disputa: sentidos y prácticas en torno a la lucha por la tierra en una organización campesina del norte de Córdoba" (Tesis de Maestría en Antropología —UNC— Beca Secyt 2009-2010); "Sin tierra no somos: Luchas campesinas, Estado y Derecho en el norte de la provincia de Córdoba" (Proyecto de Tesis: Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales —UNC— Beca CONICET 2010-2015); "Relocalización y nuevos barrios: políticas habitacionales y ciudadanía. Un estudio de tres programas implementados en la ciudad de Córdoba" (Proyecto de Tesis: Doctorado en Ciencia Política —UNC— Beca CONICET 2010-2015). Asimismo, las autoras se desempeñan/ desempeñaron como investigadoras en los proyectos: "Territorios en Disputa. Un estudio sobre los conflictos territoriales urbanos y rurales en la Provincia de Córdoba". Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, UNC y Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, UCC. Proyectos PIO 2011, Ministerio de Ciencia y Tecnología de la Provincia de Córdoba.

II. El espacio como punto de partida y su par inescindible: la sociedad

Decía Henry Lefebvre (cit. por Mançano Fernández, 2006:3) que “el espacio es la materialización de la existencia humana”; de allí que no resulte posible pensar el territorio sin antes hacer referencia al espacio. El territorio es una expresión de la espacialidad de lo social, entendiendo a lo social como una realidad compleja y contradictoria. Así, el espacio es un sistema de objetos y acciones, mientras que el territorio (o la configuración territorial) es la expresión de la espacialidad. Porto Gonçalves (2004) describe la cuestión en estos términos: “Toda sociedad al constituirse a sí misma constituye su espacio, conformando, así, su territorio. De este modo, el territorio no es una sustancia externa, ni tampoco una base sobre la cual la sociedad se erige [...] Al contrario, el territorio es constituido por la sociedad en el propio proceso en el que teje el conjunto de sus relaciones sociales y de poder” (2004:265, nuestra traducción).

Para clarificar la noción de espacio a la que aludimos, puede resultarnos útil recorrer, si bien muy someramente, las distintas concepciones en torno a su uso presentes en la tradición geográfica. Siguiendo a Tobío (2011), los modos de uso y concepción del espacio son cuatro: el espacio como *contenedor o escenario*, como *espacio de las subjetividades*, como *espacio construido* y el espacio como *totalidad dialéctica*.

Para el primer tipo, correspondiente a fines del siglo XIX y la mayor parte del siglo XX, el espacio es un recipiente vacío que bien puede contener objetos y actores como no hacerlo, erigiéndose en el marco/escenario en el que se desarrolla la vida social. La segunda perspectiva, ubicable a mediados del siglo XX, considera que el espacio es inseparable de las representaciones que la sociedad construye para interpretarlo y, por lo tanto, inescindible del término sociedad; “el espacio vivido es, en suma, el conjunto de representaciones espaciales vinculadas a la propia experiencia” (2011:25). El tercer tipo se corresponde con los aportes del neomarxismo a la disciplina —décadas de 1960 y 1970— en la constitución de una geografía radical. Desde esta posición, el *espacio construido* es producido en el proceso de producción capitalista; como producto de este proceso, el espacio es concebido como un capital fijo que transmuta por obra de la maquinaria capitalista. Como *reflejo* de la dinámica social, se establece una relación causal entre sociedad-espacio en la que el segundo elemento

Res. N° 000216/2011 (años 2013-2014); “Apropiación/expropiación de territorialidades sociales. Análisis comparativo de procesos de erradicación/relocalización de sectores sociales empobrecidos en 3 ciudades argentinas”. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, UNC y Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, UCC. FONCYT-PICT-2010-2414 (años 2011-2013).

queda subordinado al primero². Finalmente, la perspectiva que se desarrolla a partir de la década de 1980 —que combina los avances de la geografía radical con los provenientes de los estudios culturales— pone atención no sólo en la dimensión económica, parte del proceso de acumulación del capital, sino en la dimensión cultural que considera al espacio como una *totalidad social*. Se hace necesario así “despojar de esencialidad al espacio y concebirlo como una instancia fundamentalmente relacional, producto de complejas construcciones históricas en constante mutación [...] En este vínculo tanto el espacio como las relaciones sociales van cambiando por la relación que guardan entre sí como pares complementarios” (2011:27).

Esta última forma de concebir al espacio en tanto *totalidad* es la que encontramos en la obra de los geógrafos latinoamericanos³. Uno de sus exponentes, Milton Santos, afirma que “un conjunto de sistemas de objetos y sistemas de acciones forman el espacio de modo inseparable, solidario y contradictorio” (cit. por Mançano Fernandes, 2006:3). Esta definición comprende por igual lo natural y lo social —o los sistemas de objetos naturales y los sistemas de acciones sociales— desde el momento en que ambos se hayan unidos contradictoria y solidariamente. Asimismo, no debe perderse de vista que en el movimiento de esta contradicción naturaleza-sociedad se construye la historia. En atención a este punto, Porto Gonçalves (2004:263) refiere que “no existe sociedad a-geográfica así como no existe espacio geográfico a-histórico. Así como todo espacio geográfico está impregnado de historicidad, la historia está, siempre, impregnada de geografía”.

Decíamos al inicio de este apartado que el territorio es una construcción a partir del espacio geográfico. Desde la perspectiva que defendemos, el territorio no es (ni puede ser) una entidad preexistente a una determinada sociedad, sino que es formado a partir de ella, o mejor aún, a la par de ella.

Siguiendo a Mançano Fernandes (2006) los atributos principales del territorio están dados por las notas de totalidad, soberanía, multidimensionalidad y multiescalaridad. El territorio se presenta así como una totalidad que tiene múltiples dimensiones (política, económica, social, cultural y ambiental) y que posee distintas escalas.

² En este sentido, Lefebvre afirma que “el concepto de producción del espacio desarrolla un concepto ya muy conocido, clásico, reiterativo: el de producción, pero indica un cambio en la producción, en las fuerzas productivas; se pasa de la producción *en el* espacio a la producción *del* espacio (...) Es el espacio y por el espacio donde se produce la reproducción de las relaciones de producción capitalista. El espacio deviene cada vez más en un espacio instrumental” (cit. por Tobío, 2011:27, las cursivas nos pertenecen).

³ Entre ellos podemos mencionar a los brasileiros Milton Santos, Carlos Walter Porto Gonçalves y Bernardo Mançano Fernandes.

En lo relativo a las escalas, el autor sostiene la existencia de un primer territorio formado por los espacios de gobernanza: nacional, provincial y departamental y un segundo territorio formado por propiedades particulares distintas: individual y colectiva, capitalista y no capitalista.

El territorio es, entonces, el producto de la organización del espacio geográfico que realizan distintos modelos de desarrollo⁴, “estos modelos disputan territorios, produciendo el segundo territorio al interior del primero” (Mañano Fernández, 2006:7).

Lejos de ser un concepto unívoco, el territorio es susceptible de ser entendido de distintas formas, y ello tiene que ver con la intencionalidad que se persiga. Como bien afirma Mañano Fernández (2006:4) “la proposición de ampliar o restringir la significación de un concepto es definido por la intencionalidad”.

De esta forma, la definición de territorio dada por agencias multilaterales de financiamiento o por órganos gubernamentales puede no coincidir con la que sostienen otros sectores de la sociedad (movimientos y organizaciones sociales, pueblos originarios y comunidades campesinas). Para los primeros, el territorio tiende a ser concebido como uno solo, esto es, como espacio de gobernanza, perdiéndose de vista las conflictividades que existen entre los diferentes tipos de territorio, sus múltiples dimensiones y escalas.

Al desconocerse los diferentes territorios que existen al interior de un espacio de gobernanza (junto al conflicto existente entre ellos) esta utilización del concepto favorece la aplicación de políticas de desarrollo pensadas mayormente a partir de los intereses del capital.

En términos prácticos, el concepto de territorio que subyace al modelo hegemónico de los agro-negocios esconde el conflicto que se plantea con otros modelos de desarrollo rural, como el campesino, dando la imagen de un territorio unívoco y homogéneo. En las ciudades, el modelo de planeamiento urbano dominante que privilegia el avance indiscriminado del capital inmobiliario hace lo propio, mostrando una ciudad armónica y sin fisuras e invisibilizando la profunda fragmentación y división social del hábitat urbano. Sólo desde una noción de espacio como *totalidad social*,

⁴ Resulta oportuna en este punto, la consideración que realizan CECEÑA, AGUILAR y MOTTO (2007:10) para quienes: “La manera como las diferentes sociedades conciben, entienden y escriben la tierra se relaciona con los modos de organización social en sí mismos, con las relaciones de socialidad y de poder que les son propias. Sociedades plurisujéticas, que reconocen la multiplicidad de agentes sociales, tienen un modo de relacionarse con la naturaleza y crear el territorio muy distinto al de sociedades como la capitalista, que tiende a la objetivación para establecer su dominio. La objetivación de la naturaleza y el territorio conduce a su racionalización o, en otras palabras, a su apropiación racional”.

podemos tomar nota de su movimiento constante y de la conflictualidad inherente a todo proceso de construcción territorial.

III. La *acumulación por desposesión* y su correlato en lo urbano-rural

Anteriormente afirmamos que un aspecto que caracteriza a las organizaciones sociales surgidas en las últimas décadas en América Latina es el haber ubicado a la lucha por la tierra, el territorio y los bienes comunes de la naturaleza en el centro de sus reivindicaciones políticas. Creemos que esta característica, que podría ser vista como una nota aislada o producto del azar, sólo puede comprenderse en el marco de las dinámicas del capitalismo contemporáneo y de las relaciones de poder que consagra.

En este sentido, Harvey (2004) sostiene que uno de los rasgos centrales del capitalismo global es su capacidad de “acumulación por desposesión”. Mediante este concepto alude a la forma depredadora que *en todo momento* asume el capitalismo para posibilitar su reproducción ampliada permanente, distanciándose así de otros pensadores que comprendieron que esta forma de acumulación constituía una etapa previa al capital (Karl Marx) o bien que era una forma externa al sistema capitalista (Rosa Luxemburgo)⁵. Para Harvey, se trata de un proceso omnipresente, capaz de ocurrir en cualquier etapa histórica y que se acelera cuando se produce una crisis de sobreacumulación en la reproducción ampliada.

De este modo, calificar de “originario” a un proceso que está en pleno curso no parece acertado; más aún, sostiene Harvey (2004:113), si nos prestamos a realizar una lectura atenta de los procesos incluidos por Marx como formas primitivas de acumulación: “mercantilización y privatización de la tierra y la expulsión forzosa de las poblaciones campesinas; la conversión de diversas formas de derecho de propiedad —común, colectiva, estatal— en derechos de propiedad exclusivos; la supresión del derecho a los bienes comunes; la transformación de la fuerza de trabajo

⁵ Para ilustrar estas diferencias señala el autor (2004:111) que “Luxemburgo presta atención al carácter dual de la acumulación del capital: De un lado tiene lugar en los sitios de producción de la plusvalía —en la fábrica, en la mina, en el fundo agrícola y en el mercado de mercancías—. Considerada así, la acumulación es un proceso puramente económico, cuya fase más importante se realiza entre los capitalistas y los trabajadores asalariados [...] El otro aspecto de la acumulación del capital se realiza entre el capital y las formas de producción no capitalistas. Este proceso de desarrolla en la escena mundial. Aquí reinan como métodos la política colonial, el sistema de empréstitos internacionales, la política de intereses privados, la guerra”. Mientras que “la teoría de la acumulación del capital de Marx se basa en ciertos supuestos iniciales cruciales que, en términos generales, coinciden con los de la economía política clásica y excluyen los procesos de acumulación originaria [...] La acumulación “primitiva” u “originaria” ya ha ocurrido, y la acumulación se desarrolla como reproducción ampliada (a través de la explotación de trabajo vivo en la producción) dentro de una economía cerrada que opera en condiciones de “paz, propiedad e igualdad” (2004:112).

en mercancía y la supresión de formas de producción y consumo alternativas; los procesos coloniales, neocoloniales e imperiales de apropiación de activos, incluyendo los recursos naturales”, entre otros. A ellos se suman los mecanismos nuevos de acumulación por desposesión como son “los derechos de propiedad intelectual [...] la reciente depredación de los bienes ambientales globales (tierra, aire, agua) [...] la mercantilización de las formas culturales, las historias y la creatividad intelectual [...] la corporativización y privatización de activos previamente públicos” (2004:114).

Ahora bien, uno de los interrogantes que se desprende de la enumeración que antecede nos lleva a preguntarnos por cómo se tradujeron —y traducen— estos procesos de acumulación en Argentina, y más concretamente, en relación a lo urbano-rural. Si nos detenemos por un momento en las acciones detalladas a modo de ejemplo, podremos fácilmente identificar una o más de ellas en distintos acontecimientos históricos y presentes.

En este sentido, sabemos que en la segunda mitad del siglo XIX Argentina se incorporó al capitalismo mundial en el marco de una economía agro-exportadora, esto es, como productora a gran escala de bienes primarios (principalmente granos y carnes) para abastecer a la revolución industrial europea. Insertarse en la economía mundial en las condiciones requeridas implicaba contar con nuevos territorios y ello sólo podría lograrse expandiendo los límites de la superficie productiva con que contaba por entonces la burguesía. La solución pergeñada por la élite gobernante llevó el nombre de *conquista del desierto*; de esta forma, millones de hectáreas se incorporaron al sistema productivo a través de una campaña militar que con el uso de la mera fuerza arrasó a su paso con la vida y los territorios pertenecientes a los pueblos originarios. Como señala Trincherro (2010:1) estas decisiones significaron “desde el vamos la conformación de una estructura agraria capitalista con inmensas explotaciones a cargo de una próspera burguesía agraria, pero con un formidable mecanismo de eliminación física de la población rural preexistente como así también una escasa integración a dicha estructura por parte de la población inmigrante”.

Desde que se sentaron las bases del modelo agro-exportador hasta el actual modelo del *agrobusiness*⁶, las formas de acceder a la tierra no han variado significativamente. Por el contrario, distintas organizaciones campesinas del país han denunciado la existencia de mecanismos de apropiación

⁶ Su origen data del comienzo de la dictadura militar en el año 1976. Siguiendo a BARSKY y GELMAN (2009), el conjunto de medidas tomadas por el gobierno militar iniciado en 1976 —que tuvieron como notas centrales la liberalización generalizada de los mercados y la apertura económica externa— abrió un período de importantes ganancias para el sector agro-exportador.

ción y avance territorial en el que priman el uso de la fuerza, la violencia, los abusos y los engaños. En el mejor de los casos, las operaciones se realizan por medio de contratos de compra-venta/arrendamiento en los que se adquiere/arrienda la tierra a precios irrisorios. A su vez, viene al caso señalar que la mayor parte de las veces, estas acciones se realizan con la connivencia y la complicidad de las fuerzas policiales, del poder judicial y del poder político.

La *conquista*, como acto de pura apropiación, marca el inicio de una estructura agraria primordialmente capitalista y es desde esa temprana configuración que también debe comprenderse el proceso de urbanización creciente. Piénsese, por ejemplo, en el rápido crecimiento de la población urbana que entre los años 1960 al 2001⁷ creció de un 59% a un 89,3% de la población total. Estos datos no sólo muestran la transformación vertiginosa de los espacios campo-ciudad, sino que deben servirnos para pensar las conexiones entre ellos. Desde esta posición, el proceso de urbanización se encuentra en relación directa con el tipo de modelo de desarrollo rural al que se asocia; un modelo como el que suponen actualmente los agro-negocios (con todas sus características: alta concentración de capital, intensa mecanización y tecnificación, escasa mano de obra asalariada, fuerte impacto ambiental, entre otros aspectos) no necesita de la población rural para su reproducción, sino que estamos en presencia de un modelo de desarrollo que expulsa de forma permanente a las poblaciones campesinas e indígenas hacia la periferia de las grandes ciudades, agravando las profundas desigualdades sociales.

Nos encontramos frente a territorios rurales fragmentados que, desde su costado hegemónico, muestran el exitoso proceso de expansión de los agro-negocios y, desde su polo opuesto, a poblaciones que resisten el avance del capital. Pero también las ciudades están divididas y fragmentadas, como señala Trincheró (2010:1) “el neoliberalismo dejó a las ciudades a merced del capital rentístico que al unísono de la expansión de la frontera agraria produjo un nuevo movimiento de expansión de la frontera urbana, fragmentando los espacios del hábitat urbano, mediante un proceso de formación prácticamente de ghettos en los modos de asentamiento de los sectores populares”.

En este sentido, las regalías agrícolas se canalizan a través de la inversión inmobiliaria de edificios de media y alta categoría y emprendimientos que transforman significativamente la ciudad. Esas transfor-

⁷ De acuerdo al Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas del año 2001, Argentina es un país eminentemente urbano: *Población urbana* (localidades de más de 2.000 habitantes): 89,31%; *Población rural agrupada* (localidades de menos de 2.000 habitantes): 3,40% y *Población rural dispersa* (vivienda en campo abierto): 7,28%.

maciones presionan los costos de la construcción, aumentan el valor del suelo, a la par que se restringen las posibilidades de acceso a crédito y/o financiamiento para los sectores populares. De esta manera, se produce sucesivamente un proceso de gentrificación⁸ por lo que grandes sectores de la población son desplazados hacia los márgenes de la ciudad, trayendo aparejado, a su vez, un cambio radical en la manera de vivir y habitar el espacio urbano. Las políticas públicas de vivienda no sólo no logran atender al déficit habitacional que existe en las ciudades sino que aumentan y profundizan la fragmentación y segmentación de la ciudad.

Pero, entender al espacio *como totalidad* conlleva, asimismo, concebirlo como un sitio de contestación, en el que se despliegan resistencias y luchas frente a las prácticas de dominación, explotación y/o sujeción. En este sentido, el espacio se comprende y constituye como algo estrictamente político (Ciuffolini, 2011:23).

IV. La emergencia y constitución de organizaciones socio-territoriales

“En fin, los diferentes movimientos sociales re-significan el espacio y, así, con nuevos signos escriben sobre la tierra, geo-escriben, reinventando la sociedad” (Porto Gonçalves, 2004:270).

Esta nueva mirada sobre las estrategias de acumulación desarrolladas por el capital implica también observar las estrategias y características que adquiere el conflicto y las luchas sociales. Como sostiene Foucault (1989), por más global y consolidada que se presente una forma imperante de dominación no puede evitar la emergencia de formas y espacios de resistencia.

La incursión del capital en zonas rurales y urbanas antes desvalorizadas ha generado importantes conflictos territoriales, y con ello se produce un importante debate en cuanto a cómo leer estas resistencias que conservan viejas características de los movimientos sociales pero también implica una mirada novedosa sobre las luchas sociales.

Las posiciones de estos sujetos colectivos abren el debate sobre nuevos temas en tensión, los modos y los tiempos, así como los lugares que adquiere cada conflicto, y fundamentalmente permiten descubrir semejanzas y diferencias entre las organizaciones en resistencia.

Importa atender a las luchas que se desarrollan, observando sus características y visibilizar las contradicciones que expresan ante el ré-

⁸ Adaptación del término en inglés *gentrification*. Mediante él se alude al proceso mediante el cual la población original de un sector o barrio, generalmente céntrico y popular, es progresivamente desplazada por otra de un nivel adquisitivo mayor.

gimen de acumulación de capital. La literatura tradicional ha intentado mostrar al campo y la ciudad como entidades separadas y con configuraciones distintas; pese a ello, nos arrimamos a expresar que, más allá de la singularidad de cada caso, las resistencias y los sujetos comparten muchas miradas, prácticas, saberes, y fundamentalmente luchas contra las mismas lógicas de acumulación de capital que se expresan en particulares antagonistas.

Estas resistencias comparten la lucha por la tierra y por la construcción de una territorialidad distinta a la hegemónica. El signo tierra adquiere para sí una pluralidad de significados (Villegas, 2012), en tanto es el espacio de producción de la vida, de trabajo, de la organización⁹. Las luchas urbanas y rurales toman la defensa de la tierra y el territorio como ejes constitutivos de sus resistencias.

Estas luchas llevan implícitos distintos sentidos otorgados al espacio. Por un lado, el “desarraigo”, el abandono obligado por desalojo o por desplazamiento hacia otras zonas o ciudades, ante la falta de oportunidades en el lugar que se habita (Villegas, 2012). Y también el desarraigo de los espacios de pertenencia como lugar privilegiado de subjetivación política moderna, como la ciudadanía y el trabajo (Ciuffolini, 2011).

Por otro lado, el re-arraigo, generando nuevas relaciones y nuevos vínculos con el espacio que se habita. Este tránsito hacia el territorio, permite la constitución de espacios cada vez más microscópicos, donde cada cual puede reconocerse a sí mismo al tiempo que se identifica con los demás (Ciuffolini, 2011). De esta manera, las diferentes configuraciones espaciales se constituyen en espacios de conformación de subjetividades (Porto Gonçalves, 2004).

Los conflictos en torno a la tierra adquieren una entidad tal que estructuran el resto de las acciones: desde los saberes compartidos, las estrategias y prácticas adoptadas, los lazos sociales, desde donde además se interpela al Estado y a las formas de dominación capitalistas.

Tanto las luchas en el campo como en la ciudad comparten las prácticas de resistencia, que van desde poner el cuerpo ante cada intento de desalojo o avance sobre las tierras desocupadas; acciones directas como marchas, movilizaciones, cortes de ruta, asambleas públicas, acam-

⁹ En relación a este aspecto, para las comunidades campesinas organizadas del norte de la provincia de Córdoba, la tierra adquiere otras dimensiones: “En un sentido, es el espacio de producción de la vida, sin el cual resulta difícil pensar la posibilidad de la existencia; otra significación aparece ligada a la identidad, a las raíces: la tierra es un legado familiar. Esta dimensión de la *tierra como identidad* presenta una analogía con el sentido ancestral de la tierra que tienen las comunidades indígenas. A su vez, la tierra es la que permite la conexión con la naturaleza, con el mundo animal y el monte; y es una herramienta de trabajo necesaria para criar animales y sembrar alimentos” (VILLEGAS, 2012: 65).

pes y desalambrados; combinan además recursos legales y comunicativos para armarse de un marco jurídico que los ampare y a través del cual denunciar los atropellos de los que son objeto, esto último con el objetivo de visibilizar y consolidar apoyos a través de la difusión mediática.

Demandan al Estado una respuesta propugnando la intervención de las organizaciones en el diseño de las políticas públicas que desde la gubernamentalidad se implementen, rechazando la gestión unívoca del poder estatal. Ya sea políticas de desarrollo agropecuario, como políticas de urbanización y viviendas, o aquellas educativas y de salud que les permita a las poblaciones en lucha participar efectiva y directamente en la gestión. Estas organizaciones han observado como el Estado promovió la desarticulación y fragmentación de antiguas luchas —como la de la Unión de Organizaciones de Base por los Derechos Sociales¹⁰ en relación a la vivienda—, y han comenzado a cuestionar esta forma de vinculación con el Estado.

Estas luchas recuperan saberes ancestrales y visibilizan otros saberes que encuentran su base en el respeto por la tierra, como forma de comunión con la naturaleza y como reservorio de las luchas que históricamente enarbolaron los sectores marginales, explotados, subalternos. Muchos de estos saberes están anclados en un saber práctico propio de las estrategias de resistencia. Saberes que además se combinan con aquellos más formales, como la estrategia legal a través de técnicos y profesionales, que se suman a la defensa del derecho a la tierra de las comunidades.

El Movimiento Campesino de Córdoba defiende la posesión de las comunidades campesinas-indígenas frente al avance indiscriminado de los agro-negocios y de los especuladores inmobiliarios, lo que implica no sólo defender formas tradicionales de producción, sino desarrollar un modelo territorial rural distinto —claramente opuesto al hegemónico—; Villa La Maternidad Resiste se enfrenta al gobierno provincial —y a los negocios inmobiliarios de la zona— para evitar el traslado de los vecinos a la periferia de la ciudad, hecho que traería aparejado la pérdida de sus lugares de trabajo y la dificultad para acceder a los servicios de salud, educación, recreación, entre otras cosas; y la Cooperativa Solares de Icho Cruz¹¹ toma lotes deshabitados recuperando la función social de la tierra para quienes carecen de ella, organizándose entre las familias que comparten esta demanda común. Estos son sólo algunos de los ejemplos que se repiten en la región.

¹⁰ Ver AVALLE & IBÁÑEZ MESTRES, 2011; ANDRÉS; HERNÁNDEZ & JOB, 2010; IBAÑA, 2008.

¹¹ Proceso de toma de tierras relevado en el marco del proyecto "Apropiación/expropiación de territorialidades sociales. Análisis comparativo de procesos de erradicación/relocalización de sectores sociales empobrecidos en 3 ciudades argentinas" FONCYT-PICT-2010-2414.

Estas organizaciones ponen en tensión el presente, visibilizan las contradicciones en el espacio-tiempo, y se animan a construir otra forma de vida. De esta manera, ponen de relieve, como dice Porto Gonçalves (2004:269-270), “que la realidad no está constituida sólo por lo que es, sino también, por lo que puede ser y, por alguna razón, está impedido de ser”.

Detrás hay una denuncia y una demanda por democratizar el acceso a la tierra, que posibilite a los que siempre se han visto excluidos de ella *construir un territorio* donde residir, desarrollarse, producir y, fundamentalmente, vivir. La propuesta se dirige, por un lado, hacia la concreción de una reforma agraria integral que garantice la soberanía alimentaria de los pueblos; y por otro, se hace necesario un nuevo modelo de planeamiento urbano que limite al capital rentístico y, a la vez, sea capaz de des-fragmentar los distintos espacios del hábitat urbano.

Son estos conflictos los que abren los intersticios para repensar la democracia, la justicia y la dominación, ellos enarbolan un nuevo lenguaje desde los cuales interpretarlos, pero fundamentalmente construyen esa otra manera de vivir y habitar el campo y la ciudad.

V. Consideraciones finales

A lo largo de este artículo, nos propusimos mostrar elementos que permiten considerar a lo urbano y a lo rural como ámbitos que, aún manteniendo sus particularidades, se hayan profundamente relacionados. Desde esta posición, es posible pensar los procesos de transformación territoriales, las contradicciones y los conflictos que atraviesan al campo y la ciudad a partir de conceptos comunes como el de espacio, territorio, mecanismos de acumulación y procesos de subjetivación política.

El primer tramo de este trabajo tuvo por objetivo mostrar las diferentes formas de comprender al espacio y, por ende, al territorio. Defendimos allí un concepto de espacio como *totalidad social*, en el que los elementos espacio-sociedad se hayan unidos de manera dialéctica. De él se deriva una noción de territorio con múltiples escalas y dimensiones y que también es concebido como una totalidad; estas características no desconocen las disputas entre los diferentes modelos de desarrollo territorial rural y entre los distintos modelos de planeamiento urbano por construir el segundo territorio al interior del primero (el formado por los espacios de gobernanca).

Seguidamente, caracterizamos el mecanismo de acumulación por desposesión como un proceso omnipresente, que se exterioriza en cualquier etapa histórica y que ocurre cuando se producen crisis de sobreacumulación en la reproducción ampliada del capital. Allí afirmamos que para

dar cuenta de su actualidad, basta con realizar una lectura atenta de las formas en las que se lleva adelante el avance territorial. Nos referimos concretamente a los modos en los que la apropiación se traduce en el desplazamiento forzoso de las poblaciones a los “márgenes” (del campo o de la ciudad) y mediante la transformación de derechos de propiedad común y colectiva en derechos de propiedad individual o corporativa.

Como el espacio es también un espacio político, un sitio de contestación, el último apartado se propuso poner de relieve la resistencia a los mecanismos de dominación. Así, observamos elementos que son comunes a las luchas que se sostienen en lo urbano-rural: la centralidad que ocupa la lucha por la tierra y la construcción de una territorialidad distinta a la hegemónica; los procesos de desarraigo y re-arraigo; la constitución de subjetividades políticas; la confluencia de distintos saberes (prácticos y formales), entre otros aspectos.

Todo el recorrido muestra la tensión entre los mecanismos de dominación que dicen sobre lo que la realidad *es* y las luchas sociales que informan sobre lo que *podría ser* y que por algunas o varias razones está impedido de ser. Creemos que la geografía del futuro es una hoja en blanco que espera ser escrita.

VI. Bibliografía utilizada

ANDRÉS, I; HERNÁNDEZ, J; JOB, S. (2010), “Configuración de estrategias y escenarios de las luchas por la tierra y la vivienda en la Ciudad de Córdoba” en *II Jornadas Internacionales de Problemas Latinoamericanos*. “Movimientos Sociales, Procesos Políticos y Conflicto Social: Escenarios de disputa”.

AVALLE, G. & IBAÑEZ MESTRE, G. (2011), “Gestionar, concertar o decretar la provisión de viviendas en Córdoba. Análisis de los actores en el gobierno de lo habitacional” En NÚÑEZ, A. & CIUFFOLINI, M. A., *Política y territorialidad en tres ciudades argentinas*. Buenos Aires: El Colectivo.

BARSKY, O. y GELMAN, J. (2009), *Historia del Agro Argentino. Desde la conquista hasta comienzos del siglo XXI*. Buenos Aires. Editorial Sudamericana.

CIUFFOLINI, M. A. (2011), *Resistencias. Luchas Sociales Urbanas en Córdoba post-2001*. Córdoba: EDUCC.

CECEÑA, A. E., AGUILAR, P. y MOTTO, C. (2007), *Territorialidad de la dominación: La integración de la Infraestructura Regional Sudamericana (IIRSA)*. Buenos Aires. Observatorio Latinoamericano de Geopolítica.

FOUCAULT, M. (1989), *Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas*. Buenos Aires.: Siglo XXI editores.

HARVEY, D. (2004), *El nuevo imperialismo*. Madrid. Akal. Págs. 101-140.

IBAÑA, G. (2008), “El hechizo de un espejo reluciente: identidad y acción en la lucha de tres organizaciones de base de la ciudad de Córdoba” En CIUFFOLINI, M. A. (comp.), *En el llano*

todo quema: movimientos y luchas urbanas y campesinas en la Córdoba de hoy. Págs. 127-154. Córdoba: EDUCC.

MANÇANO FERNÁNDES, B. (2006), *Territorio, teoría y política*. Inédito.

PORTO GONÇALVES, C. W. (2004), "A geograficidade do social: uma contribuição para o debate metodológico sobre estudos de conflito e movimentos sociais na América Latina" em SEOANE, J. (comp.), *Movimientos Sociales y Conflicto en América Latina*. Buenos Aires: CLACSO. Págs. 261-277.

TOBÍO, O. (2011), *Territorios de la incertidumbre. Apuntes para una geografía social*. San Martín: Universidad Nacional de General San Martín. UNSAM EDITA.

TRINCHERO, H. H. (2010), "Las relaciones entre lo urbano y lo rural en la planificación territorial en Argentina. Algunos aportes desde una mirada antropológica", Conferencia dictada en la inauguración del XI Coloquio Internacional de Geocrítica. *La planificación territorial y el urbanismo desde el diálogo y la participación. Actas del XI Coloquio Internacional de Geocrítica*, Universidad de Buenos Aires, 2-7 de mayo de 2010 <http://www.filo.uba.ar/contenidos/investigacion/institutos/geo/geocritica2010/04.htm>.

VILLEGAS GUZMÁN, S. M. (2012), "Territorios en disputa. Sentidos y prácticas en torno a la lucha por la tierra en una organización campesina del norte de Córdoba". *Tesis de Maestría en Antropología*. Facultad de Filosofía y Humanidades. Universidad Nacional de Córdoba.



SECCIÓN VIII

BECARIOS

PRIVATIZANDO LO SEXUAL. APLICACIÓN DEL AVENIMIENTO EN LA ARGENTINA[†]

PRIVATIZING SEXUALITY. APPLICATION OF THE SETTLEMENT AGREEMENT IN ARGENTINA

Melina Andrea Deangeli‡*

Resumen: El presente artículo analiza la aplicación jurisprudencial de la figura del avenimiento de la víctima con el imputado (derogada en marzo de 2012) indagando sobre los casos judiciales existentes en los doce años de vigencia de la figura penal. Analiza cómo se empleó el avenimiento en los casos concretos para determinar el modo en que dicha figura, en tanto vestigio del derecho patriarcal y herencia de la tradición liberal, contribuyó a reforzar las desigualdades de género en el ámbito de la esfera privada. En segundo lugar indaga, a partir del avenimiento, el modo en que el discurso jurídico crea y construye género.

Palabras claves: Avenimiento - Género y derecho - Público/privado.

Summary: This article analyzes the implementation of the figure of settlement agreement of the victim with the accused (repealed in March 2012) inquiring on cases existing judicial in the twelve years of validity of figure penal. Analyzes how was employed the settlement agreement in concrete cases to determine the way in which said figure, in both vestige of patriarchal right and inheritance of liberal tradition, contributed to reinforce inequalities of gender in the field of private sphere. In second place, investigates, from the figure of settlement agreement, the mode in that legal discourse creates and builds gender.

Keywords: Settlement agreement - Gender and law - Public / private.

Introducción

La figura del avenimiento en materia de delitos sexuales fue incorporada a la legislación penal argentina el 14 de abril de 1999. Esta figura vino a reemplazar el texto del anterior artículo 132, que estipulaba la posibilidad del perdón en los casos de delitos sexuales en que la ofendida con-

[†] Recibido el 03/05/2013, Aprobado el 03/07/2013.

* Estudiante de abogacía. Becaria del CIJS. Ha realizado ayudantías en la cátedra C de la asignatura Sociología Jurídica. Profesora en Historia, egresada de la FFYH - UNC. Actualmente realizando la tesis de Licenciatura en Historia.

‡ Proyecto dirigido por el Dr. Juan Marco Vaggione, a quién le estoy enormemente agradecida. Agradezco, también, muy especialmente a Laura Sánchez por sus aportes y comentarios.

trajera matrimonio con su agresor¹. Además de derogar la redacción original del 132 e incorporar la figura del avenimiento, la reforma de 1999 introdujo varias modificaciones al Título III del Código Penal de la Nación².

La incorporación de la figura del avenimiento al Código Penal merece ser entendida en relación al modelo de Estado que caracterizó a aquellos años. En este sentido, la figura incorporada en 1999 obedece no sólo a una concepción patriarcal del derecho, sino que se manifiesta como legítima heredera de la tradición liberal que concibe la escisión tajante entre la esfera pública y la privada como límite de lo político. En estos términos, lo personal y lo privado, no son políticos.

En este orden de cosas, el avenimiento explica el modo en que un Estado de mínima intervención, como lo fue el Estado neoliberal que alcanzó su máxima expresión en la década del '90, consagra su posible repliegue en aquellos delitos sexuales que se dieran en el ámbito de una relación afectiva pre existente, es decir en el marco de la esfera privada no política³.

En las próximas páginas nos proponemos analizar la aplicación jurisprudencial de la figura del avenimiento durante sus años de vigencia (1999-2012), centrándonos en los argumentos en que los jueces basaron sus decisiones al momento de juzgar sobre su aplicación. Partimos de la hipótesis de que la figura del avenimiento constituyó un claro vestigio del *derecho patriarcal*⁴ y de un Estado que, al establecer la posibilidad de no

¹ El artículo 132 original establecía: "*En los casos de violación, estupro, rapto o abuso deshonesto de una mujer soltera, quedará exento de pena el delincuente si se casare con la ofendida, prestando ella su consentimiento...*" Dicho texto fue derogado por la reforma al Código Penal de 1999 y reemplazado por la figura del avenimiento, la que estipulaba: "En los delitos previstos en los artículos 119: 1º, 2º, 3º párrafos, 120: 1º y 130, la víctima podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas. Si ella fuere mayor de dieciséis años podrá proponer un avenimiento con el imputado. El Tribunal podrá, excepcionalmente aceptar la propuesta que haya sido libremente formulada y en condiciones de plena igualdad cuando, en consideración a la especial y comprobada **relación afectiva preexistente**, considere que es un modo más equitativo de armonizar el conflicto con mejor resguardo del interés de la víctima. En tal caso la acción penal quedará extinguida..." Artículo 132 del Código Penal.

² Entre los aspectos más destacados de la reforma al Título III del Código Penal, Mariana Sánchez señala la modificación del bien jurídico tutelado, que dejó de ser la honestidad y pasó a ser la integridad sexual. En este sentido, las agresiones sexuales son concebidas ya no como un ataque a la pureza de la mujer, sino a la integridad de la víctima. Ver: SANCHEZ, MARIANA, "El Sistema Penal: ¿Una herramienta antidiscriminatoria?", en *Anuario XI del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales* de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. Córdoba, 2008.

³ Para una mayor profundización sobre el análisis feminista del Estado liberal ver MACKINNON, CATHARINE, *Hacia una Teoría Feminista del Estado*. Ed. Cátedra. Valencia, 1989. Cap. III y PATEMAN, CAROL, *El contrato sexual*. Ed. Anthropos. Barcelona, 1995. Caps. I y II.

⁴ El concepto de derecho patriarcal lo tomamos de la obra de Carol Pateman. La autora analiza la *historia conjeturada* de la constitución de una nueva sociedad civil y una nueva forma

intervenir en delitos de índole sexual acontecidos en la *esfera privada*, producía y reproducía desigualdades y estereotipos de género.

Herencia de la tradición liberal, vestigio del derecho patriarcal

En las decisiones jurisprudenciales analizadas⁵ con frecuencia encontramos que los tribunales, centrándose en el carácter privado del interés jurídico o en la posibilidad de que el *conflicto* sea resuelto de manera personal entre los miembros de la relación, optan por conceder el avenimiento. Así, encontramos argumentos en los que los magistrados afirman que: “...**dado el carácter privado e íntimo del interés protegido, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto...**”⁶. En base a tales razones, los tribunales plantean la posibilidad de no intervenir: “...**¿existe por parte del Estado una imperiosa necesidad de continuar la acción contra R., en tanto y en cuanto la damnificada, basado en circunstancias que alude con claridad, considera que sería de aplicación (...) el art. 132 del C. Penal?...**”⁷. La escisión entre la esfera pública y la privada, y la no intervención política ni jurídica en la segunda, configura un argumento de peso en las decisiones judiciales en casos de pedido de avenimiento. En estos casos, el límite entre ambas esferas está marcado por la relación sentimental preexistente (en forma coherente a lo expresado en el texto de la ley); y la ausencia de la misma es razón para denegar el beneficio del 132. Así, observamos que en algunos supuestos los tribunales deciden que: “...**debe rechazarse el ave-**

de derecho político a partir de los aportes de liberalismo político y de la obra de Rousseau. Señala que la idea de *contrato social*, según el cual los hombres se reconocen a sí mismos como libres e iguales en la esfera pública, conlleva un *contrato sexual* que impone la sujeción de las mujeres en la esfera privada. En estos términos la *sociedad civil* creada mediante el contrato social es un *orden social patriarcal*. Asimismo, la historia del contrato social es la historia de la génesis del derecho político como *derecho patriarcal o derecho sexual*, que remite al poder que los hombres ejercen sobre las mujeres y que no se limita a la esfera privada sino que, por el contrario, el derecho patriarcal se extiende a la esfera de la sociedad civil. Cf. PATEMAN, CAROL, *El contrato sexual*. Ed. Anthropos. Barcelona, 1995, págs. 9-14.

⁵ Hemos analizado, en total, los siguiente fallos: “R., O. C.” del Tribunal de Impugnación Penal de Santa Rosa, con fecha: 27/12/2010; “Z. R., O. R.” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI, con fecha: 28/09/2009; “E., C. A.” del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala penal, con fecha: 17/03/2009; “F., J. P.” del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, con fecha: 11/06/2008; “B., O.” del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala penal, con fecha: 05/07/2007; “S., F. L.” del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala penal, con fecha: 07/08/2008; “G., G. V.” de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Concepción, sala II, con fecha: 29/09/2009 y “T., M. J. (F. C. - querellante)” del Tribunal de Impugnación Penal de Santa Rosa, con fecha: del 02/12/ 2011.

⁶ En “T., M. J. (F. C. - querellante)” del Tribunal de Impugnación Penal de Santa Rosa, con fecha: 02/12/ 2011. El destacado es nuestro.

⁷ “R., O. C.” del Tribunal de Impugnación Penal de Santa Rosa, con fecha: 27/12/2010. El destacado es nuestro.

*nimiento propuesto (...) con sustento en que el imputado es un buen vecino pues, si bien la damnificada es mayor de 16 años, no se verifica en el caso una relación afectiva preexistente entre ésta y el encartado...*⁸.

Carol Pateman postula que, pese a que la sociedad civil se divide en dos esferas, la atención se ha dirigido sólo a la esfera pública de la libertad civil. La otra, la privada, no es vista como *políticamente relevante*⁹. Y nos atrevemos a afirmar que figuras como el avenimiento permiten entender que la esfera privada es, también, *jurídicamente irrelevante*. La irrelevancia que el orden jurídico asigna al ámbito de lo privado se evidencia en fragmentos en que los jueces hacen propios los alegatos de las partes y sostienen: “...*resulta injusto, que desavenencias de orden familiar, terminen justificando una investigación, que pudo tener solución en la vida interna de la familia y que la continuidad de esta situación, no hará más que destruir cualquier vínculo por rehacer...*”¹⁰. La minimización de la gravedad propia de los delitos de índole sexual al grado de “*desavenencias*” evidencia la escasa relevancia que el ámbito privado presenta para el derecho liberal/patriarcal.

Estrechamente vinculada con la existencia de la relación afectiva se encuentra la acreditación de la convivencia entre las partes. Los tribunales lo consideran especialmente al momento de fallar¹¹. Creemos importante insistir en este aspecto puesto que, siguiendo a Ester Madriz, la mayoría de las mujeres son atacadas en sus hogares o en los hogares de sus conocidos¹². Es decir, los mayores números de ataques contra las mujeres se dan en el marco de la denominada esfera privada. Considerando este dato, podemos afirmar que el Estado, mediante el derecho, al establecer la posibilidad de replegarse y omitir intervenir en los casos de violencia sexual acaecidos en el marco de relaciones afectivas contribuyó a reproducir y reforzar, en el ámbito de la *esfera privada no política*, desigualdades de género. Siguiendo a MacKinnon, el ámbito privado, al ser concebido como la esfera de la plena libertad individual, pasa a ser el ámbito de subordinación de las mujeres¹³.

⁸ Ver fallo: “Z. R., O. R.” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI, con fecha: 28/09/2009.

⁹ Cfr. PATEMAN, CAROL, op. cit., pág. 12.

¹⁰ “R. O. C.” del Tribunal de Impugnación Penal de Santa Rosa, con fecha: 27/12/2010. El destacado es nuestro.

¹¹ “...*Se ha acreditado asimismo la comprobada relación afectiva pre-existente por los dichos de la joven y del imputado, el acta suscripta ante el Juez de Paz de General Pico dando cuenta que ambos conviven (...)*”. Fallo: “T. M. J. (E. C. - querellante)” del Tribunal de Impugnación Penal de Santa Rosa, con fecha del 02/12/ 2011.

¹² MADRIZ, ESTHER, “Miedo común y precauciones normales. Mujeres, seguridad y control social”. En *Dossier Feminismo*. N° 11-12, 1998.

¹³ MACKINNON, CATHARINE, *Hacia una Teoría Feminista del Estado*. Ed. Cátedra. Valencia, 1989, pág. 301.

Por otra parte, aunque el derogado artículo 132 se limitaba a exigir la acreditación de una relación afectiva preexistente, sin detallar rasgos o características que la misma debiera presentar, los jueces interpretaron que: “...esta relación afectiva no puede ser ni de ascendiente, ni de descendientes, ni de afín en línea recta, hermano, (...) el avenimiento queda reducido a los casos de relaciones afectivas previas como ser noviazgos, amistad, **relación de pareja**...”¹⁴. La referencia clara a la relación de pareja en tanto requisito es significativa, ya que es en este plano que operó lo que MacKinnon denomina la “*ley de la intimidad*”, mediante la cual el Estado institucionalizó el poder masculino sobre las mujeres¹⁵.

Por el bien de la familia: El discurso jurídico como creador de género

El segundo nivel de análisis que trabajamos es el del discurso jurídico como creador de género. Partimos de concebir al derecho como un discurso que produce identidades de género¹⁶, que no sólo las refuerza sino que las crea y las reconstruye constantemente. Siguiendo a Birgin, entendamos al derecho como un *proceso de producción de identidades fijas*¹⁷.

El avenimiento operó como una figura que permitió reforzar los estereotipos de género construidos por el discurso jurídico, y aplicarlos en casos concretos. La imagen de la mujer abnegada, que en pos del bien de su familia debe perdonar, es un argumento de peso en algunas sentencias. Los jueces señalan que en nombre de una *adecuada convivencia familiar*, el avenimiento resulta “...el modo más equitativo de armonizar el conflicto en resguardo del interés de la víctima (y... de la menor hija de la querellante y el imputado...)”¹⁸.

¹⁴ “G. G. V.”, de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Concepción, sala II, con fecha: 29/09/2009. El destacado es nuestro.

¹⁵ MACKINNON, CATHARINE, op. cit., pág. 302.

¹⁶ Según MacKinnon “...el género es un sistema social que divide el poder. Por tanto, es un sistema político...” En: MACKINNON, CATHARINE, op. cit. pág. 285. Siguiendo a Scott, “...el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos y el género es una forma primaria de relaciones significantes de poder...” En: SCOTT, JOAN, “El género, una categoría útil para el análisis histórico”, en LAMAS, MARTA (comp.), *El Género, la construcción cultural de la diferencia sexual*. PUEG. México, 1996. Ambas definiciones son consideradas y retomadas en nuestro trabajo.

¹⁷ BIRIGIN, HAYDEE, *El derecho en el género y el género en el derecho*. Ed. Biblos. Buenos Aires, 2000.

¹⁸ “R. O. C.”, del Tribunal de Impugnación Penal de Santa Rosa, con fecha: 27/12/2010. Un argumento similar encontramos en “T. M.J.”: “...allí radica, en mi criterio, la excepcionalidad de la concesión a que hace alusión la norma penal (...) en la verificación por parte del tribunal del matrimonio contraído y la voluntad exteriorizada por el hombre y la mujer de convivir junto a su hijo...” En: “T. M. J. (F. C. - querellante)” del Tribunal de Impugnación Penal de Santa Rosa, con fecha: 02/12/ 2011.

Es por el bienestar de su familia que la mujer que denuncia haber sido víctima de un delito sexual debe saber perdonar lo acontecido, arriesgando incluso su propia integridad, según las representaciones de género que encontramos en el discurso jurídico: “*Corresponde aplicar el instituto del avenimiento (...) en orden a los delitos de abuso deshonesto y violación reiterada, en virtud de existir entre ellos una relación sentimental de la cual nació una hija, (...) lo cual no puede ser soslayado aduciendo situaciones que exceden la función que debe cumplir el Estado, por cuanto ello implicaría crear una **situación perjudicial en el entorno familiar de la supuesta víctima...***”¹⁹.

Como es posible observar, la necesidad de resguardar, principalmente, los intereses de los hijos y garantizar la convivencia de ambos padres en beneficio de los niños es la razón determinante para aplicar la figura. A partir de la ley y de su interpretación jurisprudencial, el derecho reconstruye un estereotipo claro de mujer. En tales circunstancias el derecho opera como elemento creador de género, instituyendo modos de actuar, roles y prácticas diferenciales basadas en la diferencia entre los sexos.

En el discurso jurídico analizado, la mujer es mujer-madre. La construcción de la diferencia entre los sexos es, siguiendo a Pateman, la construcción de la diferencia entre libertad y sujeción. La diferencia sexual se convierte en diferencia política²⁰. Y también, jurídica.



¹⁹ “R. O. C.”, del Tribunal de Impugnación Penal de Santa Rosa, con fecha: 27/12/2010.

²⁰ PATEMAN, CAROL, op. cit. págs. 14-16.

OBJECIONES A LA COEXISTENCIA DE LA LEYES 7676 Y 8465 EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA PARA LA TRAMITACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS FAMILIARES[†]

*González, María Celeste**

Resumen: El presente proyecto de investigación se dirige a cuestionar la coexistencia de dos regímenes procesales diferentes, en la misma provincia, para canalizar los conflictos de familia.

Ello acarrea una desigualdad en el ejercicio del derecho de defensa de uno y otro coprovinciano, puesto que mientras en la capital cordobesa existe una ley hecha a la media del derecho de familia, en el interior de la provincia dicho fuero coexiste con la legislación procesal civil y comercial, con todo lo que ello implica.

Palabras Claves: coexistencia de regímenes procesales-para la tramitación de los conflictos de familia-en una misma provincia-impacto.

Introducción

En los siguientes párrafos expondré brevemente los lineamientos generales de la valiosa experiencia en investigación que el programa de Becas de Pregrado del Centro de Investigación Jurídicas y Sociales me permite llevar adelante, bajo la dirección de la Prof. Especialista en Derecho Procesal, Anahí Sandiano.

A modo de introducción en el tema, cabe señalar el Problema de Investigación.

Planteo del Problema de Investigación

Se cuestiona la coexistencia de dos regímenes procesales diferentes en la Provincia de Córdoba para la tramitación y resolución de los problemas de familia tutelados por el derecho.

Fundamentación del Problema

1) Dicha coexistencia genera una **desigualdad de derechos** entre los ciudadanos de la provincia, en cuanto a su ejercicio del derecho de de-

[†] Recibido el 26/02/2013, Aprobado el 13/08/2013.

* Becaria de Pregrado. cursando el 5to año de la carrera de Abogacía en la Facultad de Derecho y Cs. Sc. de la U.N.C. Ayudante alumno de la asignatura Derecho Procesal Civil y Comercial y de Privado (VI) Derecho de Familia. Correo Electrónico: celestita363@hotmail.com.

fensa en juicio y acceso a la justicia. Porque mientras la ley 7676 determina un procedimiento especial creado a la medida para el Derecho de Familia (con todo lo que ello implica: entre otras cosas, *especialización de los jueces*, mayor informalidad en el trámite, asistencia de un cuerpo técnico multidisciplinario), en el resto de la Provincia los mismos asuntos se tramitan por la vía de un Proceso Civil común, bajo el amparo de la ley 8465 (Código de Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba – C.P.C.C, en adelante), con todas las dificultades que ello acarrearía, puesto que es el mismo juez el que resuelve temas contractuales comerciales o civiles, medianería, como el que trata un tema tan visceral y controversial como el Derecho de Familia, sin muchas veces no tener el tiempo ni los medios suficientes para llegar a una adecuada resolución.

2) Además si se analiza comparativamente la legislación procesal en materia de derecho de familia, en el resto de las *provincias argentinas*, una gran cantidad de ellas adopta *una legislación procesal especializada en Familia en TODO el territorio* de la Provincia y no sólo en una parte de ella.

Es el caso de las Provincias de *Buenos Aires y Corrientes*, entre otras.

La Especialización del Juez en el Proceso de Familia: su IMPORTANCIA

La problemática familiar y su diversidad creciente requieren la urgente necesidad de la creación de tribunales de familia con magistrados especializados, que custodien la exclusividad de su competencia material¹.

Ello supone velar para que permanezca en él asuntos personales derivados de las relaciones de familia y no otros.

La exclusividad reclamada implica que ésta será privativa de dichos tribunales y en su tratamiento supone la exclusión de otras materias ajenas a lo personal.

La exclusividad de la competencia es de orden público y por lo tanto improrrogable. Lo relativo al estado de familia afecta el orden público y ello es uno de los aspectos que ha justificado su tratamiento diferenciado.

La especialización consiste en el tratamiento exclusivo y excluyente del conflicto familiar.

Los magistrados, funcionarios, empleados, y otros profesionales que pertenezcan al fuero, han de entender que los asuntos que en el se

¹ Recomendación de la Comisión 1, precedida por el Dr. REIMUNDÍN, RICARDO, en el "IX Congreso Nacional de Derecho Procesal", *Revista de Derecho Procesal*, Ed. Rubinzal.

ventilan son distintos a los otros problemas jurídicos. Se requiere que quienes intervengan tengan cualidades especiales².

Legislación Procesal de Familia en las Provincias de Buenos Aires y Corrientes

Junto con la legislación de forma de cada provincia que expone un mapa judicial que demuestra que el fuero de familia se expande en todo el territorio de la provincia; me pareció interesante agregar, además, parte de la exposición de motivos de cada régimen, para comprender la ratio legis del mismo.

• Buenos Aires:

—Exposición de Motivos de la ley 11.543

“...El cambio social operado en los últimos tiempos obliga a repensar la forma de satisfacción de las demandas judiciales.

...solo contando con jueces altamente especializados y experimentados puede asegurarse un proceso de familia de calidad que brinde a los justiciables la posibilidad de obtener resultados realizables.

La presencia inmediata del juez, la concentración de los trámites, el respeto a la igualdad de los derechos y oportunidades para las partes, deberían constituirse en los objetivos fundamentales a preservar en el juicio...”

—**Estructura Judicial**, que se expresa en el Capítulo I de la ley 13.634 (reforma de la ley 11.543), artículos 8, 9 y 10:

-El Fuero de Familia se consagra en todo el territorio de la Provincia de Bs. As.

-Los Juzgados de Familia estarán integrados por un (1) Juez de Primera Instancia.

Cada Juzgado contará con un (1) Consejero de Familia y funcionará un Equipo Técnico Auxiliar que asistirá interdisciplinariamente y colaborará con el Juez y el Consejero en las tareas y funciones que éstos les asignen y con la dotación de personal que fije la Suprema Corte de Justicia.

• Corrientes:

—Exposición de Motivos

“...La presente ley de creación de los tribunales de Familia ha sido elaborada teniendo en cuenta las nuevas tendencias imperantes en

² BERTOLDI, MARÍA y FERREYRA DE DE LA RÚA, ANGELINA, *Régimen procesal del fuero de familia*, Bs. As., Ed. Depalma, 1999.

materia judicial en cuanto a la necesidad de desformalizar y desburocratizar la administración de justicia, para lo cual se destacan las conveniencias de la inmediación, implementada sobre la base del principio de oralidad.

La perspectiva del derecho procesal sobre el fuero específico, la función de los jueces y su equipo colaborador y la misión de los abogados, debe modificarse con cambios de pensamiento y estructurales.

La existencia de tribunales especializados, técnicamente asesorados, contribuye a garantizar y consolidar la convivencia familiar y a resolver con mayor justicia y eficacia los conflictos familiares.

Nuevos criterios acerca de cómo debe actuar el órgano jurisdiccional frente a los problemas familiares, se impone...”

—**Estructura Judicial:** La Provincia de Corrientes contará con:

-Los Tribunales Colegiados de Instancia Única del Fuero de Familia estarán a cargo de tres (3) Jueces cada uno.

-Integrados también, con dos (2) “Consejero de Familia” cada uno.

-Cada Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia contará con un Secretaría y con la dotación de un Cuerpo Técnico Auxiliar que asistirá interdisciplinariamente y colaborará con los Jueces y los Consejeros de Familias.

Reflexiones finales

Como observamos la legislación procesal específica para el fuero de familia se impone en las provincias argentinas. Ante esto nos preguntamos, ¿qué le pasó al legislador cordobés que sólo consagró dicho fuero para la Capital? A respuesta de esto decimos que, nuestro legislador, al contrario de lo que pueda pensarse, fue uno de los más avezados de la época, puesto que la ley 7676 fue una de las pioneras en el fuero, y si nos detenemos en la exposición de motivos de la misma nos encontramos que fue pensada como una experiencia piloto, para luego pasado algún tiempo, ser expandido el fuero a toda la provincia. Pero los planes del legislador se hicieron aguas cuando el Ejecutivo de entonces (1988, P.E. a cargo del Dr. Angeloz), reglamenta la ley y dispone que la expansión del fuero quedará sujeta a la disponibilidad de fondos en el Presupuesto, y por el momento se crearía sólo el fuero en la Capital.

Pero los tiempos han cambiado y parece que se ha tomado conciencia de la necesidad de contar con un fuero especializado, uniforme, pues así lo advirtió el legislador nacional en el Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial 2012, que en el Título 8, Capítulo del 1 al 4, art. del

705 al 723, se reglamentan los Procesos de Familia, con sus propios principios y reglas, sin dar lugar ya, a la desigualdad en el trámite, como la hay hoy.



CONSIDERACIONES TEÓRICO-CONCEPTUALES SOBRE EL MATRIMONIO CIVIL ARGENTINO[†]

*María Inés Indiveri**

Considerando que a partir de la Ley de “Matrimonio igualitario”, 26.618, se extendió la institución del matrimonio a parejas del mismo sexo, con iguales derechos y obligaciones que el antiguo régimen venía reconociendo a las parejas heterosexuales, mediante la eliminación de la diversidad de sexo como requisito esencial para la existencia del matrimonio¹. Es necesario preguntarse ¿La ley 26.618 ha plasmado una nueva concepción de familia y matrimonio? ¿Se ha redefinido qué se debe entender por matrimonio y cuáles son sus funciones sociales?².

Desde algunas corrientes sociológicas se puede afirmar que instituciones como la familia y el matrimonio son construcciones sociales que varían en el tiempo y en cada sociedad. A pesar de que algunos modelos en particular se hayan universalizado, como el modelo de familia nuclear, el matrimonio entre personas de distinto sexo y la heterosexualidad como identidad sexual, no es válido otorgarles un carácter pre social, natural y por consecuencia inmutable³. En la actualidad incluso la universalidad de los modelos previamente expresados se encuentra cuestionada, ya que existen países en el mundo que han extendido la institución del matrimonio a personas del mismo sexo⁴.

[†] Recibido el 01/05/2013, Aprobado el 17/08/2013.

* Becaria de Pregrado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.

¹ FARAONI, FABIAN; LLOVERAS, NORA; ORLANDI, OLGA, *El Matrimonio Civil Argentino. Análisis de la Ley 26.618/2010*.

² El núcleo de la reforma se centra en la modificación del art. 172 el cual establece las condiciones de existencia o validez del matrimonio y el art. 188, el cual teniendo en cuenta que el matrimonio es un acto solemne modifica la fórmula mediante la cual debe expresarse el consentimiento en la celebración del acto, mediante la sustitución de la frase “ hombre y mujer” y la de “tomarse por marido y mujer”, por la de “contrayentes y “constituirse en cónyuges”, respectivamente.

³ BERGER, PETER; LUCKMANN, THOMAS, *La construcción social de la realidad*.

⁴ Los países en que el matrimonio entre personas del mismo sexo es legal en todo su territorio son: Países bajos (2001), Bélgica (2003), España (2005), Canadá (2005), Sudáfrica (2006), Noruega (2009), Suecia (2009), Portugal (2010), Islandia (2010), Argentina (2010), Dinamarca (2012), Uruguay (2013), Nueva Zelanda (2013) y Francia (2013). Por su parte en los Estados Unidos solo es legal en 10 de sus Estados, Massachusetts, Connecticut, Iowa, Vermont, Nuevo

Desde esta perspectiva las instituciones en general, dentro de ellas la familia y el matrimonio, implican la tipificación de acciones que han llegado a habitualizarse. Es así que por el innegable hecho de que en la sociedad Argentina existen parejas entre personas del mismo sexo que conviven monogámicamente y que llevan un plan de vida en común, se podría afirmar que es posible extender la institución del matrimonio a estas situaciones, reconociendo a la vez que son válidas para fundar una familia.

Asimismo el modelo de familia nuclear se ve cuestionado por prácticas sociales que escapan al mismo, ya que en la realidad social coexisten múltiples modelos de familia, tales como el de familias monoparentales, el de familias ensambladas, el de personas del mismo sexo que conviven y crían niños ya sea a través de adopción o de técnicas de fertilización asistida, independientemente de si el vínculo tenga origen o no en la unión matrimonial. Por lo cual podría considerarse más adecuado hablar de “familias”, mereciendo todos los modelos igual protección Estatal⁵.

Por su parte el Matrimonio ha servido para satisfacer distintas funciones sociales según las necesidades del modelo de organización social imperante, lo cual demuestra el carácter histórico de dicho modelo de matrimonio y su relación con variables tales como la economía, la religión y la moral, entre otras. El matrimonio si bien en casi todas las sociedades fue la manera de organización de la vida social y personal, no siempre tuvo las mismas características, el matrimonio fue poligámico en algunas sociedades, la edad aceptable para casarse también ha variado, la convivencia no fue un elemento tipificante de dicha institución entre los Ashanti de Ghana y los minangkabau de Indonesia⁶, la cooperación económica tampoco es un elemento universal del matrimonio, la división del trabajo en función del sexo biológico tampoco ha estado presente en todas las sociedades, la elección personal de la pareja en base al amor mutuo tampoco puede caracterizar a la institución de modo universal⁷. A su vez el matrimonio ha cumplido diversas funciones sociales además de la procreación, ha cumplido la función de cooperación entre familias y comunidades; en las distintas épocas en que los matrimonios eran arreglados cumplía funciones políticas, económicas, de mantenimiento del linaje o incluso como medio para establecer vínculos diplomáticos, militares o comerciales entre Esta-

Hampshire, Whasintong D.C., New York, California, Maryland Maine; en México solo es legal en la jurisdicción de México D.F. y en Brasil en la jurisdicción de Alagoas (2012), Río de Janeiro y Rondonia (2013).

⁵ A modo de ejemplo La Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre se expresa en este sentido en su art 6: Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

⁶ COONTZ, STEPHANIE, *Historia del matrimonio: Como el amor conquistó el matrimonio*.

⁷ COONTZ, STEPHANIE, *Historia del matrimonio: Como el amor conquistó el matrimonio*.

dos. Todas estas variaciones permiten concluir que no se puede sostener que el matrimonio esté determinado por imperativos biológicos, dado que si así fuera éstas no habrían sido posibles. Lo que sí puede afirmarse es que dicha Institución se ha visto fuertemente condicionada y continuará condicionada por el contexto socio-histórico⁸.

De lo expresado previamente se puede inferir en primer lugar que, del hecho de que el Estado haya decidido reformar el matrimonio, concibe al mismo como una institución social mutable y disponible por el Estado, mediante un acto legislativo, según lo requiera la realidad social.

En segundo lugar se puede concluir que la ley en cuestión se limitó a extender la institución del matrimonio a personas del mismo sexo, sin introducir modificaciones en otros elementos caracterizantes de la institución. Esto es así en razón de que subsisten elementos tales como la convivencia, la cooperación económica mediante el régimen patrimonial de bienes gananciales, los deberes conyugales, la cohabitación, la disolubilidad del vínculo y la monogamia. A pesar de lo expresado previamente es de destacar que dicha ley ha contribuido en el proceso de reconstrucción de la concepción socio-jurídica del mismo, eliminando el requisito de diversidad de sexo y por consecuencia dejando en claro que la función principal de dicha institución no es necesariamente la procreación.

En este sentido se puede concluir que la institución del matrimonio en el actual derecho positivo argentino, tiene como finalidad dar estabilidad a los vínculos afectivos entre personas capaces, que hayan prestado su consentimiento libremente, otorgando de esta manera una protección por parte del Estado, que se traduce en derechos y obligaciones, que permite a los contrayentes llevar adelante un plan de vida en común, independientemente de su orientación sexual.

Bibliografía

BERGER, PETER; LUCKMANN, THOMAS (1997), *La construcción social de la realidad*, Editorial Amorortu, Buenos Aires.

COONTZ, STEPHANIE (2006), *Historia del matrimonio: Como el amor conquistó el matrimonio*, Editorial Gedisa, Barcelona.

FARAONI, FABIÁN; LLOVERAS, NORA; ORLANDI, OLGA (2010), *El Matrimonio Civil Argentino. Análisis de la Ley 26.618/2010*, Editorial Actualidad Argentina, Córdoba.



⁸ COONTZ, STEPHANIE, *Historia del matrimonio: Como el amor conquistó el matrimonio*.

EL VALOR JURÍDICO DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EXHORTATIVAS EN EL DERECHO ARGENTINO Y COMPARADO[†]

THE LEGAL VALUE OF CONSTITUTIONAL EXHORTATIVE JUDGMENTS IN ARGENTINIAN LAW AND COMPARATIVE

*Matías E. Pedernera Allende**

Resumen: En los últimos años, la jurisdicción constitucional ha innovado en la manera de resolver casos constitucionales, sobre todo en aquellos que revisten cierta complejidad. Entre ellos se encuentran las llamadas sentencias exhortativas, en las que la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional requieren un accionar de los restantes poderes del Estado. Este artículo analiza, a la luz de criterios doctrinarios, el valor de éstas sentencias como herramienta para procurar el cumplimiento de la Constitución, en Argentina y en derecho comparado.

Abstract: In the last years, constitutional jurisdiction has innovated ways to resolve constitutional cases, especially in those that are of some complexity. Between them are found the so-called exhortative judgments, in which the Supreme Court or Constitutional Court requires actions from the other branches of government. This article discusses, according to scientific researches, the value of these judgments as a tool to ensure compliance with the Constitution, in Argentina and comparative law.

Palabras claves: “Sentencias exhortativas” – Control de Constitucionalidad – Constitución.

Key words: “Exhortative judgments” – Judicial review – Constitution.

La conceptualización de las sentencias exhortativas presupone, su ubicación en el marco del ejercicio del control de constitucionalidad por el máximo órgano que ejerce ese control, el que se realiza de manera alternativa al modelo clásico de estimación/desestimación. Se trata de

[†] Recibido el 17/09/2013, Aprobado el 23/12/2013.

* Estudiante de Derecho de sexto año en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Becario de pre-grado (2012-2013) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Ayudante alumno en Cátedra “A” de Derecho Constitucional. E-mail: m.pedernera.allende@gmail.com.

[‡] Trabajo correspondiente al primer informe de avance del proyecto “*La eficacia de las sentencias exhortativas de la CSJN en la protección de los derechos fundamentales*”, radicado en el CIJS y dirigido por el Dr. Antonio María Hernández.

sentencias constitucionales¹, cuyo elemento determinante pareciera ser la trascendencia institucional².

Pero hay además de ello, una diferencia específica en dichas sentencias: el carácter exhortativo. El término “exhortación” hace referencia a una “advertencia o aviso con que se intenta persuadir”³, y la palabra “exhortar” se define como “incitar a alguien con palabras, razones y ruegos a que haga o deje de hacer algo”⁴.

Desde una simple consideración del lenguaje, pareciera que el término reviste una connotación débil. Esto porque (i) la incitación o la advertencia se efectúa por alguien que pareciera no tener la autoridad suficiente hacia otro, y (ii) no tuviera la posibilidad de vincular al receptor de la exhortación; (iii) el exhortado pareciera no tener una obligación precedente de cumplir aquello que se exhorta, o al menos que ello sea facultativo para él. Así, otras expresiones se distinguen nítidamente del término exhortar, por su carácter determinante como “mandar”⁵ u “obligar”⁶.

El carácter indicado del término adquiere para la ciencia jurídica una vital relevancia, toda vez que lo jurídico se distingue de aquello que no lo es, entre otras cosas, por su coactividad. En ese orden de ideas se ha dicho que lo jurídico en sentido estricto hace referencia “sólo a la conducta o facultades ‘legítimas’, es decir, de carácter deónticamente positivo, conformes a derecho”. En otras palabras “resultará ‘jurídico’ (...) sólo lo vinculado directamente con la conducta ‘debida’ y en tanto que debida”⁷. De manera que el carácter débil de la expresión “exhortación” quedaría fuera de lo jurídico a causa de la ausencia de deber, y por tanto, de la posibilidad de exigirlo.

¹ Aunque no es técnicamente preciso hablar de “tribunal constitucional” o “sentencias constitucionales” en el sistema argentino, se utilizarán estos términos en sentido amplio, en referencia a los jueces supremos de un Estado, y a los decisorios finales dentro de la jurisdicción estatal.

² Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 2, julio-diciembre, 2004, p. 72.

³ Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española” [en línea], 22ª ed. Segunda acepción [Citado 11/02/2013].

⁴ *Ibíd.*

⁵ “Dicho del superior: Ordenar al súbdito” (1era acepción); “Imponer un precepto” (2da acepción); “Manifestar la voluntad de que se haga algo” (6ta acepción); “Cumplir o hacer cumplir lo significado por el infinitivo” (11era acepción), por ejemplo: *mandó cumplir la ley*, en “Diccionario de la lengua española”, *ibíd.*

⁶ “Mover e impulsar a hacer o cumplir algo, compeler, ligar” (1era acepción), *ibíd.*

⁷ MASSINI CORREAS, CARLOS I., *Filosofía del Derecho*, Lexis Nexis, 2da. Ed., T. I, Bs. As., 2005, p. 37.

En toda sentencia exhortativa se encuentra un consejo a alguno de los restantes poderes públicos constituidos⁸. La exhortación, además, puede presentarse de manera simple o darse a través de fórmulas coactivas, como sería la imposición de un plazo dentro del cual debe modificarse determinada legislación bajo apercibimiento de declaración de inconstitucionalidad de una norma⁹.

Los motivos por los cuales el juez constitucional emite una sentencia exhortativa son variados:

(i) Omisión verificada en sede judicial por parte de los poderes públicos en cumplir una obligación legal expresa o implícita¹⁰.

(ii) Verificación de inconstitucionalidad de una norma o acto gubernamental¹¹ ante lo cual la Corte constitucional puede modular los efectos del fallo en el tiempo hasta que se dicte una normativa compatible con la Constitución¹², o aplicar inmediatamente el fallo y recomendar el dictado de una ley compatible con la Constitución¹³, o la implementación de determinadas políticas¹⁴.

(iii) Inconstitucionalidad simple o precaria¹⁵. En la primera se constata la contrariedad de una norma o acto con la Carta Magna, pero no se la declara inconstitucional “por los efectos desastrosos que podría producir esa nulificación”¹⁶. En la inconstitucionalidad precaria “la jurisdicción constitucional estima que una norma es ‘todavía’ constitucional, pero que puede pronto dejar de serlo; o que no resulta del todo satisfactoriamente constitucional”¹⁷.

⁸ En la Argentina son ejemplos los casos resueltos por la CSJN: “Verbitsky” (Fallos, 328:1146, del 3 de mayo de 2005), “Mendoza” (Fallos, 329:2316, del 20 de junio de 2006), “Badaro” (Fallos 329:3089, del 8 de agosto de 2006), “García Méndez” (Fallos, 331:2691, del 2 de diciembre de 2008), entre otros.

⁹ Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, op. cit., p. 97.

¹⁰ Cfr. PALACIO DE CAEIRO, SILVIA, “Jurisdicción constitucional, control de constitucionalidad y sentencias exhortativas”, Lexis n°0003/015107, SJA 1/9/2010, p. 2.

¹¹ Cfr. *Ibíd.*

¹² Cfr. LANDA, CÉSAR, “Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional latinoamericana”, en BOGDANDY, ARMIN, FERRER MAC GREGOR, EDUARDO, MORALES ANTONIAZZI, MARIELA (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius cosntitucionale commune en América Latina?*, UNAM, 1era Ed., t.1, México, 2010, p. 616.

¹³ Cfr. *Ibíd.*

¹⁴ Cfr. PALACIO DE CAEIRO, SILVIA, op. cit., p. 3.

¹⁵ Cfr. SAGÜÉS, NÉSTOR P., “Las sentencias constitucionales exhortativas”, en *Estudios Constitucionales*, año 4, n° 2, 2006, p. 194.

¹⁶ *Ibíd.* El efecto “nulificación” es propio de los sistemas concentrados de control. *Infra* se hará referencia a la relevancia de la distinción entre sistemas de control de constitucionalidad en esta materia.

¹⁷ *Ibíd.* p. 195.

(iv) Casos de litigio estructural donde se precisa abundante información que las partes no han aportado (y quizás no tenían la posibilidad de aportar), o donde la simple declaración de inconstitucionalidad resultaría insuficiente por requerirse soluciones a largo plazo¹⁸.

El efecto propio de una sentencia exhortativa es la actuación del poder público requerido. Esa actuación dependerá del sistema de control de constitucionalidad en el cual se dicte la sentencia en cuestión y de los efectos de ese control. En el sistema jurisdiccional difuso —caso argentino— la inconstitucionalidad se declara en el caso concreto, es decir, dejando de aplicar la norma inconstitucional en la litis concreta¹⁹. En el sistema concentrado los efectos del fallo son *erga omnes*, y por lo tanto la declaración de inconstitucionalidad produce la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, hay un efecto derogatorio de la norma²⁰. Además, la sentencia constitucional puede extender sus efectos retroactivamente —aunque los tribunales suelen ser moderados para aplicar ese efecto—, afectan derechos consolidados, y hacen cosa juzgada tanto en su parte dispositiva como en sus fundamentos. Ese decisorio es casi una ley, puesto que tiene fuerza normativa una vez expulsada la norma inconstitucional²¹.

Así ha ocurrido, por ejemplo, en algunos Estados europeos. En Italia la Corte Constitucional implementó una técnica procesal denominada “*doppia pronuncia*” consistente en dictar una primera sentencia brindando pautas para modificar la legislación y advirtiendo al legislador que si no lo hace, dictará luego otra declarando la inconstitucionalidad²². En Alemania y Austria se empleó una técnica similar, pero con una sola sentencia. En ella se dispone que si el legislador no adecuaba la legislación en un determinado plazo, transcurrido éste, automáticamente la norma se transforma en inconstitucional, y por tanto, eliminada del sistema jurídico²³.

Otro efecto relacionado con lo anterior, y permaneciendo en el sistema concentrado es el llamado “bloqueo de aplicación”. En virtud de ello, las normas que hayan sido declaradas inconstitucionales dejan de ser apli-

¹⁸ Cfr. GARGARELLA, ROBERTO, “Sagués, N. vs. Verbitsky, H., sobre sentencias exhortativas”, publicado en <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2007/09/sagus-n-vs-verbitsky-h-sobre-sentencias.html> [Citado 11/02/2013].

¹⁹ Cfr. SAGÜÉS, NESTOR P., *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, Astrea, Bs. As., 2009, p. 39.

²⁰ *Ibid.* pp. 39-40.

²¹ Cfr. GOZAÍNI, OSVALDO A., “Sobre sentencias constitucionales y la extensión erga omnes”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 8, julio-diciembre, 2007, pp. 200-204.

²² HERNÁNDEZ, RUBÉN, “La problemática de las sentencias normativas”, en *Estudios Constitucionales*, año/vol. 2, n° 001, 2004, p. 338.

²³ Cfr. *Ibid.*

cables a situaciones de hecho hasta que se dicte la normativa a la que fue exhortado el Poder Legislativo²⁴.

Sin embargo, se advierte que aún en el sistema jurisdiccional concentrado la inconstitucionalidad por omisión, quedaría en el ámbito de la buena voluntad de los poderes públicos, puesto que la “amenaza” de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad no existe. Por eso se dice que en estos casos, la exhortación carece de efectos vinculantes²⁵.

En el caso del sistema jurisdiccional difuso la situación es distinta: La posible declaración de inconstitucionalidad no tiene la fuerza suficiente para mover a la actuación de los órganos exhortados. Ello, por cuanto los efectos de la mencionada declaración no se extienden al ordenamiento jurídico en general ni son retroactivos, sino sólo se producen en el caso concreto, lo cual no supone una gran presión para los poderes requeridos.

En el sistema argentino, el cumplimiento de la exhortación se producirá por mera cortesía, puesto que no existe ningún mecanismo mediato o inmediato para lograr el cumplimiento de la misma. No obstante, pueden identificarse algunos efectos de la exhortación: (i) cumplimiento, (ii) declaración de inconstitucionalidad ulterior, además de los efectos en el caso concreto sienta jurisprudencia que puede ser seguida por otras instancias judiciales, (iii) puede producirse una presión por parte de la opinión pública, (iv) en los casos en que la exhortación se emplea en causas complejas, puede ser útil —si al menos algún actor la cumple— para obtener algún tipo de información.

Se observa, entonces, que en el sistema concentrado existe una presión mediata que procura el cumplimiento de la exhortación. Ello no ocurre en el sistema argentino, por lo cual el empleo de dichos mecanismos jurisdiccionales reviste un carácter débil, y poco idóneo para dotar de realidad el cumplimiento de las normas constitucionales en los casos en que se dicten.



²⁴ Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, op. cit., p. 97; y OLANO GARCÍA, HERNÁN A., “Tipología de nuestras sentencias constitucionales”, en *VNIVERSITAS*, n° 108, diciembre, 2004, p. 582.

²⁵ Cfr. LANDA, CÉSAR, op. cit., p. 616.

PERSPECTIVAS Y EXPERIENCIAS DE LOS ESTUDIANTES DE DERECHO EN RELACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN†¹

*Noelia Elizabet Torres**

Resumen: Podemos suponer que la experiencia educativa en cuestiones jurídicas afianza los valores democráticos y desalienta comportamientos contrarios a dichos valores. Este planteo es de notable importancia, ya que el abogado posee una función social relevante en la construcción de un Estado de Derecho.

Al mismo tiempo, la constante presencia de actitudes segregacionistas en nuestra sociedad resulta contradictoria con el establecimiento de una democracia constituida sobre la base del principio de la igualdad ante la ley. Podría argumentarse que estas actitudes desaparecerán con el tiempo, en la medida en que se expanda el nivel educativo y se consoliden prácticas de raíz democrática.

La investigación se centró en describir las percepciones, actitudes y prácticas hacia la discriminación de los estudiantes de Derecho, tratando de establecer si la educación jurídica les permite superar las actitudes segregacionistas corrientes en otros espacios sociales. Para ello se encuestó un total de 514 alumnos pertenecientes a la Facultad de Derecho (UNC), ubicados en diferentes cursos de la carrera. Los datos obtenidos fueron analizados por el sistema SPSS, y se compararon con los obtenidos en un relevamiento similar realizado por el INADI en el conjunto de la población cordobesa.

Palabras claves: discriminación, ámbito educativo, formación jurídica, estudiantes de derecho.

Los 514 estudiantes encuestados asisten a la Facultad tanto en turno mañana (32%), tarde (34%) como noche (34%). Incluyen varones (38%), así como mujeres (62%), y se distribuyen equilibradamente en los diferentes ciclos de la carrera. Un 37% de ellos trabaja para sostener sus estudios.

Experiencia subjetiva de discriminación

Comparando los resultados obtenidos en la Facultad de Derecho con la encuesta del INADI, podemos observar que en la Facultad la ex-

† Recibido el 24/05/2013, Aprobado el 14/09/2013.

* Ex becaria del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Contacto: noeliaetorres@gmail.com.

¹ El presente trabajo es un resumen de una investigación realizada en el marco del programa de Becas de Pre-grado que anualmente organiza el CIJS, fue dirigida por la Dra. María Inés Bergoglio, quien, no sólo admiro sobremano sino que también agradezco el haberme enseñado el trabajo de campo, el valor de investigar y de la continua formación. Sin su guía y su colaboración, la presente investigación no hubiera sido posible.

perencia subjetiva de la discriminación llega al 52%, resultando más frecuente que en la población cordobesa en su conjunto (29%). Lo cual no necesariamente significa que la discriminación sea más frecuente, sino que se puede tratar de gente más sensible. En ese sentido, cabe suponer que la formación jurídica estimula la sensibilidad frente a la injusticia.

¿Dónde sufrió dicha discriminación?

Uno de los resultados más llamativos es el arrojado ante esta pregunta. Un porcentaje cercano al 92% respondió que se sintió discriminado en el ámbito educativo; el 64,5% de ellos en la escuela secundaria, mientras que el 60,7% informó haberse sentido discriminado dentro de la misma *Facultad*. En cuanto a los autores de dichas discriminaciones, fueron en un 86,8% alumnos, y un 64,4% profesores. Esta pregunta fue realizada únicamente en la Casa de Trejo, por lo que no se van a realizar comparaciones.

Observación de otras experiencias de discriminación

El análisis de las experiencias de discriminación contempladas sugiere que la formación jurídica que los estudiantes reciben en la Facultad los hace más sensibles a situaciones de discriminación. Mientras que sólo la mitad de los ciudadanos cordobeses declaran haber sido testigos de situaciones en la que un tercero fue discriminado (46%), los estudiantes de abogacía lo hacen casi en su totalidad (96,8%).

Queda claro que la sensibilidad de los estudiantes a la hora de presenciar y reconocer un acto o situación discriminatoria. Muchas de estas experiencias contempladas han ocurrido precisamente en el espacio donde transcurre su experiencia educativa (91,5%). Estos porcentajes superan ampliamente a los de la sociedad cordobesa, en la cual la proporción de experiencias de discriminación presenciadas en las aulas llega al 17,4%.

El ámbito donde más presenciaron actos discriminatorios, fue en la educación media (87,1%), seguido por el ámbito universitario en un 73,2%. Y fueron los *alumnos* (93,1%) y los *profesores* (65,9%), los autores de dichos actos lesivos.

Como toda práctica discriminatoria es violenta, el docente debe promover el respeto a la diversidad y la prevención de prácticas discriminatorias. Sin embargo, más de la mitad de los alumnos/as atestiguaron una situación donde fue un docente el autor de la agresión.

Concepciones sobre discriminación

Son muy diversos los resultados ante la pregunta: *¿Qué es la discriminación?* Los cordobeses encuestados por el INADI contaban con un

nivel bajo de educación, esto explica su inclinación a un tipo de respuesta, que puede considerarse más sencilla, definiendo a la discriminación como: *Rechazar a un grupo de personas* (74,3%); mientras que los estudiantes prefirieron dar una respuesta más compleja, influida notoriamente por su formación, sobre todo al considerar a la discriminación como *considerar inferior a un grupo de personas* (84,7%) (Que paradójicamente, fue una de las respuestas con los totales más bajos en Córdoba, con un porcentaje del 8,3%).

Percepciones de discriminación en la sociedad

Tanto los cordobeses como los estudiantes encuestados coinciden en que en la Argentina se discrimina *mucho*, en primer lugar, por el nivel socioeconómico. Son las personas pobres y de escasos recursos las mayores víctimas de discriminación (INADI: 86,5%. Facultad de Derecho: 80%), en segundo lugar se encuentran las personas que sufren de obesidad y/o sobrepeso en Córdoba con un 82,5%, y en la Facultad de Abogacía, el aspecto físico (que puede estar relacionado con la obesidad y/o sobrepeso) en un 69,3%.

A criterio de los encuestados, la edad es el motivo por el que menos se discrimina en la República. (INADI: a las/los jóvenes, 82%; a las niñas/os, 84,8%; personas mayores, 65,5%. Facultad de Derecho: edad, 59,2%)

¿Qué grupo o tipos de personas no te resultan agradables o no te caen bien?

Aquí también se observa la existencia de actitudes más abiertas por parte de los estudiantes de Derecho. Mientras que entre los cordobeses algo más de un tercio (36%) declara que no tiene antipatías por ningún sector en particular, este porcentaje llega a la mitad entre los estudiantes de Derecho.

La diferencia más significativa se presenta en torno a los delincuentes, donde un promedio superior al 60% de los estudiantes no los toleran, mientras que al 4% de la sociedad cordobesa no le resultan agradables.

Más del doble de estudiantes experimenta desagradado hacia los adictos, en comparación con los cordobeses. Y se triplican los valores en lo referido a la gente de Capital Federal, la cual no cuenta con mucha aceptación dentro de los estudiantes.

Reacción del Estado frente a la discriminación

Ambos grupos coinciden en señalar que el accionar del Estado debe estar dirigido a la realización de más cantidad de campañas de difu-

sión e información sobre la discriminación. Educar al ciudadano podría significar una disminución de los actos segregacionistas, y es la principal política pública contra la discriminación reclamada en los grupos de entrevistados (Facultad de Derecho: 86%. INADI: 65,3%).

Respecto a otras medidas estatales recomendadas, los estudiantes de Derecho demandan especialmente la ampliación de instituciones para la presentación de denuncias (55,6%), el dictado de nuevas leyes que penalicen los actos discriminatorios (45%), así como la aplicación de multas (45%). En la población general, el reclamo de medidas estatales alternativas es menor, y se concentra en la solicitud de nuevas leyes que combatan la discriminación (33%).



LOS ALIMENTOS DE LOS HIJOS MAYORES EN EL DERECHO ARGENTINO SEGÚN LA LEY 26.579. PROPUESTA DE REFORMA[†]

MAINTENANCE OF ADULT CHILDREN IN ARGENTINE LAW ACCORDING THE LAW 26.579. MODIFICATION PROPOSAL

*Juan Salvador Villagra de Urquiza**

Resumen: En esta instancia, efectuando esta investigación de pre-grado, buscamos identificar el espíritu y los fundamentos del antiguo derecho romano, en lo atinente a la primera obligación de alimentos entre parientes. Esto nos permitirá, naturalmente, comparar el sistema romano, que lo podemos extraer del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, y el derecho argentino reformado sobre la materia por la Ley 26.579 en el año 2009. Consideramos que una institución legal no puede ser correctamente abordada si no lo es en su contexto histórico. Por lo tanto, con estos conocimientos y métodos, intentaremos proponer una reforma más precisa.

Palabras claves: alimentos - mayoría de edad - derecho romano - Ley 26.579.

Abstract: We are doing now these undergraduate studies to identify the spirit and intentions of ancient Roman law when the first legal obligation related to maintenance of relatives was created. This will naturally allow a comparison between the roman system, which can be found at the *Corpus Iuris Civilis* of Justinian I, and the Argentine one that has been modified by the law 26.579 in 2009. We consider that a legal institution cannot be fairly understood whether it is not seen in its natural historic context. Therefore under this knowledge and method, a more accurate reform proposal might be done.

Key Words: child support - coming of age- Roman law - Law 26.579.

En nuestra concepción, consideramos que no puede comprenderse una institución si no se la visualiza en el contexto histórico en el cual aparece y su evolución a lo largo del tiempo, con la modificación o no de las macro-variables que la vieron nacer (cuestiones políticas, económicas, sociales, culturales, filosóficas, religiosas, etc.). De allí la importancia de la

[†] Recibido el 01/05/2013, Aprobado el 17/08/2013.

Gratitud a mis docentes Juan Carlos Ghirardi y María Cristina Plovovich, director y co-directora, respectivamente, de este proyecto que actualmente llevamos a cabo.

* Becario del CIJS 2012-2013 Proyecto "Los alimentos de los hijos mayores en el derecho argentino según la ley 26.579. Propuesta de reforma". Estudiante de sexto año de Abogacía, FDyCS, UNC. Becario por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (2011). Ayudante alumno de las asignaturas Derecho Privado I y Derecho Romano. Ayudante alumno en Investigación (2011) jsalvador_villagra@hotmail.com.

labor dogmática en cuanto al análisis de las fuentes y del método histórico; tanto interno para comprender la evolución propia de la institución jurídica, como externo, en lo que hace a la historia de la fuente de conocimiento de la norma (metodología usada en la Historia del Derecho) ligada a esas macro-variables¹.

En consecuencia, estamos efectuando análisis comparativos recurrentes entre el derecho romano y el derecho argentino. Cuando Vélez Sársfield redactó el Código Civil argentino, lo hizo siguiendo sobre la materia al derecho romano y al derecho canónico. Éstas son las fuentes que mayormente abordaron el fenómeno alimentario, sentando los esquemas y principios que se plasmaron luego en los códigos modernos. De manera similar a la de Vélez Sársfield, los redactores de la Ley 26.579 atribuyeron una cita al jurisconsulto romano Ulpiano al fundar la obligación alimentaria de los hijos mayores (de los dieciocho a los veintiún años) no en la edad, sino en la necesidad². De allí que nos pareció imprescindible dedicarnos al estudio de las fuentes clásicas, en una primera etapa.

Resulta difícil extraer del derecho romano una regulación in totum de las obligaciones alimentarias. No obstante ello, aparecen tímidamente reguladas en cuanto su carácter asistencial en el Digesto y con una metodología netamente casuística.

Lo que actualmente se conoce como derecho alimentario tiene hoy un emplazamiento en diversas fuentes tales como el matrimonio, la patria potestad, el parentesco, entre otras. Si bien se trata de las mismas instituciones que conocieron legislaciones antiguas, en un principio no se las concibió ligadas a idea de asistencia, sino más bien a la de sometimiento. “Lo genuino, lo característico, lo que define con propiedad a la familia [romana] es el sometimiento de todos los miembros a la misma autoridad —*manus, potestas*— de un jefe —paterfamilias, señor o soberano de la familia—, y no “padre de familia”³.

El tema de los alimentos entre parientes tradicionalmente se ha estudiado en el marco del derecho de familia, por ser frente a esta especialidad que se reclama su cumplimiento; sin embargo, es posible ubicarla en el escenario de las obligaciones, más aún si se toman en cuenta sus orígenes en el derecho romano, ya que este gravamen se amolda perfectamente a la definición general de obligaciones heredada de esa cultura, como una

¹ LEVAGGI, ABELARDO, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1991. t. I, p. 1-12. GHIRARDI, JUAN CARLOS; ALBA CRESPO, JUAN JOSÉ, *Manual de Derecho Romano*, Córdoba, Eudecor, 1999, pp. 23-25.

² Así surge de la exposición de motivos para el tratamiento legislativo de la ley en cuestión.

³ IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona, Ariel, 1965, p. 504.

relación jurídica, de contenido patrimonial, en cuya virtud el acreedor tiene derecho de exigir de su deudor un determinado comportamiento (prestación). Los autores son contestes en la importancia e influencia del derecho de obligaciones romano en los sistemas jurídicos contemporáneos. La lógica implacable de los jurisconsultos clásicos y la consideración especial de la condición humana del derecho justinianeo, son dos aspectos de esta parte del derecho que ningún hombre de leyes debería ignorar.

La obligación de alimentos entre parientes, que es la que a nosotros nos interesa, tiene grandísima importancia y trascendencia en el derecho moderno, al estar recogida en las legislaciones mundiales, con similares características e incluso se han suscrito convenios para la colaboración internacional en su cobro. Tiene su nacimiento en el Derecho Romano, y si bien no aparece en el *ius civile antiquum*, fue surgiendo a medida que la sociedad romana se iba transformando, para tornarse más protectora de la familia cognaticia y tenemos por ello textos en el Digesto que contienen alusiones expresas a los alimentos, desde su contenido, a cargo y a favor de quién pueden darse, la manera de hacerlos exigibles, desde cuándo se deben y la reciprocidad como una característica fundamental que la diferencia de cualquier otra obligación.

El deber de prestar alimentos apareció después de comenzar la era cristiana. Con un rescripto del emperador Antonino Pío⁴ tomó vida jurídica la obligación alimentaria, la que comprendía a los consanguíneos legítimos en línea directa ascendente o descendente. Varios siglos después, con Justiniano, la obligación se hace extensiva a los cónyuges.

La obligación alimentaria entrañaba, entonces, ciertos vínculos previos entre las personas, ya sean naturales (parentesco) o serviles (patronato). La fuente de esta obligación podía emanar de disposición testamentaria (v. gr. legado de alimentos, fideicomiso), convenio de partes, o ser expresamente establecidas por el derecho positivo. Incluso, podían tener como fuente una manifestación delictuosa⁵. Con esta misma concepción, puede válidamente emplazarse a las obligaciones alimentarias en diversas instituciones como el matrimonio, la patria potestad, el parentesco, los testamentos, etc. Es esto, justamente, lo que ha ocurrido en los ordenamientos jurídicos actuales entre los cuales el argentino constituye un valioso ejemplo. En las exposiciones de doctrina, frecuentemente se abordan metodológicamente las obligaciones alimentarias desde sus fuentes, por ejemplo al referirse a la patria potestad. En algunos casos, comienza a hablarse de una teoría general de derecho alimentario. Empero, en el derecho romano

⁴ D. 25.3.5 §7.

⁵ RIZZI, MIGUEL ANGEL, *Tratado de Derecho Privado Romano*. Buenos Aires, Aristides, 1936, p. 44.

no puede visualizarse una teoría general de las obligaciones alimentarias, sino más bien manifestaciones concretas de ellas.

Vinculada al parentesco la obligación alimentaria en un principio se ubicaba dentro de los deberes éticos: era una obligación natural impropia⁶. Naturaleza débil, podemos decir, frente a los poderes que disponía el *paterfamilias* desde tiempos antiguos y hasta los comienzos del principado, y que estaban tutelados expresamente en el *ius civilis*. Esta naturaleza se vio modificada con la positivización de la obligación, en la etapa clásica imperial. El *ius naturalis* romano se fue convirtiendo, con el paso del tiempo, en *ius civilis*.

Respecto de su extensión, la fuente romana no se restringe a los nutrientes indispensables para una mera existencia biológica, como serían los alimentos en sentido estricto, sino que comprenden otras necesidades del ser humano, como la habitación, la vestimenta, el calzado, llegando a casos donde los juristas romanos hacen referencias pormenorizadas a medicamentos, tratamientos, higiene y educación.

Una característica interesante del derecho alimentario romano, que no se ha mantenido en el derecho argentino actual, así como tampoco en otros países como Colombia, era la necesidad de acreditar la capacidad de pago de alimentos del deudor alimentario. En este sentido, los jueces son proclives a condenar a pagar alimentos sin indagar si el deudor se halla o no en condiciones de prestarlos⁷. De esta forma, se apartan de la composición originaria de la materia que había hecho Ulpiano siguiendo a Antonino Pío y Marco Aurelio, y muy probablemente a Labeón. Quizás sobre el tópico pueda advertirse la influencia cristiana en la formación de los sistemas jurídicos occidentales. En efecto, el cristianismo ponía mayor énfasis en las ataduras emocionales de sus miembros; lo que contrastaba con el genio romano, más ligado a las cuestiones prácticas. De allí la condición o requisito de capacidad de pago o tenencia de recursos para que prospere la obligación alimentaria. Requisito que al parecer, era aplicable a todos los sujetos pasivos (deudores) obligados al pago.

En cuando al derecho procesal romano, el procedimiento para conocer de las reclamaciones alimentarias era el de la extraordinaria cognitio, que apareció en el siglo II y se consolidó a partir del III⁸. Sobre la sentencia de alimentos, dice el Digesto que no perjudica a la verdad: "Si el juez hubiere sentenciado que debe criarse o darse alimentos a alguien, se ha de decir, que debe investigarse la verdad de si este es no hijo; pues el

⁶ RIZZI, MIGUEL ANGEL, op. cit., p. 373.

⁷ Por ejemplo: Trib. Col. Fam. N° 5 Rosario, "Ch, J. c/C. I. s/ alimentos" CNCiv., Sala H, "K., D. c. L., L.", 21/04/1997, L.L. 1997-F, p. 52; DJ 1998-2, 991; AR/JUR/1290/1997.

⁸ RIZZI, MIGUEL ANGEL, op. cit., p. 491.

juicio de alimentos no prejuzga la verdad". Esta regla, que pone énfasis en la necesidad del alimentado por sobre las reglas procesales, de aplicación del derecho, es la misma que se recoge actualmente en los sistemas jurídicos modernos, como el argentino. El juicio de alimentos, ya en el sistema romano revestía un carácter más sencillo y rápido (sumario), y se hallaba separado del juicio filiatorio —más complejo y largo—, al igual que ahora.

En conclusión, queda en evidencia la necesidad de recurrir a las fuentes romanas para conocer cabalmente las instituciones jurídicas, sus fundamentos y funcionamiento. Considerando que a menudo los hechos históricos recientes son muy similares a los vividos en tiempos antiguos es conveniente dedicarse al estudio de la historia y del rol de sus protagonistas quienes buscaban idear un sistema jurídico justo. El análisis nos permitirá luego evaluar las soluciones más adecuadas que se propusieron, desechar las que fallaron, captar la evolución de las instituciones e incluso visualizar qué medidas no se tomaron, lo que nos estimulará la imaginación en nuestro intento de teorizar sobre una sociedad y un derecho más dignos y justos.



ABSTRACTS

SECCIÓN I

DERECHO PÚBLICO Y ANÁLISIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

AZCONA, NOELIA – MERA SALGUERO, ANA LAURA – SORIA GARCÍA, EMILSE ROMINA – PERRONE, MARÍA CECILIA – STADLER ILLU KAREN MARLEN ROSANGEL

Death with dignity. Conceptual distinctions, doctrinary and legal perspective: the hall of an empiric study

Death with dignity affects law, biologic and moral issues. This paper shows the different doctrinary views and the legal system in Argentina. The theory is the hall of an empirical study of the phenomenon. This study wants to know the position of the medicine and law school students (of the UNC) about death with dignity. These students may be the professionals who will have to decide in the future.

Keywords: Death with dignity – position – students – medicine – law.

BONETTO, MARÍA SUSANA

The “living well”, paradigm of decolonization

The article proposes a first approach to the analysis of “living well”, and then wonders about the conditions of understanding and realization of a civilizing project alternative to capitalism and colonialist modernity in the Latin American context.

Keywords: Living well – Capitalism – Decolonization

BORGARELLO, ESTHER SUSANA – JUÁREZ CENTENO, CARLOS

The Audiovisual Media and child protection in law 26522

Audiovisual Communication Services Law -26552- comes to complement the law 26061, about Integral Protection of the rights of children, girls and adolescents -dictated in the year 2005-, which initiated a new phase -from the legal point of view-, through which they pass to be recognized as full subjects.

Keywords: Audiovisual Communication Services Law – Protection of the childhood- Right to information.

ETCHICHURY, HORACIO JAVIER

“Rule of law” as a restriction on social rights

This article analyzes how a specific concept of “rule of law” can restrict the effective enjoyment of constitutional social rights. First, it exposes a narrow conception of “rule of law” and it shows the differences with a second, expanded notion, which can be linked to the World Bank’s concept of “investment climate”. Then, the article analyzes the alleged connection between this expanded notion and economic growth. Next section describes how this conception can undermine social rights, or subordinate them to other rights or other economic policy objectives, primarily in the case of workers’ rights.

Keywords: Rule of law – Investment climate – Social rights – World Bank.

FRONTALINI REKERS, ROMINA

Moral and criminal liability of officers for abusive deprivation of freedom

Implementation of the Code of Misdemeanours has led to a series of moral and criminal consequences reprehensible. The abusive deprivation of liberty are paradigmatic because we refer to the problem of the many hands. To formulate a version kind of a retrospective responsibility damning statement will evaluate the arguments that have been used for moral theory and penal theory as a response to that problem.

Keywords: Fault Code-deprivation of liberty- moral responsibility of officials- criminal liability of officials.

JULIÁ, MARTA SUSANA – FOA TORRES, JORGE

Environmental policy implementation: approaches and analysis

In this paper we present some conceptual and methodological problems that are part of the theoretical and instrumental choices about starting points, approaches and analyzes to public policy studies. From our point of view, environmental policy can serve for the visualization of socio-environmental antagonisms overlooked. In this line, it can be said that the engine of political and environmental transformation of the people can be found, rather than finding a harmonious and fully consistent legislation, in the return of politics as antagonistic struggle for the hegemonization in different social fields.

Keywords: Environmental policies – Implementation – Social antagonism.

MINI, EMMA

External Debt under Financial Globalization

Financial globalization generated an excess surplus of loanable resources and few production projects that are the ones who generate wealth. Therefore, from the perspective of law, should apply to only pay for productive projects internationally, with the form of business venture, so that large investors generate projects that benefit a country or collaborate with the project and charge according to the real success of it.

This requires thinking about a new role for the state in the global economy, enabling it to achieve the benefits of international capital markets, while ensuring at the same time, economic development, social and cultural development, more productive occupation, so as to guarantee the fundamental political and economic freedoms of the human person.

Keywords: Foreign debt-financial globalization- participation of contracts.

PALAZZO, JOSÉ LUIS – PASTOR DE PEIROTTI, IRMA – ORTIZ DE GALLARDO, MARÍA INÉS DEL C.

Administrative challenges in the national order

The National Administrative Procedure, regulated by the National Administrative Procedure Law No. 19.549, amend by Law 21.686 and 25.344, by the National Administrative Procedure Regulation No. 1759/72 and modification by Dec. 1883/91 and by Dec. 722/96 as amended, find different ways to challenge depending on whether individual measures whose term expired person was challenging because (complaint of illegitimacy) or finding the administered within the time allowed for appeal (administrative resources) or when the measures of general (improper claim) or if claims that exceed the declaration of illegitimacy (prior administrative claim).

The purpose of this paper is to know what these different challenges that you can use and advances in the field, from legislation, the dogmatic and jurisprudence.

Keywords: Challenges – appeal – claim – soon office – expiration – ritualism useless.

ROBLEDO, DIEGO

Current challenges of the supervisory bodies of constitutional control and conventional control in Argentina, 21st century

The following paper analyzes the judicial review system, focus on the subjects —constitutionality and conventionality supervisory bodies—.

We use the method of legal argument, on —selected— leading cases of the Supreme Court of Argentina, Interamerican Human Rights Court, as well as Supreme Court of USA.

We propose that supervisory bodies acting in good faith and legal and technical suitability, keeping their specific purposes for our daily capture of preamble commands ensure justice.

Keywords: Constitutional Supremacy - Constitutionality and conventionality system - Constitutionality and Conventionality supervisory bodies.

ROBLEDO, FEDERICO JUSTINIANO – ROBLEDO (H), FEDERICO

Towards a comprehensive and constitutional protection of human rights of children and adolescents with disabilities

In this paper we focus on constitutional and integral protection to Human Rights of Children and Youth with disabilities. After a short introduction, we present the protection to human dignity and person. After that, we analyze, separately, the integral protection for children and the constitutional protection for people with disabilities. Then, we analyze the case of children with disability in three aspects: a) as minority and vulnerable group, b) judicial answers of Supreme Court of Justice of Argentina, and c) policies and practices for protection of children with disabilities' rights. At the end there's our reflexive Decalogue about Integral and Constitutional Protection for Human Rights of Children with disabilities.

Keywords: Constitutional Warrants – Children's Rights – Right to Health – Minority and vulnerable groups – Persons with disabilities.

ROSSETTI, ANDRÉS

Punitivism and human rights

This article concentrates on the “punitivist mentality” in Argentina.

The author argues about its existence and uses four examples to show it. The conclusion remarks that “punitivism” is against constitutional law and the principles of human rights law. The final aim of the article is to generate a reflection about the alternatives that law can fix to be in accordance with the Constitution and the norms of international and regional human rights law.

Keywords: Criminal law – Punitivism – Violence – Human rights – Constitution.

TRUCCONI BORGOGNO, SANTIAGO

Criminal law and obligations to future generations: first lines of justification

The criminal mind has started asking about the consequences of our actions for future generations. The answer has been marked by a debate in the field of historically concepts used to justify criminal prohibitions. However, the criminal protection of the future generations interests is difficult. You can't protect them, through prohibitions hurt others. Therefore, such protection can only be done through the maintenance of future survival conditions, through the protection of the environment. We intend to give reasons to support answers to this problem.

Keywords: Intergenerational criminal responsibility – Harm principle – Non-identity problem.

SECCIÓN II

DERECHO PRIVADO

ALEM DE MUTTONI, ISABEL LUCÍA

Limited capacity in the unified Argentinian Code bill

The unified Argentinian Code bill ensures the principle of presumption of capacity and, consequently, the validity of legal instruments, the autonomy concerning personal decisions and the due process of law. This postulates are fundamental when there is a judicial decision that limits individual freedoms. The bill is based on jurisprudence established in judgments given since 2005 by the Supreme Court of Argentina, which constitutes a compulsory hermeneutic source of law in the preliminary articles.

Keywords: capacity, right to health, interdisciplinary report, autonomy, support and safeguard, temporality in judgment.

BERGALLO (H), SANTIAGO - FERREYRA, MARÍA INÉS

The “spirit of the law” in the Argentine Civil Law

The interpretation according to the “spirit of the law” is one of the hermeneutical methods prescribed in art. 16 of the Civil Code (CC), which provides that “if a civil matter not be resolved, either by the words or the spirit of the law...” The interpretive rule is designated with different nomenclature - ratio legis, the end of the law, meaning the law - which shows the various meanings that covers the procedure. The same DC cites the “spirit of the law” to consider the application of foreign law in accordance with existing institutions in the Argentine legal system (art. 14 inc. 2 CC), and then demand assess “the purposes which the law in order to recognize” irregular exercise of rights which is forbidden (Article 1071, second paragraph CC). The national doctrine evidence divergences in the application of this method and mainly in relation to the method of literal interpretation. The rulings of the Supreme Court reissued this divergence and the conceptual dispersion in both the “spirit of the law” as used with different capacities. The other use of this method of interpretation reveals its moral and historical load on existing rights and particularly in Argentina. In this framework, we propose to establish the meaning and scope is given to the interpretation that the “spirit of the law” in the Argentine Civil Code, analyzing specialized doctrine, decisions of the Supreme Court and references to the Draft Civil Code and Business and, in turn, verify its link with the literal method in the process of interpretation of the rule.

Keywords: hermeneutic method - Interpretation in the spirit of the law - Spirit of the Law - Performing Schools.

BIANCIOTTI, RICARDO S.

Information Technology (IT)

We review the evolution of the concept of the Information Technology (IT). Cold Cyberwar is analyzed between the U.S. and China, criticizing this presentation that hides the true interest of protection of trade secrets. We describe the Grooming or identity theft in the network and the absence of legal rules that punish pedophiles anonymous. Mentioned progress on EDI, EFT and E-COMMERCE. It examines the new human rights that emerged from the Joint Declaration on Freedom of Expression and the Internet made by the UN, OAS, and other international bodies. Note the intended regulation of communications in the network by the UTI in DUBAI 2012. There is a structural imbalance internet control that ensures the supremacy of U.S. capital companies attached to the U.S. government that dominate cyberspace and infringe on the privacy of individuals. This privacy vs. conflict. security, has been resolved by our Constitutional Court exercising control through a class action that protects the privacy and security over the order intended by the Law N° 25873 spy.

Keywords: Information Technology - Cyberwar - Trade Secrets - Insecurity - Social Networks - Geopolitics - Freedom of expression - Internet - Net neutrality - UTI - Dubai 2012 - Free

Movement – Privacy – Security – Constitutional Control – Court – Class Action – Public order – Spy Act No. 25873.

LLOVERAS, NORA – FARAONI, FABIÁN – SALOMÓN, MARCELO – DURÁN, VALERIA – EPPSTEIN, CONSTANZA – ARNAUDO, DANIEL – ROSSI, JULIA – RAMACCIOTTI, EDITH – CANTORE, LAURA – SCOCOZZA, ROMINA – ASSANDRI, MÓNICA

Constitutional perspective of priority orders of hereditary succession in the argentine system

Firstly, we notice very important rules in argentinian's current inheritance law, and also in several reform projects that have been presented, which are the deferral of the succession into hereditary orders and the exclusion that operates between the different orders. Secondly, we examine the Civil Code from a constitutional point of view, in order to determine if the priority rule between the hereditary orders, respects the "reasonable reglamentation" of the constitutional rights, such as the equality right and the protection of the family right. After this analysis we conclude that the exclusion between the different hereditary orders, in case of concurrency into the legitimate portion is unconstitutional. Finally, we propose the guidelines that a future regulation should observe in this sense.

Keywords: National Constitution -Hereditary Orders -Priority.

MANCINI, MARÍA DEL PILAR

The transaction as obligations extinguishing mode and procedural exception: harmonization of substantive and procedural rules on the basis of a coherent interpretation of the spirit of the law

The transaction is a bilateral act, by means of which the parties, granting benefits to each other, extinguish litigious or doubtful rights (art. 832 Argentina civil code). The complexity of this figure derives from the different requirements that are necessary for its validity and because of being an extinguisher contract of obligations that may have influence in a lawsuit. Therefore, multiple civil and procedural rules merge in its regulation. This work reveals that the procedural rules cannot modify the solutions established by the substantive civil law, and that some situations and aspects have different solutions while applying different procedural laws.

Key words: Transaction, interpretation, civil law, procedural law, spirit of the law.

ORLANDI, OLGA -TAVIP, GABRIEL E. – MORENO DE UGARTE, GRACIELA – LÚPOLI, CLAUDIA – VERPLAETSE, SUSANA – MONJO, SEBASTIÁN – MIGNÓN, MARÍA BELÉN

Protection of persons with disabilities in inheritance law

Constitutional principles and special laws lead to argue that persons with disabilities cannot have the same treatment as anyone who disposes their skills to the full, as an equal to the uneven positioning creates inequality before the law. It discusses the need for protection of persons with disabilities under the Argentine inheritance act. Regulations are described in the argentine current and projected, as in foreign inheritance act. Principles, fundamentals and regulatory ways —that a special protection to persons with disabilities from the inheritance law must contain— are stated on.

Keywords: persons with disabilities – inheritance law – protection

OTAOLA, MARÍA AGUSTINA

Assignment liability for punitive damages in Argentine law

Since 2008, when punitive damages have been incorporated to "Consumer's defense Law", jurisprudence shows an important quantity of pronouncements in individual cases, that entails different ways of this figure's application. This is not linked to the simple question of changing the amount of punitive damages, but to the recognition of this institution's validity and

the conditions of its application. Analyzing a sentence that condemns the defendant to pay this civil punishment, we try to identify the obstacles that don't admit to reach a generalized practice in this subject.

Keywords: Punitive damages- jurisprudence- interpretation.

RICHARD, EFRAÍN HUGO

Notes on corporate pre-bankruptcy

Corporate law regulations contain provisions regarding the role of share capital guarantees in preventing and overcoming crisis, thus avoiding the costly and complex bankruptcy trial.

Keywords: Pre-bankruptcy – share capital – insolvency – cessation of payments.

SAAD DE BIANCIOTTI, CARLA

Teleworking and integration in the labor law, a new chapter

Telecommuting as employees begin to be inserted in the labor legislation as contained as possible and to provide differentiated services typical provision. Article exceeds the conceptual analysis of the figure, to describe and reflect on the inclusion of the institute in the current model of law.

Keywords: Telework – regulation – labour law.

STEIN, PATRICIA

Personality rights in civil and commercial code of the nation project. Acts at body disposal

Among the evaluative aspects of the Civil and Commercial Code of the Nation project, stands the constitutionalization of private law. This phenomenon is irradiated in the field of protection of the human person through fundamental rights where the inviolability of the person and respect for dignity has full recognition. In terms of personality rights, the project incorporates a systematic regime, something claimed long time ago by the national law. In relation to the acts of disposal of the body, issues related to prohibited practices, human health research, informed consent, advance medical directives and funeral are regulated.

Keywords: Personality rights – human person – dignity – body disposal – medical directives – informed consent.

SECCIÓN III DERECHO PROCESAL

ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA A.

Procedural nullity of the acts of the judge and the legal and procedural principles in the constitutional law: His current challenges

We address the invalidity proceedings on three conceptualizations: a) Vice nulificatorios form of procedural acts. b) Vice nulificatorios the will of the perpetrator trial. c) Vice nulificatorios by the "clareloqui", based on the analysis of doctrine and national legislation, local and comparative law and jurisprudence Argentina.

Our reflective conclusions are that: 1) From the General Theory of Process takes place in the invalidity procedure harmonization work in order to bring clarity and precision in this complex issue. 2) It is necessary to set aside the ambiguities that affect the right of defense (Article 18 CN), and the couple should use language that, respecting the necessary technical requirements, be clear, precise and understandable for the human person and the society. 3) We encourage that in the Civil and Commercial Code of the Nation and the Province of Córdoba, to include a chapter of general part, and in which, among other provisions, the principle recepte

“clare loqui” (speaking out) or “discursive clarity “as defect of nullity proceedings, separately legislated their applications to the proceedings in the court and to the party

Key words: Procedural nullity – Judge’s procedural act -Clare loqui.

CIMA, EDUARDO

The evaluation of evidence in the right of appeal on points of law

Through the study of the aims of the right of appeal on points of law in the jurisdiction of the Province of Córdoba, this paper intends to investigate if the high court which is to decide on such appeal is allowed to review, consider, reassess or revalue the evidence that has been collected during the process.

Key words: Judicial Proceedings – Province of Córdoba – Right of appeal on points of law – Evaluation of evidence.

GONZÁLEZ CASTRO, MANUEL ANTONIO

The remedy “spirit of the law” in the interpretation of civil litigation

The method of the “spirit of the law” in the interpretation of the law is set as a rule in the Civil Procedural Law of the Province of Cordoba. Nevertheless, the law courts and the authors do not make use of such method as a consequence of its vagueness. No meaning has been attributed to that method, similar patterns are used, instead as the “ratio legis”.

Keywords: Civil procedural law – interpretation – spirit of the law – ratio legis.

SECCIÓN IV

DERECHO INTERNACIONAL, RELACIONES INTERNACIONALES E INTEGRACIÓN REGIONAL

AZAR, MARÍA CECILIA

Autonomous system of interpretation of the United Nations convention on contracts for the international sale of goods

This article procures to examine the interpretive principles in the Convention to establish the content, scope and meaning of the terms used by the international instrument, because not alone determines, and how as foreign courts, judicial and arbitral have interpreted.

Keywords: Interpretation – principles – autonomous system.

BOTTIGLIERI, MARÍA GLORIA

Protection of the Right to Gender Identity across Globalization

Our approach highlights the importance of the protection of individual rights in the regulation of personal bylaw, and more specifically, it highlights the protection that must be given to the right to gender identity.

Our starting point is the conviction that sexual orientation is a free choice, and at the same time, one more expression of an individual’s personality. That is why the “Right to gender identity” cannot be unknown by the laws that must guarantee the chance to exercise it completely and freely, together with the consequent legal repercussions in the personal bylaw. From those concepts we make a review of the processes of law regulation that exist in the national and conventional law, emphasizing in the Argentinian law.

Keywords: Gender identity – sexual identity – personal bylaw – transsexuality – gender – legislation.

MONTENEGRO, MARÍA CRISTINA

UNASUR: A new geopolitical vision

We believe that in the first decade of the XXI Century, South America rethinking development strategies and international integration in a changing world. This strategic redefinition has its anchor in the emergence of Governments that challenge existing neoliberalism in the 90s, that supported the integration process based on open regionalism.

In this context, there is a dispute of leadership in the region basically can be summarized: to the weakening of U.S. hegemony leadership emerges two visions based on pragmatic leadership conception, typical of Brazil's foreign policy and the design of Bolivarian leadership, embodied in Venezuelan foreign policy. This dispute will permeate the matrix which is built upon the UNASUR integration process and, from a geo political perspective, will mark its evolution and present dynamics.

Keywords: Regional integration- geopolitical vision- Union of South American Nations –regional leadership.

PEREYRA, LUIS CRUZ – VICARIO, ROBERTO A. – MANTELLI, MAURICIO

The weakness of personal status in the international legal protection of the elderly

One of the big issues in the current society is the progressive aging of the population that has caused the number of older people increases.

The establishment of a legal framework for international Protection of the elderly, often in situations of dependency, has an impact on the citizens of a state and especially in foreigners residing permanently or part-time in a host State, and even, for dependents of a State that residing abroad and immigrants from a state that return to their country of origin. The idea of protection without incapacitation upon core of elderly population raises the need for an international legal protection regime particular, precisely in response to aging.

Keywords: Personal status – Elderly – International Legal Protection – Cross-border mobility

SALAS, GRACIELA R.

Extension of MERCOSUR: The Case of Venezuela

Since the implementation of MERCOSUR, Member States considered the expansion of the organization with other States, particularly by being included within this integration scheme ALADI. This incorporation of new states implies a beneficial economic and social development of MERCOSUR, which is also the hub for both organizations and particularly for integration into our existing option Americas. We focus on the legal approach itself, without ignoring the political or economic connotations that enlargement entails, together with the ad intra posed transformations. The application for incorporation by Venezuela is approached from the political, economic and particularly view the democratic clause, as a pillar of MERCOSUR system.

Keywords: MERCOSUR – Venezuela – Extension.

STICCA, MARÍA ALEJANDRA – YUNIS, YAMILA – BRITZ SILVEIRA MARQUEZ, CRISTINA ANDREA

The protection of ozone layer: obligations of the States and control mechanisms

In this paper we analyze the requirements for the protection of the Ozone Layer (Vienna Convention 1985 and the 1987 Montreal Protocol and its amendments) especially highlighting general obligations of States Parties and the control mechanisms of the international environmental agreements compliance were established in order to guarantee its effectiveness.

Keywords: Ozone layer – obligations of States – control mechanisms – Vienna Convention 1985 – Montreal Protocol.

URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA

Migration impact on human rights

The article gives some outlines towards migration on an international scale, as it is considered that around the 3% of world population does not live in its own country of origin. The migrant, as like every person, is under the protection of the human rights instruments and fundamental liberties. Nevertheless, in the integration process to the host society, conflicts appear such as rejection, xenophobia and stigmatization of migrant persons, that brings shadows to the present. It's not possible to speak about social integration of migrants if they don't have their inalienable human rights granted. The principle that will permit to join diversity and difference is the tolerance with other worlds and realities.

Keywords: International migration- human rights- social integration – tolerance.

ZAMZEM, VERÓNICA

Ground Transportation within UNASUR's Territorial Planning

Integration processes arising in South America present some differences: whilst the Andean Community (CAN) and the Southern Common Market (MERCOSUR) are processes that basically seek economic and trade integration – though such is not their only goal; UNASUR – with its own legal personality – appears as a political forum which aims to be representative of the entire region, as well as to have an impact on the institutional and governmental decision making of its member countries, advocating the harmonization of such decisions towards the regional objectives and interests.

Transport infrastructure and its related services are essential factors for the physical integration of the territories within the named schemas. UNASUR has created COSIPLAN, whose mission is to prepare and develop a strategic plan referred to infrastructure in general, with a comprehensive vision of territorial planning as well as the needs of the countries that comprise it. We noticed the founding documents of these integration processes have something in common: all of them highlight the need for promoting physical integration as a necessary requirement for a regional integration that enables an economic development within equity and welfare for each society as a whole.

Keywords: UNASUR – COSIPLAN – physical integration – territorial planning – ground transportation.

SECCIÓN V

FILOSOFÍA DEL DERECHO

ADÉN, ERCILIA

The civic virtue in Philip Pettit's republican theory. Application to the situation of Córdoba city generated by the existence of its current administrative criminal law

This paper aims to analyze the situation in Cordoba city generated by the existence of the current administrative criminal law number 8431, within the framework of the concept of civic virtue in the republican theory held by Philip Pettit. As a starting point, the way republican liberty is conceived by the author will be analyzed. This will then allow to understand how the need for civility is justified in the mentioned theory. Once the theoretical knowledge is understood, it will be applied to the concrete situation of Cordoba by using the data revealed by the "Survey and analysis on the administrative criminal law application in the city of Córdoba" made in 2012.

Keywords: Republicanism – Civic virtue – Liberty.

AVENDAÑO, MARÍA DEL CARMEN

Right's determination in the application

This work refers to the hermeneutic model and the movement of the Critical Legal Studies. Despite their differences, both subscribe, in one side to models that imply the intervention of

the subject in the interpretation, and in the other, to the practical reason: prudential *praxis* in the first case, and ideological *praxis* of knowledge. In this frame, one can ask if it's possible an approach to the action that can strip away the ideological nature of knowledge.

Keywords: Hermeneutic – *Critical Legal Studies* – Ideology

DÍAZ, LUIS ALBERTO

The unconstitutionality of the provincial law n° 10058

The problem of the unconstitutionality of the provincial law n° 10058 is addressed; in particular the rules that prohibit the manifestation of the anticipated will to suspend the ordinary treatments of artificial hydration and feeding, affecting the constitutional rights of equal protection and privacy.

Keywords: Manifestation of the living will–privacy – equal protection –unconstitutionality of the law.

SECCIÓN VI HISTORIA DEL DERECHO

ASPELL, MARCELA

Illicit friendships. Abandonment and violence in Hispanic America family context in the last quarter XVIII century in Córdoba del Tucumán

The American experience, traversed by processes of intense vitality, shows how in these confines of the Spanish Empire, ranked legal architecture of the *ius commune* plastically, adapted to a world whose distance from the political center of the monarchy, the generalized *lego* character of those who wielded the judiciary, judicial structures, marked by significant deficiencies, and its protagonists who interact in a primitive stage passionate and overset imposed its own rules. Procedural simplicity, the assert and the absence of the Orthodox application of formal patterns in the process of the causes, which enhance the use of judicial discretion, not exclude, however, the knowledge and use of a core of minimum procedural order that is supposed to be known by all and which applies, even the same *lega justice* budgets.

In this context, family relationships are expressed in deals that are beyond the tridentinos canons. *De facto* relationship and the survival of the regular unions *anatemizadas* by the Church and persecuted by the authorities proliferated despite the rigors of the control

In the same geographical space, the Córdoba del Tucumán, Mediterranean city, crossroads and junction for pilgrims that they traveled routes to Buenos Aires, Asunción, Santiago or Lima, away from the theatre of war but permanent border with the Indian, head of the bishopric and the headquarters of the University, was an indian city where 18th-century drew up specific profiles, and where irregular marriages registered, at the same time, in contexts of marginalization and violence, which gives good account the review of court records related to the subject, from section crime of the file historical of the province of Cordoba, throwing a vivid and illuminating light on the universe of the *amancebamientos*, friends and illicit deals that concerned forms of coexistence free.

Keywords: Córdoba del Tucumán – 18th century – Illicit friendship – Domestic violence.

ORTIZ, ESTEBAN RAFAEL

The Law in the University Reform

The Law, construed as the legal order within a particular sphere and including liberties as well, was part of the proposal put forward by the Reform in the *Manifiesto Liminar* (Introductory Manifesto).

In this way, the Law was able to serve as a tool for insurgent sectors that, in the University sphere, disputed against the conservative leadership of that public institution.

It approaches the School of Law of 1918 which, characterized by a focus on scholasticism and dogmatism, stood in the opposite side of this student movement.

New paradigms come up from the principles upheld by the Reform, in order to guide the training of new lawyers, committed to justice and to the defense of politically persecuted groups and non-conformists to the system.

Keywords: Law – University Reform – training – defense.

TORRES, FÉLIX A.

Establishment of public law chair at the Cordoba University

In the context of a scarced economic resources college and underprivileged in regard to the teaching quality of teachers, Governor Jose V. Reynafé creates in 1834 the chair of public law, an important milestone in the life of the Córdoba house studies; despite being a “special initiative” for its time, was in force only until 1841, and that due to the request of faculty, was suppressed by Governor Manuel Lopez, because of lack of endowment for the chair, suitable texts and provincial and national political environment not suitable to the teaching and dissemination of liberal constitutionalism.

Keywords: Argentine History of Law- History of the University of Cordoba – Education- Faculty of Law.

YANZI FERREIRA, RAMÓN PEDRO

Featured five lawyers in curriculum renewal of 1907 in the Faculty of Law and Social Sciences National University of Cordoba

This article analyses the Teaching of Law in the Faculty of Law and Social Sciences of the National University of Córdoba in the first half of the 20th century.

The investigation includes the national legal thought of the first professors of the subjects, incorporated in the curriculum of 1907: History of Law, Labour Law, Sociology, Public Law Provincial and Municipal and History of the Representative Institutions.

Keywords: Education – Faculty of Law – University-Legal History – Sociology – Labour – Provincial and Municipal Public Law – History of Representative Institutions.

SECCIÓN VII SOCIOLÓGÍA

BEGALA, SILVANA

Migration: Differential inclusion & hierarchized citizenship in Argentina

This work aims to reflect on the tension between the recognition of migration as a human right, as given under Argentina’s legal system and the acknowledgement of different rights between those individuals born in Argentina and those born in some other foreign country and/ or territory. Beyond this recognition and the vast equating between nationals and foreigners set in the nation’s Constitution, rank regulations of lower rank structuring hierarchized citizenships. The analysis of the latter is the core of the present work, and regulations stand as indicators portraying the unreality of the “change in paradigm” as to Argentina’s migratory policy. A socio-legal stance is hereby.

Keywords: Migration, Citizenship, migrants, differential citizenship, Law No. 25.871

LAJE, MARÍA INÉS – FREDIANELLI, GRACIELA – OTRAS

The system of Comprehensive Protection of Rights of Children and Adolescents: Challenges and new risks in the accessibility of rights

In this article we want to share some questions on the status of implementation of the Integrated NNA Rights Protection Act promotes the provincial level, taken to be the set of organs, programs, institutions and services, as well as of various actors governmental organizations of various powers and in various fields to which the law assigns active, for the promotion, as-

sistance, protection, protection and restoration of the rights of children and adolescents. We consider that have changed discourses and practices that impact differently on the actors, creating new expectations and opportunities, with some progress but with setbacks and new risks. These questions relate to the objectives of the research project that is in the process of development from an interpretive perspective / understanding, strategies are being used qualitative methodology. What we present are some progress thereof arising from the analysis of interviews with different agents of the executive and judiciary of the Province of Córdoba and review of official documents and literature on the subject.

Key words: Accessibility comprehensive protection – rights-children and adolescents.

SÁNCHEZ, MARIANA N.

The construction of gender violence from the Administration of Justice

The capacity of regulatory systems in relation to the issue of gender violence is addressed in this paper from the perspective of the actors involved in it. Its own assessment of the problem, their conceptions of the respective laws, its own construction of the concept of gender violence and their views on the legal possibility of promoting social change were the main axes on which turned semi structured interviews conducted legal operators in two different jurisdictions: Aragon (Spain) and Cordoba (Argentina).

The results show that, far from questioning patriarchal concepts or unjust social issues, legal practitioners addressing conflicts arising from gender violence, are rigorous and single operators only the formality of clinging to normative rules, procedures indicating, stipulating deadlines, providing penalties .

So, the possibility of permeable gendered concepts that cut across the strong and traditional social structures, in this case the judiciary, is still more remote.

Keywords: gender violence, legal operators, judiciary.

SCHAPIRA, LEOPOLDO – SCHAPIRA, JOSEFINA

The inclusion of low resources young people in the educational and working world

Research focuses on young people between 16 and 26 years old of low-middle and low socioeconomic level in the city of Córdoba. It inquires about the status of the group in regards to various aspects of their social integration as their working and educational insertion, their connectivity to virtual networks, their experiences of discrimination and their employability. These last aspects are discussed in greater detail trying to detect social and psychological barriers that prevent their access to the employment.

Results are compared with our own previous research and with those from other sources referred to other groups of young people.

Keywords: Young people, integration, workplace, discrimination.

VILLEGAS GUZMÁN, SABRINA M. – HERNÁNDEZ, JULIANA

Urban-rural transformation processes and territory, their conflicts and contradictions

In territorial disputes, the “urban” and “rural” matter -as differentiated analytical fields- have a crucial importance as they became a focus of tensions between diverse social actors. Far from showing as independent and separated processes, the transformations operated in rural as much as in urban life are profoundly imbricated. Although each of these dimensions has analytical particularities, we will try to outline profound lines of connection between them, through an approach based on certain theoretical categories as space, territory, capitalist accumulation mechanisms and political subjectivation processes.

Keywords: Territory – urban – rural – conflict- social organizations.

INDICE GENERAL

SECCIÓN I

DERECHO PÚBLICO Y ANÁLISIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

MUERTE DIGNA. DISTINCIONES CONCEPTUALES, ENFOQUES DOCTRINARIOS Y REGULACIÓN LEGAL: ANTESALA DE UN ESTUDIO EMPÍRICO EN CURSO <i>Azcona, Noelia - Mera Salguero, Ana Laura - Soria García, Emilse Romina - Perrone, María Cecilia</i>	3
EL “VIVIR BIEN” PARADIGMA DE LA DESCOLONIZACIÓN <i>Bonetto, María Susana</i>	31
LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL Y LA PROTECCIÓN A LA NIÑEZ EN LA LEY 26.522 <i>Borgarello, Esther Susana- Juárez Centeno, Carlos</i>	47
LA “SEGURIDAD JURÍDICA” COMO RESTRICCIÓN A LOS DERECHOS SOCIALES <i>Etchichury, Horacio Javier</i>	65
RESPONSABILIDAD MORAL Y PENAL DE LOS FUNCIONARIOS POR LAS PRIVACIONES ABUSIVAS DE LA LIBERTAD <i>Frontalini Rekers, Romina</i>	83
LA EJECUCIÓN DE POLÍTICAS AMBIENTALES: ENFOQUES Y ANÁLISIS <i>Juliá, Marta Susana- Foa Torres, Jorge</i>	99
DEUDA EXTERNA EN EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN FINANCIERA <i>Mini, Emma</i>	115

IMPUGNACIONES ADMINISTRATIVAS EN EL ORDEN NACIONAL <i>Palazzo, José Luis - Pastor de Peirotti, Irma - Ortiz de Gallardo, María Inés del C.</i>	125
LOS DESAFÍOS ACTUALES DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EN ARGENTINA EN EL SIGLO XXI. EL ROL DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD <i>Robledo, Diego</i>	143
HACIA UNA PROTECCIÓN INTEGRAL Y CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CON DISCAPACIDADES <i>Robledo, Federico Justiniano - Robledo (h), Federico</i>	161
DERECHOS HUMANOS Y PUNITIVISMO EN LA ARGENTINA ACTUAL <i>Rossetti, Andrés</i>	187
DERECHO PENAL Y OBLIGACIONES HACIA LAS GENERACIONES FUTURAS: PRIMERAS LÍNEAS DE JUSTIFICACIÓN <i>Truccone Borgogno, Santiago</i>	205
SECCIÓN II	
DERECHO PRIVADO	
LA CAPACIDAD RESTRINGIDA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO <i>Alem de Muttoni, Isabel Lucía</i>	229
EL "ESPÍRITU DE LA LEY" EN EL DERECHO CIVIL ARGENTINO <i>Ferreyra, María Inés - Bergallo (h), Santiago</i>	255
TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN (TI) <i>Bianciotti, Ricardo S.</i>	273
LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DE LA PRELACIÓN DE LOS ÓRDENES HEREDITARIOS EN EL SISTEMA SUCESORIO ARGENTINO <i>Lloveras, Nora - Faraoni, Fabián - Salomón, Marcelo - Durán, Valeria - Eppstein, Constanza - Arnaudo, Daniel - Rossi, Julia - Ramacciotti, Edith - Cantore, Laura - Scocoza, Romina - Assandri, Mónica</i>	297

LA TRANSACCIÓN COMO MODO EXTINTIVO DE LAS OBLIGACIONES Y COMO EXCEPCIÓN PROCESAL: ARMONIZACIÓN DE LAS NORMAS SUSTANCIALES Y PROCESALES EN FUNCIÓN DE UNA INTERPRETACIÓN COHERENTE DEL ESPÍRITU DE LA LEGISLACIÓN	
<i>María del Pilar Mancini</i>	315
LA TUTELA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO SUCESORIO	
<i>Orlandi, Olga - Tavip, Gabriel E. - Moreno de Ugarte, Graciela - Lúpoli, Claudia - Verplaetse, Susana - Monjo, Sebastián - Mignón, María Belén</i>	341
LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO ARGENTINO	
<i>Otaola, María Agustina</i>	363
NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA	
<i>Richard, Efraín Hugo</i>	377
TELETRABAJO Y SU INSERCIÓN EN LA LEGISLACIÓN LABORAL, UN NUEVO CAPÍTULO	
<i>Saad de Bianciotti, Carla</i>	407
DERECHOS PERSONALÍSIMOS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL PROPIO CUERPO	
<i>Stein, Patricia</i>	421

SECCIÓN III

DERECHO PROCESAL

NULIDADES PROCESALES DE LOS ACTOS DEL JUEZ Y LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS Y PROCESALES EN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD: SUS ACTUALES DESAFÍOS	
<i>Ávila Paz de Robledo, Rosa A.</i>	437
EL RECURSO DE CASACIÓN Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA	
<i>Cima, Eduardo</i>	457

EL RECURSO DEL “ESPÍRITU DE LA LEY” EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CIVIL <i>González Castro, Manuel Antonio</i>	473
---	-----

SECCIÓN IV

DERECHO INTERNACIONAL, RELACIONES
INTERNACIONALES E INTEGRACIÓN REGIONAL

EL SISTEMA AUTÓNOMO DE INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS <i>Azar, María Cecilia</i>	495
---	-----

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO FRENTE A LA GLOBALIZACIÓN <i>Bottiglieri, María Gloria</i>	505
--	-----

UNASUR: UNA NUEVA VISIÓN GEOPOLÍTICA <i>Montenegro, María Cristina</i>	527
---	-----

LA FRAGILIDAD DEL ESTATUTO PERSONAL EN LA PROTECCIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DE LOS ADULTOS MAYORES <i>Cruz Pereyra, Luis - Vicario, Roberto A. - Mantelli, Mauricio</i>	543
--	-----

AMPLIACIÓN DEL MERCOSUR: EL CASO VENEZUELA <i>Salas, Graciela R.</i>	571
---	-----

LA PROTECCIÓN DE LA CAPA DE OZONO: OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS Y MECANISMOS DE CONTROL <i>Sticca, María Alejandra - Yunis, Yamila - Britez Silveira Marquez, Cristina Andrea</i>	587
---	-----

IMPACTO DE LA MIGRACIÓN EN LOS DERECHOS HUMANOS <i>Uriondo de Martinoli, Amalia</i>	603
--	-----

EL TRANSPORTE TERRESTRE EN LA PLANIFICACIÓN TERRITORIAL DE UNASUR <i>Zamzem, Verónica</i>	627
--	-----

SECCIÓN V

FILOSOFÍA DEL DERECHO

LA VIRTUD CÍVICA EN LA TEORÍA REPUBLICANA DE PHILIP PETTIT. APLICACIÓN A LA SITUACIÓN DE LA CIUDAD DE CÓRDOBA A PARTIR DE LA EXISTENCIA DE SU ACTUAL CÓDIGO DE FALTAS <i>Adén, Ercilia Irene</i>	639
LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO EN LA APLICACIÓN <i>Avendaño, Ma. C. C.</i>	651
LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY PROVINCIAL N° 10.058 <i>Díaz, Luis Alberto</i>	663

SECCIÓN VI

HISTORIA DEL DERECHO

AMISTADES ILÍCITAS. ABANDONO Y VIOLENCIA EN LOS CONTEXTOS FAMILIARES INDIANOS DEL ÚLTIMO CUARTO DEL SIGLO XVIII EN CÓRDOBA DEL TUCUMÁN <i>Aspell, Marcela</i>	675
EL DERECHO EN LA REFORMA UNIVERSITARIA <i>Ortiz, Esteban Rafael</i>	711
CREACIÓN DE LA CÁTEDRA DE DERECHO PÚBLICO EN LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA (1834-1841) <i>Torres, Félix A.</i>	719
CINCO JURISTAS DESTACADOS EN LA RENOVACIÓN DEL PLAN DE ESTUDIOS DE 1907 EN LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA <i>Yanzi Ferreira, Ramón Pedro</i>	733

SECCIÓN VII

SOCIOLOGÍA

MIGRANTES EN ARGENTINA: INCLUSIÓN DIFERENCIAL Y CIUDADANÍAS JERARQUIZADAS <i>Begala, Silvana</i>	759
---	-----

EL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS DE NNA: DESAFÍOS Y NUEVOS RIESGOS EN LA ACCESIBILIDAD DE LOS DERECHOS <i>Laje, María Inés -Fredianelli, Graciela y otras.....</i>	777
LA CONSTRUCCIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO DESDE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA <i>Sánchez, Mariana N.</i>	793
LA INCLUSIÓN DE LOS JÓVENES DE BAJOS RECURSOS EN EL MUNDO DEL ESTUDIO Y DEL TRABAJO <i>Schapiro, Leopoldo - Schapiro, Josefina.....</i>	815
TERRITORIO Y PROCESOS DE TRANSFORMACIÓN URBANO-RURALES, SUS CONTRADICCIONES Y CONFLICTOS <i>Villegas Guzmán, Sabrina M. - Hernández, Juliana.....</i>	835
SECCIÓN VIII	
BECARIOS	
PRIVATIZANDO LO SEXUAL. APLICACIÓN DEL AVENIMIENTO EN LA ARGENTINA <i>Deangeli, Melina Andrea</i>	851
OBJECIONES A LA COEXISTENCIA DE LA LEYES 7676 Y 8465 EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA PARA LA TRAMITACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS FAMILIARES <i>González, María Celeste</i>	857
CONSIDERACIONES TEÓRICO-CONCEPTUALES SOBRE EL MATRIMONIO CIVIL ARGENTINO <i>Indiveri, María Inés</i>	863
EL VALOR JURÍDICO DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EXHORTATIVAS EN EL DERECHO ARGENTINO Y COMPARADO <i>Pedernera Allende, Matías E.</i>	867
PERSPECTIVAS Y EXPERIENCIAS DE LOS ESTUDIANTES DE DERECHO EN RELACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN <i>Torres, Noelia Elizabet.....</i>	873

LOS ALIMENTOS DE LOS HIJOS MAYORES EN EL DERECHO ARGENTINO SEGÚN LA LEY 26.579. PROPUESTA DE REFORMA

Juan Salvador Villagra de Urquiza 877

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 2ª QUINCENA DE JULIO DE 2014
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE “LA LEY” S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA

