

ANUARIO XVII

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA
FACULTAD DE DERECHO

CENTRO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS Y SOCIALES

ANUARIO XVII

ADEN, Ercilia; ALTAVILLA, Cristian; ARENA, Federico; AVILA PAZ DE ROBLEDO, Rosa; AZCONA, Noelia; BORGARELLO, Esther S.; BOTTIGLIERI, María Gloria; CAMPANA, Maximiliano; CERUTTI, María del Carmen; FARAONI, Fabián; GÓMEZ DEL RÍO, María Eugenia; HUAIS, Valentina; JODOR, Nerea Lucrecia; JUÁREZ CENTENO, Carlos; JULIÁ, Marta; LLOVERAS, Nora; MINI, Emma; MORENO, Patricia; NIETO, Jorge; ORLANDI, Olga; PARMIGIANI, Matías; PARMIGIANI, Myriam C.; PASQUALE, María Florencia; PEDERNERA ALLENDE, Matías; PELÁEZ, Paula Giselle; PEREZ CUBERO, María Eugenia; PIÑA, María del Carmen; PLOVANICH, María Cristina; ROBLES, Guillermo; RODRÍGUEZ NASUTI, María Florencia; SAAD, Carla; SANCHEZ, Mariana; SELEME, Hugo; SEQUEIRA, María Eugenia; TAVIP, Gabriel; TORRES, Félix; TRUCCONE BORGOGNO, Santiago; URIONDO, Amalia L.; URQUIZA, María I.; VILLAGRA, Ángel; VILLEGAS, Candela; ZAVATTI de ROUGIER, Adriana.

La reproducción de este libro, ya sea total o parcial, en forma idéntica o con modificaciones, escrita a máquina por el sistema Multigraph, mimeógrafo, impreso, etc., que no fuera autorizada por esta Editorial, es violatoria de derechos reservados. Toda utilización debe ser solicitada con anterioridad.

ISSN:1667-6122

Editado por:



C I J S

Impreso en:

ADVOCATUS

Obispo Trejo 181 - Córdoba
editorial@eadvocatus.com.ar

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en Argentina

AUTORIDADES
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

RECTOR
Hugo JURI

FACULTAD DE DERECHO

DECANO
Ramón Pedro YANZI FERREIRA

VICEDECANO
Lorenzo BARONE

CENTRO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS Y SOCIALES

DIRECTOR
Esteban LLAMOSAS

COORDINADORA ACADÉMICA
María Alejandra STICCA

COORDINADORA DE EXTENSIÓN
Isabel Lucía ALEM DE MUTTONI

COMITÉ EDITORIAL DEL ANUARIO XVII

Esteban F. LLAMOSAS
Elena GARCÍA CIMA
Carlos Julio LASCANO
Hugo SELEME
Ernesto REY CARO
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 de la UNC. Intenta presentar a la comunidad académica jurídica los resultados de los proyectos que tienen sede en el Centro, con el propósito de estimular el diálogo interdisciplinario, sin privilegiar perspectivas ni poseer orientación particular. Sólo admite trabajos inéditos, no propuestos simultáneamente a otras publicaciones periódicas.

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

2. CONTENIDO DEL *ANUARIO*

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

3. NORMAS DE RECEPCIÓN Y ARBITRAJE

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

informados de la fecha de recepción y de la fecha de aceptación de sus trabajos, lo que será asentado en la publicación.

4. EXTENSIÓN DE LOS ORIGINALES

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

5. LINEAMIENTOS DEL MANUSCRITO

El manuscrito deberá seguir los siguientes lineamientos:

5.1. Forma del escrito

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

5.2. *Abreviaturas y otros signos*

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

5.3. *Tablas y figuras*

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

5.4. *Notas*

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

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

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

6. MATERIAL A PRESENTAR CON EL LIBRO

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

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

7. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

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

8. ENTREGA DE LA PUBLICACIÓN AL AUTOR

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



C I J S

PROLOGO

UNIDAD EJECUTORA CONICET UN LOGRO DE TODA LA COMUNIDAD DE INVESTIGADORES

El Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, creado por Ordenanza Decanal 2/85, es ahora Unidad Ejecutora de doble dependencia (UNC-Conicet), integrada al Centro Científico Tecnológico Conicet - Córdoba. Aprobada por el Directorio de Conicet en 2015, se acaba de poner en planta en agosto de 2017 luego del concurso público de la plaza de Director. Su creación como la primera Unidad Ejecutora estrictamente jurídica del país, se realiza en una Facultad de Derecho más que bicentenaria, y corona la tarea desarrollada por el CIJS desde hace más de treinta años.

En todo este tiempo, el CIJS ha llevado adelante la política de investigación de la Facultad y puede dar cuenta de logros importantes: el desarrollo de múltiples líneas de trabajo; la publicación, entre 1993 y 2016, de dieciséis números de su *Anuario*; el otorgamiento de becas de pregrado desde 2003; el dictado de una asignatura opcional en la carrera de abogacía; la inauguración en 2009 del “Laboratorio de procesamiento y análisis de datos e información”; y la celebración de dieciocho “Jornadas sobre Experiencias en Investigación” y doce “Ferias de Información sobre becas y subsidios”.

Lugar de trabajo de investigadores y becarios de Conicet y otras agencias científicas, ámbito de radicación de los proyectos de investigación de la Facultad de Derecho, con un plantel de investigadores propios concursados, estos datos resultaron decisivos al momento de aprobar la creación de la Unidad Ejecutora.

Como institución financiada con fondos públicos, el CIJS debe garantizar la libertad de investigación individual y colectiva, la pluralidad epistemológica y metodológica, fomentar la circulación democrática del conocimiento producido, y promover el compromiso de las investigaciones con la realidad jurídica y social de Córdoba y la región.

Sus Áreas de Investigación, aunque flexibles a las nuevas propuestas, incluyen el Derecho de Familia; Derecho Internacional; Historia del Derecho; Derecho Penal y Criminología; Ética Política; Filosofía del Derecho; Derecho del Trabajo; Sociología Jurídica; Derecho Constitucional; Derecho Ambiental; Derecho Político; Derecho Comercial y Derecho Tributario. Se pretende contar con un amplio panorama disciplinar de la investigación jurídica, sumando a las disciplinas básicas y con una larga tradición de investigadores formalizados, aquellas dogmáticas y de vinculación directa con el ordenamiento normativo. La propuesta para las Áreas, además de garantizar el desarrollo de sus proyectos individuales y colectivos, y facilitarles el acceso institucional a las vías de financiamiento, consiste en “favorecer la integración entre los investigadores de Conicet, la Facultad de Derecho y otras agencias públicas que las componen”; “fortalecer su vinculación científica nacional e internacional”; y “vincular su producción científica con las Cátedras y la Secretaría de Posgrado de la Facultad, a fin de que el conocimiento producido se transfiera y pueda ser utilizado como insumo didáctico para la enseñanza de grado y posgrado”.

Por otra parte, la formación de recursos humanos constituye una de las prioridades de la Unidad Ejecutora, que además de apoyar la labor de directores y becarios, lleva adelante políticas concretas para promoverla.

En relación a los becarios, el CIJS cuenta con la infraestructura edilicia y técnica adecuada para el desarrollo de sus proyectos. Además, con el aval de sus directores, se promueve que ofrezcan seminarios sobre sus temas de investigación, y se incentiva su vínculo con los responsables de la asignatura opcional “Tutorías de Investigación”, a fin de que puedan actuar como orientadores de los alumnos de la carrera que presenten proyectos sobre temáticas afines.

En relación a la incorporación de nuevos investigadores y doctores que luego se inserten en el sistema científico nacional, se pretende ampliar el programa que el CIJS ejecuta en este sentido, en articulación constante con la Secretaría Académica, la Secretaría de Posgrado y las cátedras de la Facultad de Derecho. El programa incluye la oferta de una asignatura opcional para la carrera de abogacía, cuyo objeto es brindar unas nociones metodológicas preliminares sobre la investigación jurídica a los alumnos de grado y despertar vocaciones científicas; la convocatoria de becas de pregrado a fin de desarrollar un proyecto original y tutorizado; la invitación a los becarios de pregrado con sus informes finales aprobados a publicar

un resumen de sus conclusiones en nuestro *Anuario*; y la realización de una jornada anual de jóvenes investigadores de la Unidad Ejecutora, a fin de presentar el avance de sus proyectos en una reunión científica interdisciplinaria.

Desde el año 2012, la Facultad de Derecho ha realizado un esfuerzo presupuestario para refaccionar las instalaciones y mejorar su equipamiento. Y a través de la obtención de tres subsidios PAMEG de la Secretaría Académica de la UNC gestionados por la Dirección, se han obtenido fondos para mejorar la infraestructura. En los últimos años se pintó el interior del edificio, se trasladó la cocina para ganar una sala con nuevos puestos de trabajo, se renovaron completamente escritorios y sillas, se compró un *locker*; cuatro computadoras personales, dos impresoras, un cañón proyector, cuatro aires acondicionados, estufas eléctricas, una nueva pizarra de acrílico y un smart tv para la Sala Ezio Masoni, y se colocaron nuevas estanterías en las oficinas.

En la sala pequeña de reuniones funciona la biblioteca, que con fondos de uno de los subsidios PAMEG fue recatalogada y sus títulos cargados en una nueva base de datos que permite mayor agilidad y seguridad en los préstamos. Al mismo tiempo, se compró nuevo material bibliográfico sugerido por los propios investigadores.

Actualmente, la Secretaría de Planeamiento de la UNC se encuentra a punto de iniciar obras de reparación en la cubierta del techo y fachada. Las mejoras edilicias y el nuevo equipamiento contribuyen a permitir unas condiciones de trabajo adecuadas, a promover la presencia diaria de los investigadores en el CIJS y estimulan una fructífera interacción entre disciplinas.

El CIJS presenta una numerosa y amplia oferta anual de cursos, seminarios y jornadas, a fin de facilitar la discusión y transferencia de los resultados de las investigaciones. En los últimos años, caracterizados por la multiplicación de las reuniones abiertas, se han realizado seminarios sobre fiscalidad ambiental, salud mental, historia del derecho, derecho de la vejez, código de faltas, argumentación jurídica y moral, derecho cooperativo, filosofía jurídica, derecho de familia, metodología de investigación en derecho internacional, la tensión público-privado en el derecho, presupuestos mínimos ambientales, sociología jurídica, interpretación jurídica y castigo de delitos de cuello blanco, entre otros.

La “Jornada sobre Experiencias en Investigación”, organizada anualmente junto con la “Feria de Información sobre Becas y Subsidios”, constituye un ámbito propicio para el intercambio y difusión de las experiencias en investigación desarrolladas en la Facultad. El *Anuario*, ya consolidado con dieciséis números editados e incluido en el “Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (Latindex)”, es la principal publicación del CIJS y da cuenta del avance y conclusiones de los trabajos de sus investigadores.

Durante el año 2016 el CIJS otorgó 11 nuevas becas de pregrado; organizó y dictó nuevamente la asignatura opcional de 6 créditos “Tutorías de Investigación”, coordinada por la Prof. Patricia Alderete, con un plantel de 10 docentes; se incorporaron asistentes y ayudantes de investigación a 10 de los 16 proyectos radicados institucionalmente; se desarrollaron 35 actividades entre seminarios, talleres y charlas; además de las “Quintas Jornadas de Jóvenes Investigadores” y la “Decimoséptima Jornada sobre Experiencias en Investigación”; y se continuó el “Ciclo de presentación y difusión de investigaciones Pensando desde el Centro”. Por otra parte, el CIJS es el lugar de radicación de 35 proyectos “A”, 12 “B” y 1 Programa con subsidio Secyt; se lleva adelante el programa institucional “Desafíos actuales para la construcción de desarrollo sustentable”; se dio auspicio y se realizó el control académico a la revista de estudiantes “Nuestra Joven Revista Jurídica”; se coeditaron los libros “Salud mental y derecho - Reflexiones en torno a un nuevo paradigma” de Natalia Monasterolo y Andrés Rossetti, y “Metodología de la investigación jurídica” de Guillermo Lariguet. Además, se publicó la obra colectiva de las investigadoras del CIJS Patricia Scarponetti, Marta Juliá, Carla Saad e Isabel Alem de Muttoni, “Los procesos de elaboración y presentación de proyectos de investigación”, destinada a brindar unas nociones metodológicas básicas para el desarrollo de la investigación jurídica.

Resulta importante destacar también la permanente visita de investigadores extranjeros a la institución. Así, hemos recibido profesores de Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, España, Holanda, Italia, México, Perú y Portugal.

Actualmente, el CIJS es el lugar de trabajo de 22 investigadores Conicet (2 Principales, 6 Independientes, 5 Adjuntos, 9 Asistentes); 10 investigadores concursados de planta; 27 becarios Conicet (20 doctorales, 7 posdoctorales); 10 becarios Secyt (6 doctorales, 3 de maestría, 1 posdoc-

toral); y 17 becarios de pregrado. En total, se cuenta con 32 investigadores y 54 becarios, lo que conforma un plantel de 86 personas.

El objetivo estratégico de esta nueva etapa será consolidar a la Unidad Ejecutora como un centro de investigación, discusión crítica, formación de recursos humanos y transferencia de conocimiento sobre los problemas jurídico-sociales, que la posicionen como una referencia institucional e intelectual para la región y el país.

Un Centro de Investigaciones construye su tradición con el esfuerzo lento y constante de generaciones de investigadores que forman a otros, y con directivos que ponen los cimientos sobre los que otros continúan construyendo. La Unidad Ejecutora es un logro colectivo del que debemos sentirnos orgullosos como Facultad de Derecho. Vaya mi reconocimiento a quienes desde su creación pensaron y discutieron el derecho en el CIJS, y a todos sus directores, porque no hubiera sido posible sin ellos. Vaya también mi reconocimiento a los decanos que apoyaron la institución, y especialmente a quien fue la decidida promotora de la Unidad Ejecutora, la Dra. Marcela Aspelli, en cuyo mandato se realizó la presentación ante Conicet.

Todo este trabajo, estos apoyos, estos planes a futuro, no tendrían sentido si no somos capaces de articularlos con un fuerte compromiso democrático y social. Nos debe orientar el objetivo de pensar, discutir y brindar asistencia técnica sobre los principales problemas jurídicos y sociales de la realidad cordobesa y nacional, sin descuidar la transferencia del conocimiento producido por nuestros equipos e investigadores a la comunidad. Este compromiso hacia los otros es una obligación de las instituciones públicas de investigación financiadas con fondos estatales. Honrarlo implica no sólo estimular y apoyar las investigaciones que reflejen esta preocupación, sino también fijar posición fundada sobre los temas de interés jurídico que así lo requieran, a modo de contribución con el debate público.

Las nuevas etapas implican desafíos y estamos en excelentes condiciones de afrontarlos. Investigar para formar, investigar para compartir, investigar para fortalecer la democracia.

Felicitaciones a toda la comunidad de investigadores.

Esteban F. Llamosas

Director

CIJS CONICET - UNC

INDICE GENERAL

Reglamento del Anuario - Normas editoriales.....	9
Prólogo.....	13

SECCIÓN I

DERECHO PÚBLICO Y ANÁLISIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Desproporcionalidad territorial en el federalismo argentino. Algunas consideraciones acerca de la (sobre) representación en la Cámara de Diputados de la Nación <i>Cristian Altavilla</i>	25
Los derechos de los usuarios de salud y la historia clínica - con particular referencia a la historia clínica informatizada <i>Rosa Ávila Paz de Robledo</i>	53
Derechos humanos y el debate jurídico sobre la salud y la libre disposición del cuerpo <i>Carlos Juárez Centeno - Esther Susana Borgarello</i>	81
El escenario para la construcción de políticas ambientales en San Luis <i>Marta Juliá - María Eugenia Pérez Cubero</i>	111
Eficacia de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en litigios que afectan derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. ¿Es aplicable el caso “Halabi” a las personas extranjeras con discapacidad respecto de las pensiones por invalidez? <i>Patricia Giuliana Moreno</i>	137

El ejercicio del poder de policía en materia de protección del patrimonio histórico- arquitectónico. Caso Municipalidad de Córdoba <i>Jorge Emmanuel Nieto</i>	157
Cultura jurídica en el Estado de Derecho Democrático Constitucional - Consideraciones a partir de dos fallos significativos del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba <i>Myriam Consuelo Parmigiani - María Eugenia Gómez del Río</i>	179
El paradigma de la titulación inmobiliaria: La perspectiva de Hernando de Soto, postulados y cuestionamientos <i>María Florencia Pasquale</i>	211
La idea de libertad como conexión entre Estado de Derecho y democracia <i>Matías Pedernera Allende</i>	229
¿Debe el Estado financiar Fútbol Para Todos? <i>Guillermo Francisco Robles</i>	245
El remedio parlamentario al fallo de la Corte <i>Hugo Seleme - Valentina Huais - María Florencia Rodríguez Nasuti</i>	257
Respuestas de la Corte Suprema a las minorías sexuales. Una lectura desde el paradigma de la complejidad <i>María Isabel Urquiza</i>	271
Las medidas excepcionales en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes <i>Ángel Esteban Villagra - María Eugenia Sequeira</i>	299
SECCIÓN II	
DERECHO PRIVADO ~ DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	
Inicio y fin de la vida (intra y extra- uterina) <i>Noelia Azcona y otros</i>	335

La separación de hecho como causal de exclusión de la vocación hereditaria conyugal <i>Nora Lloveras y otros</i>	351
Orden público sucesorio, desenvolvimiento económico y empresa familiar <i>Olga Orlandi - Gabriel E. Tavip y otros</i>	367
La interpretación a partir de principios del Derecho del Trabajo <i>María del Carmen Piña</i>	397
Nuevas reglas referidas al régimen de capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes <i>Cristina Plovovich - María del Carmen Cerutti</i>	439
Consideraciones sobre el impacto de los derechos fundamentales en los derechos de las relaciones de dependencia de los trabajadores con discapacidad <i>Carla Saad - Emma Mini</i>	463
El acceso a la justicia del consumidor transnacional <i>Amalia Uriondo de Martinoli - María Gloria Bottiglieri</i> <i>Adriana Zavatti de Rougier</i>	495
Sociedades off shore: modos de actuación, efectos y problemática actual <i>Candela Noelia Villegas</i>	521

SECCIÓN III

FILOSOFÍA - SOCIOLOGÍA - HISTORIA

El objeto de la justicia en la teoría de John Rawls. Reflexiones en tomo a las críticas elaboradas por Gerald A. Cohen <i>Ercilia Irene Adén</i>	543
Estadísticas, estereotipos y grupos desfavorecidos. Algunos límites del apoyo estadístico a los estereotipos <i>Federico José Arena</i>	557

Las campañas de litigio estratégico como herramientas de intervención política: sus orígenes <i>Maximiliano Campana</i>	581
Discusiones y consideraciones teóricas en torno a la desigualdad y exclusión en relación a mujeres, movimientos sociales y ONG's <i>Nerea Lucrecia Jodor</i>	603
Una aproximación trifásica a los conceptos de 'igualdad' y 'libertad': Esbozo de una propuesta analítica <i>Matías Parmigiani</i>	623
A la violencia por la desigualdad. Dimensiones (y objeciones) teóricas de la violencia de género <i>Mariana Sánchez Busso</i>	649
Creación de la Biblioteca de la Facultad de Derecho en Córdoba y otros datos históricos sobre esa dependencia universitaria (1889-1937) <i>Félix Torres</i>	677
Estudio introductorio al equilibrio reflexivo y a la función de los ejemplos en la investigación moral <i>Santiago Truccone Borgogno</i>	687
SECCIÓN IV BECARIOS DE PREGRADO	
La desigualdad en materia de género en Argentina: causas, características y perspectivas en el plano jurídico <i>Emilia Ferreyra</i>	713
Derecho a la ciudad. Análisis de la normativa de la ciudad de Córdoba <i>Sofía Pezzano</i>	717
ABSTRACTS	723

SECCIÓN I

**DERECHO PÚBLICO Y ANÁLISIS
DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

DESPROPORCIONALIDAD TERRITORIAL EN EL FEDERALISMO ARGENTINO

Algunas consideraciones acerca de la (Sobre) representación en la Cámara de Diputados de la Nación¹

*Cristian Altavilla*²

Resumen: A lo largo de la evolución constitucional de las principales instituciones políticas de nuestro país, es posible observar a través de un breve recorrido histórico cómo la conformación de la Cámara de Diputados fue variando en su composición en beneficio de provincias menos pobladas y en desmedro de aquellas más pobladas; identificando las principales normas (constitucionales o legales) que fueron modificando la base de su composición, es posible determinar los impactos que tales disposiciones han tenido sobre el sistema electoral y el sufragio, el sistema partidario y las relaciones intergubernamentales entre el gobierno nacional y las provincias.

Palabras clave: Representación - Cámara de Diputados - Federalismo - Sistemas Electorales.

INTRODUCCIÓN

Algunas consideraciones preliminares sobre de la representación: ¿A quiénes representan los diputados?

De acuerdo a la teoría francesa tradicional, desarrollada a partir de la Asamblea Nacional de 1789, el Parlamento, según su naturaleza, no es

¹ Artículo recibido 08/06/2017 – Aprobado para su publicación 05/10/2017.

² Abogado, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (UNC) y PhD Visiting en la Universidad de Bologna, Italia; Becario Postdoctoral de CONICET, e-mail: cristianaltavilla@hotmail.com.

más que el representante del pueblo, “cuya voluntad no puede manifestarse más que en los actos de aquél” (KELSEN, 2002:55). De ello se deriva la idea de que los diputados o parlamentarios representaban al pueblo en su conjunto, independientemente del distrito donde fueran elegidos: “En Inglaterra la idea se impone durante el siglo XVIII: los diputados representan al conjunto de la nación y no a la circunscripción particular que los ha elegido” (MANIN 1992:12), de ahí que la idea de mandatos expresos o instrucciones por parte de los electores fuera, desde siempre, rechazada (MANIN 1992). Ello responde a la idea de Nación como un todo único e indivisible – aun cuando se reconozcan divergencias de intereses, pensamientos, etc. dentro de su seno.

Con la creación del primer Estado federal a través de la Constitución norteamericana de 1787, la Convención de Filadelfia, con un sentido eminentemente pragmático, agrega a la Cámara de Diputados (*the House of Representatives* – ya tradicional en la estructura gubernamental de las ex colonias) una Cámara de Senadores, que tendrá como función la representación no ya del pueblo en su conjunto, sino de las unidades territoriales que componen la federación y que, como tales, conservan cierto grado de autonomía constitucionalmente garantizada. La institución que efectiviza dicha garantía constitucional es precisamente la Cámara de Senadores, de ahí que ésta sea una nota esencial en todo sistema federal³. De esta manera, la representación regional en el gobierno nacional es asegurada a través de una cámara alta de un parlamento bicameral, mientras que “la cámara baja representación a la población de la federación como un todo” (HERINGA y KIIVER 2009:48). Por ello, como sostienen los autores, “la Cámara de Representantes representa al pueblo de los Estados Unidos, antes que a los distintos estados” (2009:48).

Como en todo sistema federal, el argentino cuenta con dos cámaras, la Cámara de Senadores, donde las provincias encuentran paridad de representación (principio seguido por casi todas las federaciones actuales – a

³ La Convención Constituyente norteamericana diseñó esta especial estructura institucional con un sentido muy pragmático, tomando como modelo el bicameralismo del Parlamento británico, compuesto por la Cámara de los lores y la Cámara de los Comunes, distinción que radicaba en una cuestión social y no territorial. La creación del Senado permitió que las ex colonias, recelosas de sus poderes autónomos e independientes, aceptaran unirse bajo un mismo y único estado ya que contarían con una poderosa institución que velaría por sus poderes.

excepción de México y Alemania) y una cámara de diputados. La primera representa a las provincias en cuanto sujetos de la federación (no así a sus gobiernos ni sus habitantes⁴) y la segunda representa al pueblo de la nación. Así, la Constitución Nacional en su artículo 44 erige un órgano legislativo, llamado Congreso, con formato bicameral, estableciendo que se compondrá de dos cámaras: “una de diputados de la nación, y otra de senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires”. Confrontando el texto del art. 44 con el art. 45, que establece que “la Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el *pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la Capital* en caso de traslado, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado”, surge la pregunta: ¿A quiénes representan los diputados? ¿Al pueblo de la Nación en su conjunto o al pueblo de cada provincia?

La tradición francesa, según la cual, en principio, la Cámara de Diputados se compone de representantes del pueblo de la Nación, pareciera derivarse del art. 44. Así, por ejemplo, el art. 52 le atribuye la iniciativa exclusiva en “leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas” (similar al Art. 1, 7° Sección de la Constitución de EEUU), es decir, cuestiones que atañen de forma directa al pueblo, a la ciudadanía. Pero en una estricta interpretación literal del texto constitucional (que, como se verá más adelante, no es una mera especulación bizantina ni estrictamente semántica, por los efectos prácticos que esta cuestión conlleva), no termina por quedar del todo claro si la representación es del pueblo de la nación o de cada una de las provincias.

En primer lugar, se debe aclarar que la Constitución no utiliza la expresión “diputado nacional”, pero sí habla de una “Cámara de Diputados de la Nación” (Arts. 44, 49, 84) y el art. 49 habla de “diputados de la Nación”. En este sentido, la pregunta sigue vigente: ¿los *diputados de la nación*, lo son porque forman parte de un órgano nacional o porque efectivamente cada uno de ellos representa al pueblo de la nación en su conjunto?⁵.

⁴ De opinión contraria, BIDE GAIN (1996:34).

⁵ Así como se habla de diputado de la nación también se habla de “senador nacional” (Cláusula Transitoria Cuarta, in fine), siendo en este último caso evidente el calificativo de nacional por su pertenencia a un órgano de carácter nacional (la Cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Nación) ya que no cabe dudas de que éstos representan

De acuerdo a BIDART CAMPOS, “La cámara de diputados, según la norma escrita, representa al «pueblo» (o a la nación). Es la dogmática de la representación política en la teoría de la democracia popular” (1997:36). ALBERDI, al tratar sobre la composición del Congreso, y siguiendo el modelo norteamericano, es muy claro al respecto. En el capítulo XXII de sus *Bases* nos dice que, siguiendo el mecanismo del gobierno general de Norteamérica, “la ejecución del sistema mixto” que propone es realizable por la división del cuerpo legislativo general en dos cámaras: “una destinada a representar a las provincias en su soberanía local, debiendo su elección, en segundo grado, a las legislaturas provinciales, que deben ser conservadas; y otra que, debiendo su elección al pueblo de toda la República, represente a éste, sin consideración a localidades, y como si todas las Provincias formasen un solo Estado argentino.” (1994:61). Así, en este sistema mixto, las provincias serán iguales en la Cámara de Senadores, “teniendo cada una igual número de representantes en la legislatura general”, pero serán desiguales en la Cámara de Diputados, ya que “estarán representadas según el censo de la población, y naturalmente serán desiguales” (1994:61). Con respecto a la representatividad, será mucho más expreso en su proyecto de Constitución. El art. 61 de éste dice: “La Cámara de Diputados *representa la Nación en globo* y sus miembros son elegidos por el pueblo de las Provincias, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado. *Cada diputado representa a la Nación, no al pueblo que lo elige*”. Tanto la primera como la tercera (y última) parte de este artículo no fueron incluidas en el texto definitivo de 1853.

Pero en ALBERDI también se observa la misma contradicción que en la Constitución Nacional remarcada anteriormente. Así, mientras por un lado nos dice que los diputados representan a la nación como un todo y por ello deben “*su elección al pueblo de toda la República*”, en su Proyecto

a las provincias y no al conjunto de ellas. Así, el art. 44 también habla de “senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires”.

En este sentido, y como afirma BIDEAIN, “tanto diputados como senadores representan en el Congreso al *Pueblo de la Nación*, en virtud de elecciones realizadas separadamente en los *pueblos de las provincias* entre ciudadanos nacidos o radicados en sus respectivos territorios. En nombre del pueblo de la Nación comparten la atribución de dictar leyes que rigen en todo el país y obligan a sus habitantes, provincianos y porteños, cualesquiera sean sus lugares de radicación, una vez promulgadas y publicadas” (1996:33).

de Constitución (art. 61) dirá que “son elegidos por el pueblo de las Provincias, que se consideran a este fin como *distritos electorales de un solo Estado*” – expresión receptada finalmente en el art. 33 de la Constitución de 1853 sin matices, excepto por el agregado de los diputados de la capital que ALBERDI no menciona. Así, mientras en las *Bases* nos dice que los diputados deben “su elección al pueblo *de toda* la República”, pareciera estar proponiendo un sistema de elección de distrito único plurinominal (como el caso holandés), pero al decir en su Proyecto de Constitución que serán electos en cada provincia que se consideran “distritos electorales de un solo Estado”, está optando por un sistema electoral plurinominal de circunscripciones múltiples (una por cada provincia más la ciudad de Buenos Aires).

En el *Paper* No 39 de *El Federalista* (atribuido a James MADISON) se hace una clara distinción entre la Cámara de Representantes y la Cámara de Senadores: “La Cámara de Representantes derivará sus poderes del pueblo de América, y el pueblo estará representado en la misma proporción y con arreglo al mismo principio que en la legislatura de un Estado particular. Hasta aquí el gobierno *es nacional* y no federal. En cambio, el Senado recibirá su poder de los Estados, como sociedades políticas y coiguales, y éstas estarán representadas en el Senado conforme al principio de igualdad, como lo están ahora en el actual Congreso. Hasta aquí el gobierno *es federal* y no nacional” (2001:197). En cuanto a la forma de designación, nos dice que la Cámara de Representantes es elegida directamente por la gran masa del pueblo, mientras el Senado debe su designación indirectamente al pueblo. Resulta interesante la distinción que efectúa entre lo *federal* y lo *nacional*, conjugando así los principios de la representación popular propia del parlamentarismo con el principio de la representación territorial, la quintaesencia de la teoría federal (que podríamos decir, inaugurada en esta misma obra). En cuanto a lo nacional se deriva también la idea de que los representantes, los diputados, representan al pueblo de los Estados Unidos, es decir, a la nación toda. Pero el caso norteamericano cae también en la misma contradicción, ya que la constitución establece que “La Cámara de Representantes estará formada por miembros elegidos cada dos años por los habitantes de los diversos Estados” (Art. 1, 2º Sección), como así también que no podrá ser candidato aquél “que no sea habitante del Estado en el cual se le designe, al tiempo de la elección” (Art. 1, 2º Sección).

Volviendo al caso argentino, encontramos otras disposiciones que obscurecen aún más la idea. Además del art. 45, otras disposiciones de la Constitución parecen contradecir la idea de representación de la Nación toda: así, el art. 48, cuando dispone que todo diputado debe “ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella” (proviene del texto original de 1853, art. 33) y el art. 51 que declara que en caso de vacancia, es el “Gobierno de provincia, o de la Capital” quien “hace proceder a elección legal de un nuevo miembro”(esta disposición no estaba contenida ni en el proyecto de ALBERDI ni en el texto de 1853, sino que será incorporada en la revisión de 1860, art. 40).

Estas disposiciones parecen reñidas con la idea de representatividad nacional ya que tanto la cobertura de la vacancia por parte del gobierno provincial (y no por el gobierno nacional) como los requisitos de residencia resultan incoherentes con la representatividad nacional (ROSATTI 2011:268). Pero más importante resulta la disociación entre el sistema electoral adoptado y la idea de representatividad de la nación en su totalidad. Si los diputados representan al conjunto de la nación, deberían ser electos mediante un sistema de distrito único, considerando al país en su conjunto, para ser coherente con la representatividad nacional⁶, y no considerando a cada provincia como distrito único. En este sentido, tanto ALBERDI como los autores del *The Federalist Papers* (y tanto la Constitución argentina como la de Estados Unidos) no previeron la posibilidad de que un determinado sistema electoral tuviera la eficacia de cambiar la norma positiva. Así, mediante la elección por distritos (sean uni o plurinominales, como en el caso norteamericano y argentino, respectivamente) terminan convirtiendo a los diputados que por constitución son *nacionales* en representantes del pueblo de cada provincia o estado (o, en el caso de Estados Unidos, de cada distrito en que se dividen los respectivos Estados). Pues ellos se deben a sus votantes, es a ellos a quienes deben responder y es por ellos que son elegidos. El incentivo que ofrece este sistema electoral es que el candidato a diputado o representante nacional concentre sus propuestas y esté más preocupado por el electorado del distrito al que pertenece y no al país en su conjunto, como fuera de esperarse en un sistema que toma al país como distrito único. Más aún, estos autores pasaron por alto un

⁶ Como sucede en Holanda, Israel, Perú, Namibia y Sierra Leona. Estos países son ejemplos de parlamentos perfectamente proporcionales, es decir, donde sus miembros son elegidos en distrito único (SAMUELS y SNYDER 2001).

problema muy importante: la posibilidad de que una coalición de estados pequeños impidiera la actualización de la cámara acorde a los nuevos censos – que ha sido el caso muy particularmente en Argentina⁷.

A continuación se realizará un breve recorrido histórico sobre la composición de la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, considerando los cambios efectuados a lo largo de los últimos 170 años con especial interés en los efectos de sobrerrepresentación y/o de subrepresentación de las distintas normativas (constitucionales y legales) produjeron sobre la Cámara baja.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CONFORMACIÓN DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS

La Constitución de 1853 y las modificaciones de 1860

La Constitución de 1853 estableció, en el entonces art. 33, la base de un diputado por cada 20.000 habitantes, o de una fracción que no menor a 10.000⁸ y además estableció un número fijo de diputados por provincia, para la primera conformación de la Cámara y arbitrario por provincia, por carecerse todavía de censos nacionales sobre la población (ver Anexo 1 y Tabla N° 1).

Tabla N° 1. Proporción de diputados por habitantes

1853	1860	1898	1949	1957	1972	1983
20.000 hab.	20.000 hab.	33.000 hab.	100.000 hab.	33.000 hab.	135.000 hab.	161.000 hab.

⁷ Contestando una crítica de los antifederalistas respecto a que la Cámara de Representantes no aumentaría gradualmente a medida que el progreso de la población lo exigiera, MADISON (No. 58) contesta diciendo que la Casa de Representantes, con el pueblo de su lado y investido con el poder del Tesoro, será más que un partido para el Senado o el presidente si intentan frustrar cualquier aumento. Pero, “más aún, él no previó cómo una coalición de pequeños Estados podría prevenir aumentos periódicos en el tamaño de la Cámara” (CAREY y McCLELLANEN 2001:74).

⁸ El art. 63 del Proyecto de Alberdi también establecía una proporción de 20.000 hab., pero no contenía la frase referente a la fracción de 10.000 hab. Asimismo, este mismo artículo establecía que “ninguna provincia dejará de tener un diputado a lo menos”.

Pero en 1852 (mediante la Revolución del 11 de Septiembre) en vísperas de la reunión del Congreso Nacional Constituyente, Buenos Aires optó por la secesión de la Confederación, entre otras cuestiones porque no concordaba con el número de diputados que se le asignaron. Buenos Aires terminará por incorporarse, bajo la condición de examinar el texto constitucional de 1853. Las reformas producidas fueron muchas y muy importantes, en especial en lo que hace al fortalecimiento de las autonomías provinciales⁹. Pero con respecto a la Cámara de Diputados sólo produjo dos modificaciones: (a) agregó el requisito de residencia, incorporando al art. 36 del texto de 1853 el requisito de “ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella” (art. 40 del texto de 1860); y (b) Con respecto a la cláusula referente a la primera legislatura, que la Constitución de 1853 había fijado en seis diputados para la provincia de Buenos Aires y seis para la capital, en 1860 Buenos Aires se quedará con los doce diputados, ya que entre las modificaciones producidas se había eliminado del art. 3 la referencia a la ciudad de Buenos Aires como capital de la Confederación, sustituyéndose por una cláusula que estipulaba que la capital sería designada por ley del Congreso de la Nación con sesión de parte del territorio provincial donde se encuentre a través de la legislatura local. Por último, en lo que respecta a la proporción de diputados por habitantes dejó inalterado el texto del art. 33 de 1853 (quedando como art. 37 con las modificaciones de 1860).

Estas modificaciones incrementaron el poder autónómico de todas las provincias, pero en definitiva lo hacía principalmente respecto a Buenos Aires, la más poderosa, el *hegemon* de la federación (GIBSON y FALLETI 2004). Con el tiempo, sin embargo, en el plano institucional comenzaría a perfilarse un cambio significativo, paulatino y subrepticio que se traducirá en la constante sobrerrepresentación de las provincias del interior (menos pobladas y desarrolladas) en las instituciones federales. Éstas se vieron beneficiadas no solo en el Senado, donde se encontraban en igualdad de condiciones con Buenos Aires, sino también en la Cámara de Diputados – donde en principio y según el propio ALBERDI, primaría la desigualdad entre las provincias por su distinta población. Así, poco a poco, irían adquiriendo un poder institucional que vendría a compensar su debilidad económica frente a la poderosa Buenos Aires. Así, entre 1860 y 1872 la

⁹ Véase Hernández 2011.

Cámara de Diputados no muestra cambios en su composición, estando compuesta por el número de diputados que asigna a cada provincia el art. 37 (texto 1860), teniendo un total de 50 miembros.

El primer censo nacional y la nueva composición de la Cámara entre 1873 y 1880

Tras la realización del primer censo nacional en 1869 se procedería a la reconfiguración de la segunda legislatura, esta vez ya en base a la población de cada provincia. El censo arrojó una población total de 1.877.490 habitantes. Como se observa en el Anexo N° 1, en la nueva composición todas las provincias ven aumentado su contingente de diputados, a excepción de tres: Jujuy, La Rioja y Mendoza. La que más aumenta es Entre Ríos, en un 250% (pasando de 2 a 7 diputados) y Buenos Aires, en un 108% (pasando de 12 a 25), Santa Fe en un 100% (pasando de 2 a 4), Córdoba en un 83% (pasando de 6 a 11) y Santiago del Estero en un 75% (pasando de 2 a 7); Corrientes aumenta en dos diputados y San Juan, San Luis, Catamarca y Salta aumentan en un diputado. La Cámara pasa a conformarse con un total de 86 diputados. Ya en esta conformación de la Cámara Baja se ve reflejado el cambio demográfico que comienza a experimentar el país tras las primeras olas migratorias, que beneficiarán casi exclusivamente la zona pampeana central.

La federalización de la ciudad de Buenos Aires, el segundo censo (1895) y la reforma constitucional de 1898

En el período 1881-1897 se produce un cambio importante en la conformación de la Cámara baja: en 1880 el Congreso dictó la ley N° 1029 (del 24 de agosto) que declara capital de la República a la ciudad de Buenos Aires, quedando federalizada y por tanto separada del territorio de la provincia homónima¹⁰. Como consecuencia de ello, de los 25 diputados correspondientes a la provincia, 9 pasan a ser diputados de la

¹⁰ Es decir que entre 1862 (cuando las autoridades nacionales se trasladan de Paraná a la ciudad de Buenos Aires) y 1880 el país no contó, de iure, con una capital, sino que la tuvo de facto en la ciudad porteña (como también lo había sido la ciudad de Paraná entre 1853 y 1862).

capital. De esta manera, la provincia pierde el 36% de su contingente legislativo. En el resto de las provincias no se produjeron cambios sino recién con la realización del segundo censo nacional realizado en 1895 (26 años después del primer censo). El censo poblacional de 1895 arrojaría un aumento de la población de casi el doble: pasando de 1.877.490 en 1869 a 4.044.911 en 1895 (es decir, un aumento del 115%). Este censo pondrá de resalta el aumento demográfico producido por las olas migratorias, principalmente europeas, mucho más significativo que el censo anterior y con mayor concentración en la zona pampeana central. Por ello, y por la desproporcionalidad que de acuerdo al censo dejaría en la Cámara con respecto a las provincias más pobladas, en 1898 se produce una nueva reforma constitucional que volvería a cambiar la base poblacional para determinar la cantidad de diputados que correspondería a cada provincia¹¹. De esta manera se modifica el art. 37 (según modificación de 1898, actual art. 45, 2º parte) por el que se establece que “el número de representantes será de uno por cada 33.000 habitantes, o fracción que no baje del número de 16.500”. Además, se dispuso que “Después de la realización de cada censo, el congreso fijará la representación con arreglo al mismo, *pudiendo aumentar pero no disminuir* la base expresada para cada diputado” – una cláusula que permitiría flexibilizar la composición de la Cámara sin necesidad de reformar la Constitución. De esta manera, se aumenta la base poblacional, pasando de 20.000 a 33.000 habitantes, medida que afectaría a las provincias más pobladas, en particular a la de Buenos Aires.

De acuerdo a esta nueva disposición, encontramos que en la composición de la Cámara de Diputados en el período 1898-1919, dos provincias pierden representación: Santiago del Estero pierde dos diputados de los siete que contaba en la composición anterior y Catamarca uno de los cuatro, quedando con tres. Otras seis provincias (Córdoba, Jujuy, La Rioja, Salta, San Juan y San Luis) quedan con la misma cantidad de diputados. Las restantes siete provincias aumentan su caudal de diputados: Corrientes aumenta en uno (quedando con 7 diputados); Entre Ríos y Tucumán aumentan en 2 (con un total de 9 y 7, respectivamente); Buenos Aires, la Capital y Santa Fe serán las más beneficiadas: Buenos Aires aumenta en un 75% su representación, pasando de 16 a 28; la Capital en un 122%,

¹¹ La reforma de 1898 tuvo solo dos objetivos: cambiar la base de habitantes por diputado del art. 37 y el número de ministros del entonces art. 87.

pasando de 9 a 20 y la más beneficiada de todas, Santa Fe, en un 200%, pasando de 4 a 12.

A pesar del aumento en la representación de estas provincias grandes, se observa un claro efecto de *subrepresentación* respecto de ellas. Al comparar las distintas bases, y si bien es cierto que todas las provincias pierden representación (con excepción de Jujuy que quedaría igual), de haberse mantenido la base anterior de 20.000 habitantes, encontramos que a las provincias más grandes les hubiese correspondido un contingente mucho mayor: así, del conjunto de provincias que habían aumentado significativamente su población, es decir, las pertenecientes a la zona pampeana, pierden un contingente importante de diputados: Buenos Aires recibe 18 diputados menos, la Capital 13, Santa Fe 8, Córdoba 7 y Entre Ríos 6 (REYNOSO 2012). El total de la Cámara queda en 120 diputados (de no haber operado la reforma, hubiera sido de 193 diputados).

Principios del s. XX y las reformas del gobierno justicialista

En 1914 se producirá el tercer censo nacional de población, arrojando un total de 7.903.662 habitantes (una tasa de crecimiento del 95% respecto del anterior censo de 1895). A pesar de la realización del censo, el aumento población no se vio reflejado en la composición de la Cámara de Diputados, ya que su composición se mantendría sin modificaciones hasta 1920. En la nueva composición de 1920 (que se mantendrá inalterada durante 32 años, es decir, hasta 1952) se observa que dos provincias, Salta y Catamarca, pierden un diputado cada una; otras siete conservan el mismo número respecto del período anterior (Corrientes, Entre Ríos, Jujuy, La Rioja, San Juan, San Luis y Tucumán); mientras las restantes seis aumentan: Capital aumenta un 60%, con 12 diputados más, Santa Fe en un 58%, con siete diputados más, Mendoza un 50% con dos diputados más, provincia de Buenos Aires un 50%, con 14 diputados más, Córdoba un 36% con 4 diputados más y Santiago del Estero aumenta un 20%, con un diputado más. La Cámara aumenta su número total a 158 diputados.

Sin embargo, esta adecuación del número de diputados no sigue la base dispuesta en 1898, es decir, de un diputado cada 33.000 hab., sino que lo es, de acuerdo a REYNOSO (2012), de 49.000 habitantes. Ello es así ya que no coincide el total de la Cámara con el total de la población que arrojó el censo de 1914. Esta medida también vino a perjudicar a las

provincias más grandes ya que de seguirse el censo de 1914, a Buenos Aires le hubieran correspondido 63 diputados (pierde 21), a la Capital 48 (pierde 16), a Córdoba 22 (pierde 7) y Santa Fe 27 (pierde 8). Nuevamente se observa aquí un claro efecto de subrepresentación de las provincias grandes, mientras las provincias más chicas y menos pobladas mantienen una representación similar a la que tenían en períodos anteriores.

En la reforma constitucional de 1949 se aumentó la proporción de diputados-habitantes pasando de 33.000 o fracción que no baje de 16.500 a 100.000 habitantes o fracción que no baje de 50.000 y se dispuso expresamente que “la representación por distrito no será inferior a dos” (art. 42, texto de 1949)¹². Será así la primera vez que se establece expresamente una cláusula de *sobrerrepresentación*, consistente en un mínimo de dos diputados por provincia¹³. La elevación de la base poblacional volvió a tener un claro efecto de *subrepresentación* para los distritos más poblados.

Luego, en 1951 (mediante Ley N° 14.032, del 11/07/1951), se estableció el sistema uninominal por circunscripciones exclusivamente para la elección de diputados nacionales¹⁴ y se redujo al mismo tiempo el número de circunscripciones de las provincias de Buenos Aires, Córdoba, Entre

¹² La reforma de 1949 produjo un gran cambio en la Constitución de 1853/60 estableciendo, respecto de la forma de elección de los diputados, el voto directo y a través de distritos uninominales con mayoría simple quienes además durarían seis años, podían ser reelectos y la renovación de la Cámara se haría cada tres años (art. 44).

¹³ Se reconoce así por primera vez esta disposición en el texto constitucional y luego receptado en la legislación ordinaria. Muchos autores sostienen que estas disposiciones vienen a refrendar una tradición de reconocer al menos dos diputados a cada provincia lo que se desprendería de una interpretación armónica de los arts. 45 y 46, de donde se podría extraer el principio de *representación mínima de dos legisladores por provincia*, que fuera aplicado invariablemente. Nunca una provincia contó con menos de un diputado.

¹⁴ Ley N° 14.032, de 1951, se establece el voto uninominal por circunscripciones electorales, medida esta que causó un gran impacto en la conformación del Congreso. Para 1952 la renovación de la Cámara de Diputados fue total (Disposición Transitoria 6°, Constitución de 1949), el partido de gobierno (Partido Peronista) obtuvo el 90% de los escaños con solo el 60% de los votos – los partidos más pequeños quedaron sin representación alguna en la Cámara. Para 1952, la Cámara de Diputados se componía de 135 diputados del Partido Peronista y por 14 de la UCR (único partido opositor) sobre un total de 155 y para 1955, 139 diputados serían del Partido Peronista y sólo 12 de la UCR de un total de 157 (el 92,36% y el 7,64%, respectivamente). Para un análisis más detallado, puede verse ALTAVILLA 2014.

Ríos y Santa Fe, siendo igual al número de diputados hasta entonces, menos dos y en 1953 (Ley N° 14.292, del 04/12/1953) se modifica la anterior ley disponiendo que en los distritos electorales de Buenos Aires, Córdoba, Entre Ríos y Santa Fe el número de circunscripciones será igual al de los Diputados que les corresponda elegir menos uno (y no menos dos). En uno y otro caso, el resto de las provincias no se modificó, aunque el número global de la Cámara sí lo hizo, atento a la incorporación de las nuevas provincias: entre 1953-1954 se incorporarán 4 diputados por Chaco y dos por La Pampa, haciendo un total de 155 diputados; y en 1955 se incorporarán dos diputados por la nueva provincia de Misiones, haciendo un total de 157 diputados. Entre 1953 y 1954 la composición de la Cámara, de acuerdo a las nuevas disposiciones introducidas en 1953, arroja un único aumento para la provincia de Buenos Aires, con un diputado más; siete provincias (Catamarca, Córdoba, Jujuy, La Rioja, Mendoza, Salta y San Juan) mantendrán el mismo número de diputados que en el período anterior, mientras que las restantes siete pierden representación en la Cámara: Capital, Corrientes y Santa Fe pierden dos diputados, Entre Ríos, San Luis, Santiago del Estero y Tucumán pierden uno.

La reforma del '49 tendría vigencia hasta 1957, cuando el gobierno de facto instaurado en 1955 la deroga reestableciendo el texto de 1853 (con las reformas de 1860, 1866 y 1898), pero en 1959, mediante Ley N° 15.264, se establece un mínimo de dos diputados por provincia (REYNOSO 2012:165). Al retornarse al texto de 1853 con las modificaciones de 1898, la base de habitantes por diputado vuelve a ser la de 33.000 habitantes. Sin embargo, la composición de la Cámara de Diputados entre 1958 y 1966 no se condice con este coeficiente, sino con el de un divisor de 85.000 (REYNOSO 2012:166). Nuevamente se aumenta la base poblacional, perjudicando de esta manera a las provincias más pobladas.

A pesar de esta medida tendiente a la *subrepresentación*, encontramos que las provincias más pobladas aumentan el número de sus bancas respecto a la composición de 1955: Buenos Aires aumenta en 7 (quedando con 50 diputados), la Capital aumenta en 5 (quedando con 35), Córdoba en 4 (con un total de 19) y Santa Fe aumenta en 3 (con un total de 20); otro grupo de siete provincias aumentan un diputado (Santiago que queda con 6, Tucumán con 7, Mendoza con 7, Misiones con 3, Entre Ríos con 9, Corrientes con 6 y Chaco con 5); otro grupo de 7 provincias mantienen la misma representación que en 1955: Catamarca (2), Jujuy (2), La Pampa (2), La Rioja (2), Salta (3), San Juan (3) y San Luis (2). A ellas se agregan

las nuevas provincias de Chubut, Formosa, Neuquén, Río Negro y Santa Cruz, con dos diputados cada una, haciendo un total de 193 diputados y aumenta el número de distritos de 18 a 23.

En 1960 se produce el quinto censo nacional que arroja una población de 20.013.793. Sin embargo la composición de la Cámara no se modificará hasta 1973 cuando después un largo período de golpes de Estado e interrupciones institucionales, se convoca a elecciones democráticas.

ANTECEDENTES INMEDIATOS DE LA CONFORMACIÓN ACTUAL DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS

Las Reformas de 1972

Previo a la transición democrática, en 1972 se sanciona un nuevo código electoral (Decreto-Ley N° 19.862) que establece una nueva base poblacional, siendo de un diputado por cada 135.000 habitantes o fracción que no baje de 67.500, añadiendo 3 diputados a cada provincia. Esta cláusula no establece un piso mínimo (que beneficiaría exclusivamente a las provincias menos pobladas), sino que *añade* a cada provincia tres diputados (con lo cual todas las provincias ven aumentado en tres el número de bancas que les corresponden). El entonces Territorio Nacional de Tierra del Fuego contaría con dos diputados, a pesar de que el texto constitucional establece que los diputados corresponden sólo a las *provincias* y a la *capital*.

De acuerdo a estas disposiciones, y a los 23.364.431 habitantes que habían arrojado el sexto censo nacional de 1970, la nueva composición de la cámara para el período 1973-1976 arrojaría un aumento para casi todas las provincias respecto del período anterior (1958-1966), a excepción de Entre Ríos que mantiene sus 9 diputados y de la Capital que pierde 10 diputados y Córdoba y Santa Fe que pierden uno cada una. Corrientes y Santiago del Estero aumentan en un diputado (con un total de 7 las dos), otras 9 provincias aumentan en dos diputados (Catamarca, Chaco, Chubut, La Pampa, La Rioja, Neuquén, San Luis, Santa Cruz y Tucumán), otras 6 aumentan en tres diputados (Formosa, Jujuy, Mendoza, Misiones, Río Negro y San Juan) y Salta aumenta en cuatro, quedando con 7 diputados. Finalmente, la provincia de Buenos Aires da un gran salto con 18 diputados más (un aumento del 36% respecto del período anterior), quedando con

68 diputados. Estas reformas (tanto a través del Código Electoral como del Estatuto Fundamental, que introdujo importantes modificaciones a la parte orgánica del texto constitucional) son los antecedentes inmediatos del sistema electoral actual (no solo en lo que respecta a la elección de diputados, sino también a la de presidente y senadores), siendo varias de sus disposiciones receptadas en 1982 y luego en 1994, en la reforma del texto constitucional.

Las reformas electorales previas a la transición democrática de 1983

En las antecelas de la transición democrática, el gobierno de facto (1976-1983), ideó una reforma electoral que, aunque mucho más amplia en su plan original (ADROGUÉ 1995, SAN MARTINO DE DROMI 1988, ALTAVILLA 2014 y 2016), buscaría quebrar el bipartidismo, permitiendo la entrada en escena de otros partidos políticos. Aprovechando las experiencias pasadas donde ciertos experimentos institucionales habían puesto de resalto cómo, a través de ciertas reglas electorales y de requisitos en la constitución y desempeño de los partidos políticos, se podía pasar de un régimen bipartidista hacia uno multipartidista y viceversa (como sucedió en 1958, en 1963 y en 1972¹⁵).

Así, la Ley N° 22.838 (del 23 de junio de 1983) establecería el nuevo sistema electoral a emplear en las próximas elecciones para diputados nacionales, de electores de presidente y vicepresidente de la Nación y de electores de senadores por la Capital Federal. Respecto a la elección

¹⁵ En todos estos casos se habían adoptado un sistema de representación proporcional, específicamente en su modalidad D'Hondt, en contraposición a los sistemas electorales que venían rigiendo con anterioridad, el mayoritario puro (entre 1860 y 1912 y luego entre 1932 y 1946) y el mayoritario con representación de la minoría (Sistema de Grey o sistema de 2/3) entre 1912 y 1930 y reinstaurado nuevamente a partir de 1946. En 1957, para las elecciones a convencionales constituyentes se implementaría por primera vez el sistema proporcional D'Hondt y el resultado de tales elecciones arrojó una convención constituyente compuesto por un enorme número de partidos políticos nacionales y provinciales como expresiones territoriales de los partidos mayoritarios. Las elecciones legislativas posteriores, realizadas en 1958 (junto con las presidenciales), arrojaron un resultado totalmente distinto. Con la intención expresa de evitar un Congreso multipartidista, se implementaría el sistema de lista incompleta, lo que dio como resultado un Congreso polarizado únicamente entre dos fuerzas políticas (ambas expresiones de la UCR, la UCR Intransigente y la UCR del Pueblo).

de diputados nacionales, dispuso la aplicación del sistema proporcional D'Hondt. Por su parte, el Decreto-Ley N° 22.847, en su art. 3° dispuso tres medidas importantes respecto a la composición de la cámara baja: (1) “El número de diputados nacionales a elegir será de uno por cada 161.000 habitantes o fracción no menor de 80.500; (2) A dicha representación se agregará, por cada distrito, la cantidad de tres (3) diputados, no pudiendo en ningún caso ser menor de cinco (5) diputados ni inferior a la que cada distrito tenía al 23 de marzo de 1976; y (3). El Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sud, elegirá dos (2) diputados”. Por su parte, el séptimo censo nacional celebrado en 1980 arrojó una población de 27.947.446 habitantes.

Esta reforma tendría dos efectos muy importantes para el sistema de partidos argentino, redefiniendo las reglas del juego electoral y de participación política para los próximos años de democracia (efectos que aún hoy pueden observarse): daría mayor representación a las provincias más chicas y quebraría el bipartidismo, propiciando la emergencia de un gran número de partidos políticos en ambas cámaras del Congreso, fundamentalmente de carácter provincial. Estas fuerzas provinciales tendrían una efectiva performance en sus propias provincias y, a través de estas, en la arena nacional; varias lograron hacerse del gobierno de sus respectivos distritos y otras posicionarse como segunda o terceras fuerzas frente a los dos partidos nacionales mayoritarios. Esta posición se refuerza en el orden nacional, si se considera el segundo efecto importante que la reforma tuvo, es decir, el efecto redistributivo, que aumenta a 5 el número mínimo de diputados por provincia, incrementando sensiblemente la representación de las provincias chicas, mientras que las provincias grandes continúan con el mismo número de diputados.

Con la nueva composición de la Cámara entre 1973-1976, se observa el aumento de un diputado en nueve provincias (Catamarca, Chubut, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Misiones, Neuquén, San Luis y Santa Cruz – todas quedan con 5, a excepción de Misiones que queda con 7), Buenos Aires aumenta en 2, quedando con 70. El resto de las provincias queda con la misma cantidad de diputados que el período anterior y al Territorio Nacional de Tierra del Fuego se le asignan dos diputados, quedando una cámara con un total de 255 diputados. De acuerdo a las tres reglas de distribución establecidas en el art. 3° del Decreto-Ley N° 22.847, seis provincias pequeñas se ven beneficiadas sobre el resto, ya que con la base poblacional

y aun con los tres diputados extras, no llegaban a los cinco diputados: San Luis, Catamarca, La Pampa, Neuquén, La Rioja y Santa Cruz.

Al provincializarse Tierra del Fuego (el último territorio nacional) en 1992, se le asignan tres diputados más, contando así con el mínimo de 5 diputados con que cuentan todas las provincias, y haciendo un total de 257 diputados, que es el número actual de la Cámara. Esta será la última modificación a la composición de la Cámara de Diputados de la Nación, a pesar de que con posterioridad se realizaron censos nacionales en 2001 y en 2010 y que, de acuerdo a la normativa constitucional, debieran haberse utilizado para adecuar la composición de la cámara baja. Sin embargo ello no ha ocurrido. Esta composición es una de las que mejor y de manera más evidente representa los efectos de subrepresentación y de sobrerrepresentación en la Cámara de Diputados, donde las provincias grandes cuentan con un número de representantes muy inferior al de su población y las provincias chicas se ven beneficiadas con mayor cantidad de representantes que exceden la cantidad de sus respectivos habitantes.

La reforma constitucional de 1994

En 1994 se produce una gran modificación al texto constitucional de 1853/60 (con las modificaciones de 1860, 1866 y 1898). En lo que respecta a la composición de la Cámara de Diputados, produjo dos modificaciones importantes: (a) se añaden diputados por la ciudad de Buenos Aires, ya que a partir de esta reforma la ciudad tendrá un régimen autonómico especial según el art. 129; y (b) se mantienen diputados por la capital federal en caso de trasladado a otro punto del país. Así, el art. 45 dispone que “la Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las *provincias*, de la *ciudad de Buenos Aires*, y de la *Capital* en caso de traslado”. De esta manera, como sostiene BIDART CAMPOS, la composición de la Cámara baja pasa a ser tripartita: a) diputados por cada provincia; b) diputados por la ciudad de Buenos Aires; c) diputados por la capital federal (1997:34).

Como no ha habido traslado de la capital, la cámara baja mantiene la misma composición que en 1992, cuando se agregan los tres diputados de la nueva provincia de Tierra del Fuego.

¿Cómo debiera ser la composición actual de la Cámara de Diputados considerando la población actual y las prescripciones constitucionales al respecto?

Como se muestra en el Anexo N° 1, la composición actual de la Cámara de Diputados dista mucho de lo que debiera ser si se tienen en cuenta los datos oficiales del último censo nacional del año 2010 y las disposiciones constitucionales. Para realizar este cálculo, hemos dejado de lado las prescripciones del art. 3° del Decreto-Ley N° 22.847 referentes al plus de tres diputados por provincia y la que dispone que ninguna debe tener menos de cinco diputados, ya que estas disposiciones podrían contrariar la Constitución nacional, al desnaturalizar el principio democrático y la garantía de igualdad electoral, traducido en el principio de “un ciudadano, un voto” (Confr. GELLI 2004:447-8). En cambio, sí hemos dejado la base poblacional para determinar los diputados fijada en uno por cada 161.000 habitantes o fracción no menor de 80.500, ya que la propia Constitución, en su art. 45 *in fine*, establece que “después de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo, *pudiendo aumentar pero no disminuir* la base expresada para cada diputado”. Cabe aclarar asimismo que el Decreto-Ley N° 22.847 no es una disposición que emanara del Congreso, sino de un gobierno *de facto*.

Tomando así el dato poblacional de cada provincia según el censo nacional de 2010 y la base de 161.000 habitantes (o fracción no menor de 80.500), encontramos un importantísimo sesgo de *sobrerrepresentación* para las provincias menos pobladas y un sesgo de *subrepresentación* para las más pobladas. Así, por ejemplo, de acuerdo a estos cálculos, 12 provincias no llegarían a tener los cinco diputados que actualmente tienen (Jujuy, Río Negro, San Juan, Chubut, Formosa, Neuquén, San Luis, Catamarca, La Pampa, La Rioja, Santa Cruz y Tierra del Fuego); Asimismo, encontramos que, según la composición actual, cuentan con un diputado más tres provincias (Entre Ríos, Corrientes y Río Negro), dos diputados de más otras siete provincias (Santiago del Estero, Jujuy, San Juan, Chubut, Formosa, Neuquén y San Luis), tres diputados de más otras cuatro provincias (Catamarca, La Pampa, La Rioja y Santa Cruz) y finalmente una provincia, Tierra del Fuego, tiene cuatro diputados más. En conclusión, encontramos que 16 provincias se encuentran sobrerrepresentadas, mientras otras tres mantendrían la misma cantidad de diputados tanto en la composición hipotética como en la actual (Tucumán, Chaco

y Misiones). Siguiendo este cálculo, se observa que cinco provincias se encontrarían subrepresentadas: Buenos Aires (con 27 diputados menos), Córdoba (con tres diputados menos), Santa Fe, Mendoza y Salta (con uno menos cada una). Por último, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debiera contar con 18 diputados en vez de los 25 que actualmente tiene (es decir que cuenta con 7 diputados de más) – una tergiversación que quedó de la composición de 1973.

LA DESPROPORCIONALIDAD TERRITORIAL

La desproporcionalidad territorial se da “cuando a las distintas unidades geográficas les son asignados un porcentaje de escaños legislativos distinto al porcentaje de población que tienen (Monroe, 1994: 138)” (SAMUELS y SNYDER 2001:33) o en otras palabras, cuando hay una “discrepancia entre el porcentaje de asientos legislativos y el porcentaje de población de las distintas unidades geográficas” (2001:31). ¿Cuáles son las consecuencias de estas distorsiones en la representación? Evidentemente los efectos son muchos, en particular a lo que hace a las relaciones intergubernamentales y a los principios del sistema electoral. Considerando esto último, el primer impacto que se observa es que se afecta el principio *un ciudadano, un voto*: “En un sistema territorialmente desproporcionado [...] los votos de algunos ciudadanos valen más que los votos de otros ciudadanos. En el caso extremo, un sistema territorialmente desproporcionado le otorgaría a un único individuo un distrito electoral (por ejemplo, su hogar), un voto, y todos los asientos legislativos. El resto de la población tendría todos los votos salvo uno, pero ningún asiento legislativo. Aun cuando ningún sistema electoral en el mundo real se aproxime a este extremo, todos exhiben cierta desproporción territorial. Por tanto, la desproporcionalidad territorial parece ser una característica común de la mayoría de los sistemas electorales.” (SAMUELS y SNYDER, 2001: 33).

Así por ejemplo, si tomamos los casos extremos de la provincia de Buenos Aires y de La Pampa, encontramos una enorme diferencia en la cantidad de votos necesarios para acceder a una banca. Tomando los datos de las elecciones de 2015, donde las provincias renovaron la mitad de sus bancas de diputados nacionales, podemos observar que en el caso de la provincia de Buenos Aires, con un padrón electoral de 11.861.894 votantes y donde se renuevan 35 de sus 70 bancas, serían necesarios

338.911 votos para conseguir una de aquellas 35 bancas; en cambio, en La Pampa¹⁶ con un padrón electoral de 274.702 votantes, solo se necesitan apenas 137.351 votos para obtener una de las dos bancas que renovaba en 2015. En cambio, si se aplicase la composición hipotética (según censo 2010 y sin piso mínimo), los números cambian rotundamente. Buenos Aires hubiera renovado 48 de las 97 que le correspondería, necesitando así 247.123 votos para obtener una banca, y La Pampa hubiera necesitado 274.702 votos para obtener una de las dos bancas que le correspondería. Encontramos así una diferencia de 91.788 votos entre el caso hipotético y la composición real actual respecto del caso de Buenos Aires y unos 137.351 votos en el caso de La Pampa.

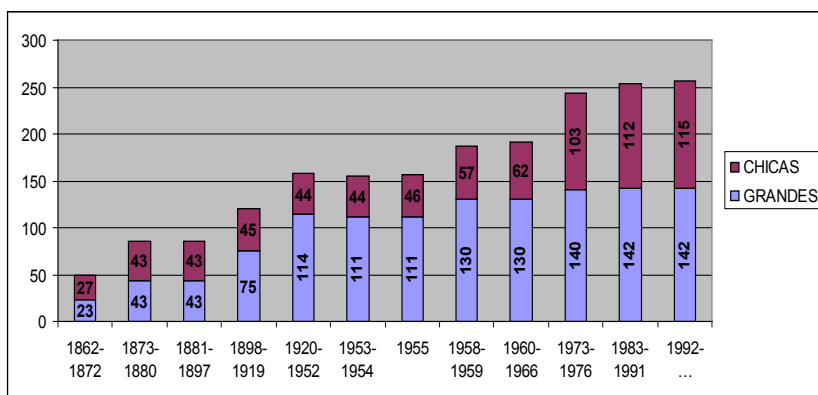
Este ejercicio sirve para poner de resalto las importantes distorsiones de que adolece la Cámara de Diputados y cómo históricamente se fueron profundizando y arraigando en el sistema político argentino. El congelamiento que ha sufrido la Cámara de Diputados en los últimos 33 años de democracia ha impedido que “el poder relativo de las provincias en la cámara baja esté en relación con la población” (REYNOSO 2012:176). Por otro lado, la coincidencia entre el distrito electoral y los límites geográficos de las provincias ha desnaturalizado la razón de ser de la Cámara de Diputados en tanto representante del pueblo y no de las provincias. Esta coincidencia ofrece fuertes incentivos a los candidatos de centrar sus propuestas en las problemáticas de sus respectivas provincias y no de la población en general. En este sentido, los diputados no difieren mucho de los senadores. La naturaleza simétrica del Congreso, en cuanto ambas Cámaras tienen idénticas competencias en el proceso legislativo, y la elección directa de ambos tipos de representantes a partir de 1994, refuerzan esta confusión. El impacto que ello trae sobre la *territorialización* del sistema de partidos es también incuestionable (ALTAVILLA 2011, 2014, 2016).

En lo que respecta a las relaciones intergubernamentales, si agrupamos las provincias en grupos de acuerdo a su cantidad poblacional, salta a la

¹⁶ El caso extremo en realidad sería con la provincia de Tierra del Fuego, que se ve sobrerrepresentada con cuatro diputados más, como puede observarse en la última columna del Anexo N° 1. Sin embargo, no tomamos este caso dado que según su población actual no alcanzaría a tener una banca, ya que tiene una población de 127.205, es decir, inferior a los 161.000 dispuesto por ley. Pero aun en este caso, le corresponde una, porque supera la fracción de 80.500. En este caso se justificaría la incorporación de un diputado más, siguiendo la tradición y fundamentalmente por la complicación que presentaría la renovación parcial de la Cámara.

vista los efectos de sobrerrepresentación para las menos pobladas y de subrepresentación para las más pobladas. Como muestra el Gráfico N° 1, podemos observar cómo un conjunto de 19 provincias que representan el 33,3% de la población total del país y el 16,30% del PBG nacional, prácticamente quedan equiparadas a las provincias más pobladas, que representan el 83,70% del PBG y el 66,70% de la población total del país. Así, el conjunto de provincias chicas representa el 45% de la Cámara baja (115 diputados) y las cinco provincias grandes el 55% (con 142 diputados). Estos datos son cruciales para entender las relaciones intergubernamentales entre el gobierno federal y las provincias y las coaliciones que se generan entre éstas últimas (ALTAVILLA 2014b y 2016).

Gráfico N° 1: Número de Diputados por distrito, por grupo de provincia (1862-1992).



Fuente: elaboración propia en base a MOLINELLI *et al.* 1999:114.

Como puede observarse en este recorrido histórico, las primeras distorsiones en la composición de la Cámara de Diputados empiezan a registrarse a principios del siglo XX. Tras la realización del censo poblacional en 1914, que arrojó un aumento muy importante de la población, el mismo no fue utilizado para actualizar la composición de la cámara, sino recién en 1920 y cuando se lo hizo en este año, se observa que la adecuación del número de diputados no sigue la base dispuesta en 1898, sino una mayor (REYNOSO 2012), lo que repercutió negativamente en el contingente legislativo de las provincias grandes. Durante el peronismo también se observan las primeras medidas tendientes a la sobrerrepresentación que

expresamente se incluyen en el texto de la Constitución del '49, y luego en las reformas de 1958, de 1973 y finalmente en las de 1983.

Los primeros aumentos importantes (como el de 1873, de 1898 y el de 1920) se debieron a la actualización de la cantidad de diputados según los censos nacionales. En 1953 hubo – por primera y única vez – una disminución de las bancas, pasando de 158 a 155 (tres bancas menos) que sufren las provincias grandes. Esto se debió al aumento del número de habitantes por bancas que, al mismo tiempo, mantuvo el número mínimo de dos bancas por provincia y se suman dos nuevas provincias (Chaco y La Pampa). En 1958 hubo un aumento de 32 bancas (pasando a un total de 187) donde casi todas las provincias aumentan, sumando a ello la incorporación de cinco nuevas provincias (Neuquén, Santa Cruz, Chubut y Formosa – todas con una banca – y Río Negro – 2 bancas). En 1960 hubo un nuevo aumento, pero benefició sólo a las provincias chicas. Por último, en 1973 y luego en 1983 hubo dos grandes aumentos claramente redistributivos, donde las provincias chicas aumentan exponencialmente sus bancas.

De acuerdo a las disposiciones constitucionales (art. 45, 2º parte), la realización de los censos – que se prevé cada 10 años – obliga al Congreso de la Nación a modificar la asignación de escaños por provincia según los resultados que arrojen y el coeficiente establecido por la Constitución o la legislación ordinaria. Esta disposición, sin embargo, no se ha cumplido en las últimas décadas. En parte porque la reasignación de nuevos escaños según los datos que arrojaron los sucesivos censos nacionales (1869, 1895, 1914, 1947, 1960, 1970, 1980, 1991, 2001, 2010) aumentaban desproporcionadamente el número de escaños para las provincias grandes, por lo que siempre se introdujeron medidas tendientes a contrarrestar esta realidad, elevando, por ejemplo, el mínimo de diputados por provincia, favoreciendo a las provincias más chicas, utilizando un divisor aún mayor al fijado por ley o bien directamente no actualizando la composición por décadas: “González Calderón... señala que la realización de los censos fue obstruida por los representantes del interior debido a sus consecuencias sobre el equilibrio político en la Cámara Baja” (BIDEGAIN 1996:43).

Así, en primer lugar, cabe resaltar que no se ha respetado la normativa que manda hacer censos de población cada diez años: Desde el primer censo nacional realizado en 1869 hasta la actualidad, se han realizado en total 10 censos (ver Tabla N° 3). De haberse respetado la norma, debieron

ser 15 (siendo el último en el año 2009). Aun así, en segundo lugar, la vez que se realizaron los censos tampoco se procedió a la recomposición automática de la Cámara, como puede observarse en la Tabla N° 3, hubieron demoras de entre 4 y 6 años¹⁷, pero la más llamativa de todas es la demora actual: en 2010 se realizó el último censo y la última actualización de la Cámara fue en 1983, es decir que han pasado 33 años sin que se adecue la cantidad de representantes con la cantidad de la población actual (en 1992 se incorporan los tres diputados por Tierra del Fuego, pero no se actualiza de acuerdo al censo).

Tabla N° 3. Censos nacionales y actualizaciones de la Cámara de Diputados de la Nación (desde 1869)

	Año	Población	Tasa de crecimiento entre censos	Años entre censos	Actualizaciones de la Cámara	Años entre Actualizaciones y censos
1	1869	1.877.490	-		1873	4
2	1895	4.044.911	115,40%	26	1898	3
3	1914	7.903.662	95,40%	19	1920	6
4	1947	15.893.811	101,10%	33	1953	6
5	1960	20.013.793	25,90%	13	1960	0
6	1970	23.364.431	16,70%	10	1973	3
7	1980	27.947.446	19,60%	10	1983	3
8	1991	32.615.528	16,70%	11	1992	1
9	2001	36.260.130	11,20%	10	1992	-9
10	2010	40.091.359	10,60%	9	1992	-18

Nota: Las actualizaciones de los años 1860, 1881, 1955, 1958 y 1992 se debieron a incorporaciones de nuevos distritos, no a aumentos de población.

Fuente: Elaboración propia en base a datos del INDEC.

¹⁷ Sin embargo, estos retrasos están justificados ya que la operación de los censos draba entre tres y cuatro años, según declaró el convencional Olaechea y Alcorta en la Convención de 1898 (Diario de sesiones de la Cámara de Senadores, Volumen 1, sesiones del 17 de julio de 1913, Congreso de la Nación, Senado de la Nación Argentina, pág. 595).

Argentina es uno de los países que mayor desproporcionalidad muestra en su Cámara Baja. De una muestra de 75 países efectuada por SAMUELS y SNYDER, Argentina figura entre los 12 más desproporcionados (2001:41). Los autores observan que los mayores niveles de desproporcionalidad territorial se dan en democracias de reciente consolidación, democracias no consolidadas o países en desarrollo. A ello se suma el hecho de que Argentina es el país con mayor desproporcionalidad territorial en la Cámara Alta, el Senado. Resulta evidente así como las provincias más pequeñas han sabido utilizar los mecanismos e ingenierías institucionales para contrarrestar el enorme poder que a lo largo del tiempo fueron adquiriendo las provincias más desarrolladas, gracias a una economía nacional que favoreció sobremanera a las provincias asentadas en la zona pampeana. Y cómo también los ejecutivos nacionales han sabido sacar provecho de estas desproporcionalidades¹⁸. Si bien es cierto que nuestro país ha producido grandes procesos de descentralización, tanto en lo administrativo, en lo político, como en lo financiero, la gran deuda pendiente ha sido y sigue siendo la *descentralización espacial*.

Referencia bibliográfica

- ADROGUÉ, Gerardo (1995) “*El nuevo sistema de partidario argentino*”, en ACUÑA, Carlos, comp., *La Nueva Matriz Política Argentina*, Buenos Aires: Nueva Visión.
- ALBERDI, Juan Bautista (1994) *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, Buenos Aires: Plus Ultra.

¹⁸ Como afirman SAMUELS y SNYDER, la desproporcionalidad territorial puede ser vista también como “un factor institucional que delinea las estrategias de los actores políticos cuando implementan sus agendas políticas. Por ejemplo, influenciando el costo de comprar el apoyo de los legisladores o votantes, la desproporcionalidad territorial puede tener un efecto decisivo en los esfuerzos de formación de coaliciones políticas de los ejecutivos”. Así, los distritos sobrerrepresentados ofrecen mayor capital político que distritos subrepresentados, a un costo mucho menor: “En sistemas territorialmente desproporcionados, los ejecutivos pueden tener fuertes incentivos para construir coaliciones basadas en el apoyo relativamente más barato (en términos de gasto clientelar por voto) de legisladores de los territorios sobrerrepresentados” (2001:49). En otros trabajos hemos explorado estas variables en el caso argentino (ALTAVILLA 2014b, 2016).

- ALTAVILLA, Cristian (2011) *Federalismo y Sistema de Partidos en Argentina. Determinantes institucionales en la distribución del poder político*, Saarbrücken: EAE.
- _____ (2014a) “The Party System Dynamics in a Federal State. The Argentine Case”, *Czech Journal of Political Science* Vol. XI, N° 3, October, pp. 202-234.
- _____ (2014b) “Variables Políticas en la [Re]Distribución de Recursos Fiscales entre distintos niveles de Gobiernos”, *Revista Perspectivas de Políticas Públicas*, Año 4, N° 7 (Julio-Dic.), pp. 13-41.
- _____ (2016) *Conflicto y Coordinación política en las Relaciones Intergubernamentales en Argentina. Un análisis neoinstitucional a través del Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos*, Tesis doctoral, Universidad Nacional de Córdoba.
- BIDART CAMPOS, Germán (1997) *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo III, Buenos Aires: Ediar.
- BIDEGAIN, Carlos M. (1996), *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo IV, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CAREY, George and James McCLELLAN (2001) “Reader’s Guide to The Federalist” en HAMILTON, Alexander, John JAY, and James MADISON (2001) *The Federalist*, Indianapolis: Liberty Fund.
- GELLI, María Angélica (2004) *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires: La Ley.
- GIBSON, Edward y Tulia FALLETTI (2004) “Unity by the Stick: Regional Conflict and the Origins of Argentine Federalism” en GIBSON, Edward, ed., *Federalism and Democracy in Latin America*, Baltimore: John Hopkins University Press, pp. 226-254.
- HAMILTON, Alexander, John JAY, and James MADISON (2001) *The Federalist*, Indianapolis: Liberty Fund.
- HERINGA, Aalt Willem and Philipp KIIVER (2009) *Constitutions Compared. An Introduction to Comparative Constitutional Law*, Oxford: IntersentiaAntwerp.
- HERNÁNDEZ, Antonio (2011) “El Federalismo Argentino”, en HERNÁNDEZ, Antonio M. y Guillermo BARRERA BUTELER, coord., *Derecho Público Provincial*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 53-116.
- KELSEN, Hans (2002) *Esencia y valor de la democracia*, Granada: Editorial Comares.

- MADISON, James (2001) "The conformity of the plan to republican principles: an objection in respect to the powers of the convention, examined" en HAMILTON, Alexander, James MADISON, and John JAY, *The Federalist Papers*, Indianapolis: Liberty Fund, Article No. 39, pp. 193-199.
- MANIN, Bernard (1992) "Metamorfosis de la representación", en DOS SANTOS, Mario (coord.), "Qué queda de la Representación Política", CLACSO-Nueva Sociedad, Caracas.
- MOLINELLI, Guillermo, Valeria Palanza y Gisela Sin (1999) *Congreso, presidencia y justicia en Argentina*, Buenos Aires: Temas Grupo Editorial.
- ROSATTI, Horacio (2011) *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo II, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- SAMUELS, David y Richard SNYDER (2001) "El valor de un voto: una perspectiva comparada sobre la desproporcionalidad territorial", en CALVO, Ernesto y Juan Manuel ABAL MEDINA, eds., *El federalismo electoral argentino: sobrerrepresentación, reforma política y gobierno dividido en la Argentina*.
- SAN MARTINO DE DROMI, María Laura (1988) *Historia Política Argentina (1955-1988)*, Tomo II, Buenos Aires: Astrea.

Anexo 1. Evolución de la Composición de la Cámara de Diputados de la Nación (1853-1992).

AÑO	1853		1860-1872		1873-1880		1881-1897		1898-1919		1920-1952		1953-1954		1955		1958-1959		1973-1976		1983-1992		Censo2010		
	Real	Dif.	Real	Dif.	Real	Dif.	Real	Dif.	Real	Dif.	Real	Dif.	Real	Dif.	Real	Dif.	Real	Dif.	Real	Dif.	Real	Dif.	Hip.	Dif.	
BA	6	12	6	-	25	13	16	-9	28	12	42	14	43	1	43	0	50	7	68	18	70	2	97	-27	
CABA	6	-	-	-	-	-	9	20	11	32	12	30	-2	30	0	35	5	25	-10	25	0	18	7		
CAT	3	3	0	4	1	4	0	3	-1	2	-1	2	0	2	0	2	0	4	4	2	5	1	2	3	
CBA	6	6	0	11	5	11	0	11	0	15	4	15	0	15	0	19	4	18	-1	18	0	21	-3		
CORR	4	4	0	6	2	6	0	7	1	7	0	5	-2	4	0	5	1	7	1	7	0	6	1		
CHA	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0	
CHU	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	P	4	2	5	1	3	2	
ER	2	2	0	7	5	7	0	9	2	9	0	8	-1	8	0	9	1	9	0	9	0	8	1		
FOR	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	P	5	3	5	0	3	2	
JU	2	2	0	2	0	2	0	2	0	2	0	2	0	2	0	2	0	2	0	5	3	6	1	4	2
LP	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	P	2	0	2	0	4	2	5	1	2	3	
LR	2	2	0	2	0	2	0	2	0	2	0	2	0	2	0	2	0	2	0	4	2	5	1	2	3
MZA	3	3	0	3	0	3	0	4	1	6	2	6	0	6	0	6	0	7	1	10	3	10	0	11	-1
MIS	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	P	3	1	6	3	7	1	7	0
NEU	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	P	4	2	5	1	3	2	
RN	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	P	5	3	5	0	4	1	
SAL	3	3	0	4	1	4	0	4	0	3	-1	3	0	3	0	3	0	3	0	7	4	7	0	8	-1
SJ	2	2	0	3	1	3	0	3	0	3	0	3	0	3	0	3	0	3	0	6	3	6	0	4	2
SL	2	2	0	3	1	3	0	3	0	3	0	2	-1	2	0	2	0	2	0	4	2	5	1	3	2
SC	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	P	4	2	5	1	2	3	
SF	2	2	0	4	2	4	0	12	8	19	7	17	-2	17	0	20	3	19	-1	19	0	20	-1		

SE	4	4	0	7	3	7	0	5	-2	6	1	5	-1	5	0	6	1	7	1	7	0	5	2
TUC	3	3	0	5	2	5	0	7	2	7	0	6	-1	6	0	7	1	9	2	9	0	9	0
TF	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	P	5 (*)	3	1	4
TOTAL	50	50		86		86		120		158		155		157		193		243		257		250	
Distritos	15	14		14		15		15		15		17		18		23		24		24		24	

Notas:

La letra **P** significa la primera incorporación de la provincia a la Cámara.

(*) Tierra del Fuego incorpora dos diputados en 1983, mientras era territorio nacional. Al provincializarse en 1992 incorpora tres diputados más que le corresponde como provincia.

Fuente: elaboración propia en base a MOLINELLI et al. 1999:114.

LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS DE SALUD Y LA HISTORIA CLÍNICA¹

-Con particular referencia a la historia clínica informatizada-

Rosa Angélica Ávila Paz de Robledo²

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto analizar los derechos de usuarios de salud y la historia clínica, a la luz de las nuevas tecnologías. En primer lugar, se enfoca en los derechos de los pacientes, en base a la carta de derechos de los usuarios –en general- y en el ámbito de salud –en particular-. En segundo lugar, se focaliza en la historia clínica, con especial referencia a la historia clínica electrónica. En esta línea, se sistematizan los aspectos conceptuales relevantes, acto seguido se sientan algunos lineamientos del derecho comparado y del sistema interamericano de protección de derechos humanos. A continuación, se analizan, en el ámbito nacional, los diversos ejes de la Ley Nacional 26.529 de los Derechos del Paciente, a la luz normativa constitucional (nacional y local) y legal, tanto de fondo (Código Civil y Comercial de la Nación) como así también de forma (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia de Córdoba). En tercer lugar, se ponen de relieve diversos aspectos procesales, sobre la incorporación de la historia clínica al proceso judicial y su valoración probatoria. Finalmente, se exponen las conclusiones.

Palabras clave: derecho a la salud - nuevas tecnologías de la información y comunicación –tutela judicial efectiva- prueba historia clínica- historia clínica informatizada-

¹ Artículo recibido 05/07/2017 – Aprobado para su publicación 01/08/2017

² Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Doctora Honoris Causa, Universidad Nacional de La Rioja, UNLaR. Catedrática Cát. “A” de Teoría General del Proceso, Catedrática, Cát. “B” de Derecho Procesal Civil y Comercial. Docente Investigadora UNC Categoría 1- Ministerio de Educación de la Nación. E-mail: rosaavilapaz@gmail.com

1. INTRODUCCIÓN

En la hora actual, las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) conforman un hito importante que da nacimiento a la “*era digital*”, también denominada la “*civilización de la red*”³, *fenómeno que impacta, entre otros aspectos, en la tutela del derecho de la salud.*

A la luz de este escenario, el presente trabajo se estructura en tres bloques: (a) en primer lugar, se focaliza en los derechos de los usuarios de la salud; (b) en segundo lugar, se concentra en el impacto de las nuevas tecnologías en materia de prueba en el proceso civil, particularmente, en el derecho a la salud respecto a la historia clínica, con su nueva modalidad de la historia clínica informatizada, en el plano comparado, interamericano y, nacional; (c) en tercer lugar, se exponen diversos aspectos procesales, sobre su incorporación al proceso judicial y su valoración probatoria.

2. EL DERECHO DE LOS USUARIOS DE SALUD

2.1. Marco legal

Desde un punto de vista general, el derecho de los consumidores y usuarios, de raíz constitucional (art. 42 Constitución Nacional en adelante CN), se integra centralmente con la Ley Nacional (LN) 24.240, con las reformas de las LN 24.568, 24.787, 24.999, 26.361, 26.993 y 27.265 y que a su vez se integra con las LN 25.156 de Defensa de la Competencia y la LN 22802 de Lealtad Comercial y con el Código Civil y Comercial de la Nación, LN 26.994.

Desde un punto de vista particular, el derecho de los usuarios de salud, se encuentra conformado por la Ley Nacional N° 26.519 sobre los derechos del paciente, en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, con las modificaciones de la LN 26.542.

³ Cfr. AVILA PAZ DE ROBLEDO, Rosa Angélica del Valle “La Persona Humana y el Bien Común en el Siglo XXI. La tutela jurídica de ‘Internet y las nuevas tecnologías’ desde el humanismo de Jacques Maritain” en Jorge H. Gentile et. al. *La Persona Humana y el Bien Común*, Córdoba, ed. Alveroni, 2012.

En lo que respecta a su tutela, puede canalizarse por intermedio de un proceso individual o colectivo, ya sea ordinario o constitucional (art. 43 2º párr. CN).

2.2. Cartas de Derechos de los Ciudadanos

En el ámbito europeo español, el Pleno del Congreso de los Diputados, por unanimidad el día 16 de abril de 2002, aprobó la *Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia* a los fines de atender a los principios de transparencia, información y atención adecuada, e incorporando dentro del Título 2. Una justicia que protege a los más débiles a la tutela expresa de los discapacitados, entendiendo como tal: “*El ciudadano afectado por cualquier tipo de discapacidad sensorial, física o psíquica, podrá ejercer con plenitud los derechos reconocidos en esta Carta y en las leyes procesales*” (numeral 29).

En el ámbito iberoamericano, en el mismo año 2002, tuvo lugar la *VIIº Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia*⁴, con arreglo a la cual se aprueba en Cancún (México) la *Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano*. Se advierte que, desde la Cumbre Judicial Iberoamericana, se ha contribuido permanentemente al fortalecimiento de los principios de transparencia e información, alentando la participación ciudadana en el ámbito judicial, pergeñando de este modo una política pública que trasciende al ámbito de la Administración Pública, tal lo que ocurre con la *Carta Iberoamericana de los Derechos y los Deberes del Ciudadano*, en relación con la Administración Pública, que fue adoptada por la *XXIIº Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno*, en la ciudad de Panamá -Panamá- el 28 de junio 2013.⁵

⁴ La Cumbre Judicial Iberoamericana es una organización que se ocupa de la cooperación y concertación entre los Poderes Judiciales de los 23 países iberoamericanos.

⁵ En dicha Carta el concepto de ciudadano se utiliza como equivalente al de persona o habitante a fin de regular sus relaciones con la Administración Pública en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. Y en el binomio Gobierno- Administración Pública que tiene a su cargo definir e implementar las políticas públicas se sienta como eje necesario que: “*La buena Administración Pública es, pues, una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las*

En el ámbito de la República del Brasil, la Constitución de 1988 consagra a “*la salud como un derecho de todos y deber del Estado*” con lo cual se afianza la democracia, la ciudadanía y los derechos sociales. En esta sintonía, en 2006 se publica la “*Carta de los Derechos de los Usuarios de la Salud*”, producto de una iniciativa del Ministerio de Salud, con el apoyo del Consejo Nacional de Salud, que actúa como uno de los principales órganos de participación y de control social en la salud.

En esta línea, Campos Alves sostiene que “...*la Carta consolida los derechos y deberes en el ejercicio de la ciudadanía inherentes a los servicios de la salud, en todo el país, y tiene como objetivo orientar a los usuarios acerca de los derechos de la ciudadanía inherentes a los servicios de la salud, aplicándose integralmente a los usuarios de los servicios públicos de salud, prestados directamente por el Estado o convenidos, y en parte a los usuarios de los planos privados de salud (salud suplementar)*”⁶.

Esta Carta de los Derechos de los Usuarios de la Salud se funda en seis principios básicos:

1. Todo ciudadano tiene derecho al acceso ordenado y organizado a los sistemas de salud.
2. Todo ciudadano tiene derecho al tratamiento adecuado y efectivo para su problema.
3. Todo ciudadano tiene derecho al atendimento humanizado, acogedor y libre de cualquier discriminación.
4. Todo ciudadano tiene derecho al atendimento que respete a su persona, sus valores y sus derechos.
5. Todo ciudadano también tiene responsabilidades para que su atendimento suceda de forma adecuada.

actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable” (Preámbulo de la Carta Iberoamericana de los Derechos y los Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública).

⁶ CAMPOS ALVES, Sandra Mara, “Democracia Sanitaria en Brasil: Carta de los Derechos de los Usuarios de la Salud”, en Jorge Tomillo Urbina y Joaquín Cayón de las Cuevas (Directores) *Derecho y Salud como realidades interactivas*, UIMP Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Valdecilla, Instituto de Investigación Sanitaria IDIVAL, Gobierno de España Ministerio de Educación, Cultura y Deportes y Gobierno de Cantabria, Ed. Thompson Reuters Aranzadi, España, 2015, p.968.

6. Todo ciudadano tiene derecho al comprometimiento de los gestores de la salud para que los principios anteriores sean cumplidos⁷.

Deducimos que la referida Carta afianza la concepción de la ciudadanía, a los fines de garantizar el acceso al sistema de salud, como también para que participe en la fiscalización y construcción de un sistema de salud de calidad para los derechos individuales y colectivos.

En *primer lugar*, respecto del acceso al sistema de salud, lo que se debe garantizar son los servicios médicos de atención básica, salvo los casos de urgencia y emergencia. Asimismo, el acceso implica un acceso físico, en cuanto que se deben hacer los ajustes necesarios para el acceso a una persona con discapacidad, como ancianos y mujeres embarazadas.

En *segundo lugar*, una atención médica de calidad se relaciona con la recepción de tecnologías adecuadas y con las condiciones de trabajo de los profesionales de la salud. Incluye también el derecho que tiene el usuario de la salud a recibir información adecuada respecto a su estado de salud con un lenguaje sencillo y comprensible y evitándose el uso de elementos poco claros y que no se entiendan, como también el acceso a los registros médicos. Lo cual es muy importante porque el paciente que cuente con su información sanitaria para así poder tutelar su salud de manera efectiva y eficaz.

En *tercer lugar*, se tutela la igualdad y, a estos fines, se establece que los profesionales de la salud deben brindar un trato profesional sin discriminaciones por edad, género, situación económica, etnia, etc.

En *cuarto lugar*, se fija que la prestación del servicio de salud debe efectuarse en el marco del respeto de los valores y derechos de los pacientes. Como también que los usuarios de la salud tengan un efectivo acceso a los canales de participación para efectuar sugerencias, reclamos, etc. Además, se fijan los deberes y las responsabilidades de los usuarios de la salud, máxime que deben actuar como corresponsables del sistema de salud.

En *quinto lugar*, se delimitan las responsabilidades de los usuarios del derecho a la salud referidas a que el mismo debe suministrar una información correcta sobre su estado de salud, debiendo cumplir con los tratamientos médicos que se le den, contrario sensu debe asumir su propia responsabilidad.

⁷ La Portaría N°675/GM de 30 de marzo de 2006, aprobó la *Carta de los Derechos de los usuarios de la Salud*, sustituida por la Portaría N°1829/GM de 13 de agosto de 2009.

En *sexto lugar*, se establecen las responsabilidades de los gestores del derecho a la salud. A su vez, dichos gestores deben adoptar medidas de difusión de los Derechos de los Usuarios de la Salud, también deben actualizar los procesos de trabajo y cumplir con las normas sanitarias.

A modo de recapitulación, señalamos que la concepción que propicia la referida Carta es tratar al usuario “*no como un consumidor de productos y de tecnologías, sino sobre todo como un ciudadano sujeto a derechos y deberes garantizados y respetados*”⁸.

3. EL DERECHO DE LOS USUARIOS DE LA SALUD Y LA HISTORIA CLÍNICA

3.1. Marco teórico

En lo que refiere a la historia clínica, desde el punto de vista conceptual, se trata del instrumento conforme al cual se registra documentalmente la información médica sobre la atención de las personas humanas⁹.

⁸ CAMPOS ALVES, Sandra Mara, “Democracia Sanitaria en Brasil: Carta de los Derechos de los Usuarios de la Salud”, ob.cit., p. 970. En esta línea, cabe señalar que Lopez Altuna y Gonzalez Ausín destacan que el consentimiento informado- doctrina de origen anglosajón y más precisamente norteamericana y a posteriori incorporada al acervo ético de la totalidad de las medicinas occidentales-, da lugar al “*movimiento reivindicatorio de los derechos civiles de finales de la Segunda Guerra Mundial repercute en el ámbito sanitario de múltiples formas. En primer lugar impulsa la reivindicación de las Cartas de los Derechos de los Pacientes, cuyo punto de partida más inmediato fue el Código de Núremberg (patrón para juzgar a los médicos que habían realizados experimentos biomédicos en los campos de concentración nazis) y en segundo término hace entrar en crisis el modelo clásico de la relación médico-enfermo, marcado por el paternalismo, y que consideraba a este como sujeto incapaz de tomar decisiones por sí mismo*” Cfr. LÓPEZ ALTUNA, Susana y Fernando González Ausín, “Historia clínica y derechos y obligaciones de paciente y profesionales sanitarios en materia de documentación clínica en el País Vasco”, en Jorge Tomillo Urbina y Joaquín Cayón de las Cuevas (Directores) *Derecho y Salud como realidades interactivas*, UIMP Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Valdecilla, Instituto de Investigación Sanitaria IDIVAL. Gobierno de España Ministerio de Educación, Cultura y Deportes y Gobierno de Cantabria, Ed. Thompson Reuters Aranzadi, p. 173.

⁹ El concepto de historia clínica es un concepto evolutivo, cuya formación histórica viene de tiempos de Hipócrates (s. V a.C.), quien conoció a través de sus viajes la matemática con Pitágoras y la medicina practicada en los templos Egipcios, en base a cuyos conocimientos funda una escuela cambió el rumbo de la medicina de la Antigua

A los fines de analizar los cambios operados en la historia clínica, previamente, siguiendo a Colla, es preciso referirnos a los cambios de modelos de la relación médico paciente. En efecto, el *anterior modelo paternalista* se caracterizaba porque existía el médico de cabeza de las familias de manera tal que “*los profesionales de la salud desarrollaban su profesión ante la fidelidad de su paciente*”, generando con ello una relación vertical. Mientras que el *modelo actual* se caracteriza porque su dinámica torna más horizontal la relación médico-paciente¹⁰. ¿Por qué?

Grecia, como una auténtica ciencia y su ejercicio en una auténtica profesión. A través de esta escuela se recopila en el “*Corpus hippocraticum*” lo que se conoce como el génesis del saber científico-médico occidental y entre sus libros, se encuentran las primeras 42 historias clínicas completas en “*Las Epidemias I y III*”. Con ellas, explican Fombella Posada y Cereijo Quinteiro, nació el “documento elemental de la experiencia médica que representa también el documento fundamental del saber médico”, asimismo describen que “*La historia clínica hipocrática cuenta con una estructura ordenada y repetida en todas que consta de: numeración ordinal del enfermo dentro del grupo (enfermo primero...); mención nominal (Filisco, una de las mujeres de la casa de Pantimedes...); localización social (el clazomeniense que vivía cerca de los pozos); breve referencia, no constante, a datos anamnésicos (antecedentes), la historia parece siempre comenzar con la llegada a casa del paciente. A continuación se describe día a día el curso de la enfermedad con rigurosa ordenación cronológica de los hechos sin clara separación entre lo subjetivo y objetivo “Examinése desde el comienzo las semejanzas y desemejanzas con el estado de salud empezando por las más fáciles, las que conocemos todos. Lo que se puede percibir con la vista, el tacto, el oído, con la nariz, con la lengua y con el entendimiento” (L III). Son muy raras las referencias a actuaciones terapéuticas, ya que no se considera necesario incluir el tratamiento en casos conformes a la norma por lo que sólo constan aquellos que parecen excepcionales. Acaba con la “Katarsis” (purificación) o “Thánatos” (muerte no violenta) del paciente. Son siempre obra de un solo médico, el que asiste al paciente. Algunas terminan con una breve reflexión acerca del caso. Hipócrates redactó sus historias como textos didácticos, pero con dos intenciones diferentes: la primera para enseñar al lector cómo conducirse ordenada y minuciosamente ante un paciente; y la segunda para el adiestramiento a futuros lectores en la “tékhnē iatriké” (arte que consiste en saber hacer sabiendo porqué se está haciendo, saber racional), esto es, enseñar a entender y actuar técnicamente. Al ordenar y catalogar historias clínicas comienza a describir el método que convierte su arte en ciencia”.* FOMBELLA POSADA, María José y María José Cereijo Quinteiro “Historia de la historia clínica” en *Galicia Clin*, 2012, vol. 73, N° 1, p. 21-26.

¹⁰ COLLA, Juan Manuel, “Historia clínica”, en Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso (directores) *Derecho Privado Derecho a la salud*, INFOJUS-Sistema Argentino de Información Jurídica, Gráfica Campichuelo Coop. Obrera Gráfica Campichuelo Lta, Buenos Aires, Año III N°9, 2014, p. 45.

Ocurre que en la actualidad se respeta la autonomía de la voluntad del paciente quien debe recibir de su médico la información suficiente y adecuada sobre el diagnóstico y el pronóstico de su enfermedad con las alternativas terapéuticas disponibles. Acerca de este tema puntual, Caramelo explica que la incorporación y desarrollo del consentimiento informado implica un gran avance en el respeto de la autonomía del paciente, más también a la par opera como límite necesario del acentuado paternalismo médico y el manejo de su información relevante¹¹.

A su vez, desde la doctrina española, Lopez Altuna y Gonzalez Ausín recalcan que el anterior modelo paternalista, caracterizado por *“decidir por y sobre el otro, sin el otro o sin tomarle en consideración”*, se ha superado y sustituido por el actual modelo más autonomista, reconocido por *“decidir por y uno mismo pero sin los otros”*¹².

Ampliando esta perspectiva, Vázquez de Castro destaca que en la actualidad la historia clínica es más completa y compleja. En efecto, anteriormente a la historia clínica se la calificaba como “documentos

¹¹ CAMELO, Gustavo, “Los niños y el consentimiento informado para las práctica de tratamiento médicos y ensayos clínicos” en Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso (directores) *Derecho Privado Bioderecho*, INFOJUS-Sistema Argentino de Información Jurídica, Gráfica Campichuelo Coop. Obrera Gráfica Campichuelo Lta, Buenos Aires, Año III N°9, 2012, p. 92.

¹² Al respecto, cabe precisar que el paciente debe tener confianza en el médico dado que en la relación médico paciente que se genera *“no es de igualdad sino de dependencia del paciente hacia el profesional porque, además de la enfermedad, en sí, cuyo comportamiento desconoce así como los tratamientos y alternativas, transmite sentimientos, informaciones íntimas...y esto es por lo que la información debe ser de calidad de modo que el profesional debe ser transmitirla, así el paciente podrá tomar decisiones de manera correcta y para ello no debe ocultar información por desconfianza. En definitiva, la información por sí sola no basta, no es de utilidad para el paciente torpedearla con fríos datos estadísticos y además en un lenguaje poco comprensible, es necesario saber seleccionarla y saber transmitirla. Una información de calidad y, por tanto útil al paciente para tomar una decisión correcta, debe basarse en una relación de confianza entre el profesional y el sanitario”*. Cfr. LÓPEZ ALTUNA, Susana y Fernando González Ausín, “Historia clínica y derechos y obligaciones de paciente y profesionales sanitarios en materia de documentación clínica en el País Vasco”, en Jorge Tomillo Urbina y Joaquín Cayón de las Cuevas (Directores) *Derecho y Salud como realidades interactivas*, UIMP Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Valdecilla, Instituto de Investigación Sanitaria IDIVAL. Gobierno de España Ministerio de Educación, Cultura y Deportes y Gobierno de Cantabria, Ed. Thompson Reuters Aranzadi, España, 2015, pp. 163-164.

que se refieren a la enfermedad como un acontecer, como una lesión o patología del cuerpo humano despersonalizado, a lo que prácticamente había quedado reducido el enfermo”. En cambio, en la actualidad la historia clínica no recae solo sobre el cuerpo, sino que se refiere a la persona. Es decir, una historia clínica dejó de ser “un caso de hepatitis”, y ahora es “la historia clínica de Juan Pérez afectado de hepatitis”¹³.

En su consecuencia, el citado autor también relaciona la historia clínica con el deber de secreto profesional sanitario y demás alcances éticos que se encuentran tutelados en los Códigos de ética y Deontología Médica, como también en el plano jurídico destaca su caracterización bifrontal dado que la historia clínica es necesaria en la relación médico-paciente, a cuyos fines debe crearse, mantenerse y conservarse, más también opera eficazmente en la gestión y organización del servicio de salud, en su inspección y control, en docencia e investigación y en base a esos datos concreto poder fijar las políticas públicas sanitarias localizadas y en el proceso judicial, principalmente como prueba¹⁴.

Asimismo, relaciona a la historia clínica con la intimidad de los pacientes y la protección de los datos personales, como contracara de los derechos básicos de los pacientes de que los principios básicos de los derechos de los pacientes se materializan en la dignidad de la persona, respecto a la autonomía y respeto a su intimidad¹⁵. El Código Civil y Comercial de la Nación¹⁶ en el art. 59 establece en sintonía 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*”. De ahí, que a los pacientes además de requerirles el consentimiento, como también de informarlos

¹³ Cfr. VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, “La historia clínica como fichero de datos personales: responsabilidad por inobservancia de la Ley Orgánica de Protección de Datos en su gestión”, en Jorge Tomillo Urbina y Joaquín Cayón de las Cuevas (Directores) *Derecho y Salud como realidades interactivas*, UIMP Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Valdecilla, Instituto de Investigación Sanitaria IDIVAL. Gobierno de España Ministerio de Educación, Cultura y Deportes y Gobierno de Cantabria, Ed. Thompson Reuters Aranzadi, España, 2015, pp. 133-134.

¹⁴ *Ibidem*, 135.

¹⁵ Cfr. VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, “La historia clínica como fichero...ob. cit. p. 126.

¹⁶ Ley Nacional 26.994 sancionada el 1/10/2014, promulgada el 7/10/2014 y en vigencia a partir del 1/8/2015.

debidamente sobre la recogida de los datos, a los mismos se le otorgan vías judiciales para tener acceso, rectificación, cancelación y oposición a la consignación de sus datos e inclusive también se puede impugnar las valoraciones que se hiciesen de los referidos datos (vgr. hábeas data, art. 43 CN con la reforma constitucional de 1994).

A lo expresado, cabe agregar que a partir de la posguerra de la Segunda Guerra se abre paso a un período de afianzamiento de la tutela de los derechos humanos en forma progresiva -y no regresiva- (art. 26 CADH), lo cual impactar en todos los campos científicos-jurídicos, provocando los cambios de los modelos, en aras de una mejor y más efectiva tutela de la persona humana, prisma a la luz del cual cabe analizar los cambios operados en la historia clínica.

3.2. La historia clínica en el Derecho comparado

La historia clínica recibe diferentes denominaciones¹⁷. Así, la Corte IDH explica que los términos “*expediente clínico, expediente médico e historia clínica usualmente se emplean indistintamente*”. Aunque la Corte IDH utiliza expediente médico comprendiendo el “*conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con el objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, datos clínicos, quirúrgicos, exámenes de laboratorio, radiografías que se le realicen al paciente, al menos, en el ámbito de cada centroexpediente clínico, expediente médico e historia clínica*”¹⁸.

En el “*Common Law*” observamos su denominación “*health records*” que presenta dos especies: “*handwritten health care records*” y “*electronic*

¹⁷ No existe universalidad semántica respecto del término sino diversidad: en portugués se habla de “*histórica médica*” y “*prontuário eletrônico do paciente*”; en francés “*histoire clinique*”; en holandés “*medisch dossier*”, en alemán “*die krankengeschichte*”, entre otras.

¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso “Albán Cornejo y otros vs. Ecuador” Sentencia del 22/11/2007 (Fondo, reparaciones y costas) integrada por: Sergio García Ramírez, Presidente; Cecilia Medina Quiroga, Vicepresidenta; Manuel E. Ventura Robles, Juez; Diego García-Sayán, Juez; Leonardo A. Franco, Juez; Margarete May Macaulay, Jueza; y Rhadys Abreu Blondet, Jueza. Párr. 64.

health records”¹⁹. En la Enciclopedia Wiley de Ingeniería Biomédica se define “*electronic health record*” (EHR) como el conjunto completo de información que reside en formato electrónico relativo al pasado, presente y futuro del estado de salud o tratamiento provisto a una persona. Su propósito primario es la documentación, recuperación, transmisión, vinculación y procesamiento de la información multimedia a los usuarios legitimados para ser informados y apoyo para la toma de decisiones de servicio de salud con eficiencia, seguridad e independencia del modelo de salud aplicado; secundariamente, se relaciona al desarrollo de políticas públicas, educación, investigación, calidad de administración y vigilancia a través de conjuntos de datos anónimos con el consentimiento informado del paciente²⁰. También la EHR es una política pública como se observa en los Estados Unidos a través de una ley que incentiva a los operadores del sistema de salud a emplear la historia clínica electrónica, a través de la ley “*Health Information Technology for Economic and Clinical Health (HITECH) Act of 2009*”²¹. Aunque técnicamente se distingue del término “*electronic medical records*” (EMR) referido a la digitalización de la historia médica en soporte papel, se usa casi indistintamente EMR y EHR; no obstante la EHR posee como ventaja puede comunicarse con

¹⁹ MANTAS, John “Electronic health record” *Studies in health technology and informatics*, 2002, vol. 65, p. 250-257 en <http://europepmc.org/abstract/med/15460229>; MENACHEMI, Nir; COLLUM, Taleah H. “Benefits and drawbacks of electronic health record systems” *Risk management and healthcare policy*, 2011, vol. 4, p. 47 <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3270933/>. (consulta 15/05/2017).

²⁰ KATEHAKIS, Dimitrios G. y Manolis Tsiknakis “Electronic health record” en *Wiley Encyclopedia of Biomedical Engineering*, United Kindom, 2006 en [http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/=](http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/) (consulta 15/05/2017).

²¹ MENACHEMI, Nir y Taleah H. COLLUM “Benefits and drawbacks of electronic health record systems” *Risk Management and Healthcare Policy*, Estados Unidos, 2011, vol. 4, p. 47 en <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3270933/> consulta 15/05/2017. La “Healthcare Information and Management Systems Society” de los Estados Unidos define a EHR como “*a longitudinal electronic record of patient health information generated by one or more encounters in any care delivery setting. Included in this information are patient demographics, progress notes, problems, medications, vital signs, past medical history, immunizations, laboratory data and radiology reports. The EHR automates and streamlines the clinician’s workflow. The EHR has the ability to generate a complete record of a clinical patient encounter - as well as supporting other care-related activities directly or indirectly via interface - including evidence-based decision support, quality management, and outcomes reporting*” cfr. <http://www.himss.org/library/ehr> (consulta 15/05/2017).

mayor velocidad de un sistema a otro por su codificación y uso de lenguaje documental.

Por otro lado, además de la clasificación en base al soporte que se utiliza, ya sea en papel o informático o electrónico. Por otro lado, también existe la historia clínica personal y la historia clínica familiar, que permite vincular en un sistema a usuarios del sistema de salud que guardan vínculo familiar entre sí.

3.3. La historia clínica en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos

En el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) resolvió el Caso “Albán Cornejo y otros vs. Ecuador”²² en el cual uno de los ejes del debate versó respecto del acceso a la historia clínica —o expediente médico— de una paciente fallecida y la legitimación de sus familiares para acceder a ella. En este caso, Laura Albán fallece y cuando sus padres piden su historia clínica y ante su negativa, la solicitan administrativamente y luego judicialmente, ante la violación de sus derechos humanos y garantías judiciales consagradas en el Pacto de San José de Costa Rica y su protocolo, y pidiendo justicia, llegaron a que en 2007 la Corte se pronuncie a través de una sentencia “*leading case*”.

El caso como precedente integrante del *corpus iuris interamericano de los derechos humanos* sienta el fundamento convencional del acceso a la historia clínica en tanto “*el derecho a conocer el expediente médico se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y la definición de las responsabilidades correspondientes*” (párr. 52). Argumenta el caso expresando que “*es evidente la relevancia del expediente médico, adecuadamente integrado, como instrumento guía para el tratamiento médico y fuente razonable de conocimiento acerca de la situación del enfermo, las medidas adoptadas para controlarla y, en su caso, las consecuentes*

²² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso “Albán Cornejo y otros vs. Ecuador” Sentencia del 22/11/2007 (Fondo, reparaciones y costas) integrada por: Sergio García Ramírez, Presidente; Cecilia Medina Quiroga, Vicepresidenta; Manuel E. Ventura Robles, Juez; Diego García-Sayán, Juez; Leonardo A. Franco, Juez; Margarete May Macaulay, Jueza; y Rhadys Abreu Blondet, Jueza. (los destacados nos pertenecen)

responsabilidades. La falta de expediente o la deficiente integración de éste, así como la ausencia de normas que regulen esta materia al amparo de normas éticas y reglas de buena práctica, constituyen omisiones que deben ser analizadas y valoradas, en atención a sus consecuencias, para establecer la posible existencia de responsabilidades de diversa naturaleza” (párr. 68). Y agrega que “debe existir una normativa clara y suficiente que prevenga las salvedades que pudieran presentarse respecto del acceso a la información del expediente médico (supra párrs. 67 y 68), así como el acceso al expediente mediante mandamiento judicial o administrativo” (párr. 130)

Sergio García Ramírez, procesalista mejicano y presidente de la Corte IDH al momento del caso en cuestión, por su voto dijo que: *“No sobra destacar la importancia que reviste, para múltiples efectos, este registro amplio y evolutivo de las condiciones en que se halla y la atención que recibe un paciente, registro del que a menudo se carece o que no basta para satisfacer las necesidades para las que ha sido concebido. De ahí las numerosas disposiciones y recomendaciones en torno a la historia clínica: existencia, características, implicaciones, conservación. [... Así como la] necesidad de que el ordenamiento interno contenga puntuales disposiciones, que despejen dudas perturbadoras o alejen soluciones inaceptables, acerca de la comunicación de los datos que contiene el expediente médico, tanto en vida del paciente --cuya capacidad de conocimiento y decisión pudiera hallarse disminuida o suprimida--, como una vez que éste ha fallecido. [... Es necesario] remover obstáculos, con intervención de las autoridades que provean garantías de buen manejo, para los supuestos en que sea legítimo e indispensable (en función de la calidad de los solicitantes, las circunstancias prevalecientes y los fines que se pretende servir) acceder a datos que permiten adoptar decisiones urgentes o precisar responsabilidades insoslayables”²³.*

En la resolución de la Corte IDH sobre la supervisión del cumplimiento de sentencia de 2015²⁴ se observaron cumplidas las medidas que debía realizar el Estado respecto de dar amplia difusión de los derechos

²³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso “Albán Cornejo y otros vs. Ecuador” Sentencia del 22/11/2007 (Fondo, reparaciones y costas) Voto de Sergio García Ramírez, Presidente, párr. 9-11. (los destacados nos pertenecen)

²⁴ Resolución de la Corte IDH de 28/08/2015 Caso “Albán Cornejo y otros vs. Ecuador” Supervisión de cumplimiento de sentencia, Humberto Antonio Sierra Porto Presidente.

de los y las pacientes en el sistema de salud, además de la formación y capacitación continua de los operadores judiciales y de la salud acerca de los derechos de los y las pacientes.

3.4. La historia clínica en la República Argentina: Ley 25.629

En lo que respecta al ámbito doméstico, la Ley Nacional 26.529 de los Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud²⁵ legisla a la histórica clínica en forma expresa (arts.12 a 21). Puntalmente la define como “*el documento obligatorio, cronológico, foliado y completo en el que consta toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud*” (art. 12).

3.4.1. Contenido

En lo atinente al contenido de la historia clínica, cabe puntualizar que los requisitos legales para el registro de los datos deben efectuarse en forma completa, con integridad y unicidad.

En primer lugar, la historia clínica debe ser completa y, en este sentido, Colla explica que se trata de una completitud doble: a) una *completitud objetiva* “referida a la “necesidad de que sea realizada por todos los sujetos que intervienen en la atención del paciente”. Y, b) una completitud subjetiva respecto “*al hecho de que contenga toda aquella información para considerarla confeccionada de manera íntegra y acabada*” (art.15)²⁶.

²⁵ Ley Nacional 26.529 sancionada el 21/10/2009, promulgada de hecho el 21/11/2009.

²⁶ Ley 26.529, artículo 15. Asientos. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos precedentes y de lo que disponga la reglamentación, en la historia clínica se deberá asentar:

- a) La fecha de inicio de su confección;
- b) Datos identificatorios del paciente y su núcleo familiar;
- c) Datos identificatorios del profesional interviniente y su especialidad;
- d) Registros claros y precisos de los actos realizados por los profesionales y auxiliares intervinientes;
- e) Antecedentes genéticos, fisiológicos y patológicos si los hubiere;
- f) Todo acto médico realizado o indicado, sea que se trate de prescripción y suministro de medicamentos, realización de tratamientos, prácticas, estudios principales y complementarios afines con el diagnóstico presuntivo y en su caso de certeza, constancias

Además, la redacción de la historia clínica se denomina “ética narrativa”, puesto que su función es narrar y dejar escrito lo que le ocurre al paciente. Lo cual implica que no sólo se deben consignar los datos del padecimiento físico, sino “diversas dimensiones de su vida, tales como sus sentimientos, sensaciones, actividades, es decir el modo de ser en el mundo”²⁷. Incluso en el caso de los niños se pueden incorporar sus juegos y dibujos porque los mismos dan cuenta de cómo construyen sus proyectos de vida²⁸. También respecto de los pacientes con padecimiento mental²⁹. Así de las personas con discapacidad (art. 3, 17 y 25 Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad, con jerarquía constitucional art. 75 inc. 22), entre otros.

En segundo lugar, la historia clínica debe cumplir el recaudo de la integridad, para lo cual no puede soslayarse que la misma se encuentra

de intervención de especialistas, diagnóstico, pronóstico, procedimiento, evolución y toda otra actividad inherente, en especial ingresos y altas médicas.

Los asientos que se correspondan con lo establecido en los incisos d), e) y f) del presente artículo, deberán ser realizados sobre la base de nomenclaturas y modelos universales adoptados y actualizados por la Organización Mundial de la Salud, que la autoridad de aplicación establecerá y actualizará por vía reglamentaria.

²⁷ Entre las normas deontológicas de la medicina, señalamos “*La historia clínica completa es uno de los pilares fundamentales de la atención médica y en ella tienen responsabilidades varios componentes del equipo*” (art. 137, Código de Ética para el Equipo de Salud, Asociación Médica Argentina y Sociedad Argentina de Ética Médica, en Conmemoración de los 120 años de la Asociación Médica Argentina (1891-2011), 2ª edición, corregida y aumentada, Buenos Aires, 2011, p. 54).

²⁸ COLLA, Juan Manuel, “*Historia clínica*”, en Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso (directores) *Derecho Privado Derecho a la salud*, INFOJUS-Sistema Argentino de Información Jurídica, Gráfica Campichuelo Coop. Obrera Gráfica Campichuelo Lta, Buenos Aires, Año III N°9, 2014, p. 47.

²⁹ Ley Nacional 26.657 Derecho a la Protección de la Salud Mental, sanc. 25/11/2010 y promul. 2/12/2010. En el art. 7 se reconoce como derecho de las personas con padecimiento mental: ... g) *Derecho del asistido, su abogado, un familiar, o allegado que éste designe, a acceder a sus antecedentes familiares, fichas e historias clínicas (...)*. Acompaña a esta norma, el art.10 que regula el principio del “consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones y garantías establecidas en la presente ley. *Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir la información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión*”. Además, el art. 15, dispone “*Tanto la evolución del paciente como cada una de las intervenciones del equipo interdisciplinario deben registrarse a diario en la historia clínica*”.

conformada por: “*los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas, debiéndose acompañar en cada caso, breve sumario del acto de agregación y desglose autorizado con constancia de fecha, firma y sello del profesional actuante*” (art. 16).

En tercer lugar, el requisito legal de la unicidad le asigna a la historia clínica su “*carácter único dentro de cada establecimiento asistencial público o privado, y debe identificar al paciente por medio de una “clave uniforme”, la que deberá ser comunicada al mismo*” (art. 17).

Recapitulando señalamos que la historia clínica en su naturaleza es puramente médica y debe redactarse con la finalidad de informar sobre la relación médico paciente.

3.4.2. Titularidad

La Ley Nacional 26.529 establece que el titular de la historia clínica es el paciente (art.14).

Si bien la Ley 26.529 no deja dudas acerca de la propiedad de la historia clínica, en la praxis ocurre que existen algunas instituciones sanitarias y también profesionales que no autorizan el retiro de la historia clínica a pedido de los pacientes.

3.4.3. Acceso a la historia clínica

La Ley Nacional 26.529 dispone que a simple pedido del paciente se le deba expedir copia autenticada por la autoridad competente de la institución asistencia. La entrega debe hacerse dentro de las cuarenta y ocho horas (48hs.), salvo que hubiera una situación de emergencia.

Se legitima activamente para solicitar la historia clínica: a) el paciente y su representante legal³⁰; b) el cónyuge o la persona que conviva con el

³⁰ Un caso especial es el del abogado quien actuando en el marco del ejercicio profesional, conforme la Ley de la Provincia de Córdoba N° 5805 que en el art. 18 que establece que “*es atribución de los abogados en el ejercicio de su función, recabar directamente de la Administración Pública, de los Bancos Oficiales y particulares, de las Instituciones*

paciente en unión de hecho, sea o no de distinto sexo según acreditación que determine la reglamentación y los herederos forzosos, que cuenten con la autorización del paciente, excepto que el mismo esté imposibilitarlo de hacerlo; c) Los médicos, y otros profesionales del arte de curar, con la expresa autorización del paciente o de su representante legal.

A su vez, el depositario cuando entregue la historia clínica que se le requiere, deberá dejar en la institución sanitaria respectiva una copia de la misma, la cual debe reunir todas las formalidades y garantías que las debidas al original. Además, respecto a la persona que efectúa la diligencia, deberá dejar una constancia muy completa con sus datos, motivos y demás datos pertinentes (art.19).

3.4.4. Negativa

La Ley Nacional 26.529 establece en su art. 19 los legitimados activos para solicitar la historia clínica por vía extrajudicial, y que, en caso de “negativa”, “demora” o “silencio”, podrá articularse acción de hábeas data (art. 20).

Es interesante destacar que los sujetos legitimados del art. 19, a quienes se les niegue, demore o no se les responda sobre el pedido de entrega de la respectiva historia clínica se les otorga la acción directa del amparo especial del “hábeas data”³¹, la cual de acuerdo a las respectivas

con o sin fines de lucro, de los Colegios Profesionales, y de otros organismos, entidades o reparticiones oficiales y particulares, informes, antecedentes y certificaciones sobre hechos concretos atinentes a las causas en que intervengan. Estos pedidos deben ser evacuados por los organismos mencionados dentro del término de quince días. En las solicitudes que formulen los abogados harán constar su nombre, número de documento de identificación personal, matrícula profesional, copia simple del carnet profesional habilitante, domicilio, carátula del juicio, proceso o causa en que actúen, tribunal y secretaría o dependencia administrativa correspondiente. En caso de requerirse información para la iniciación de un proceso judicial, deberá aclararse este hecho, y sólo podrá ser utilizada la información si se realiza la respectiva presentación judicial no pudiendo ser utilizada para otros fines. Las contestaciones podrán ser entregadas personalmente a los abogados o a quienes éstos designen o bien remitidas a sus domicilios cuando así lo requieran. De no mediar petición en tal sentido, las respuestas se enviarán al Tribunal o repartición interviniente”.

³¹ Cfr. PEYRANO, Guillermo, “La acción de hábeas data para acceder a las historias clínicas. Particularidades de este subtipo de acción tutelar”, *Derecho Procesal Constitucional*,

jurisdicciones se le deberá imprimir el tipo de proceso que sea más apto y rápido. Inclusive, en el ámbito nacional, precisamente en la jurisdiccional nacional “*esta acción quedará exenta de gastos de justicia*” (art. 20).

3.4.5. Guarda y conservación

La ley de derechos del paciente establece que la historia clínica es inviolable. Y en su consecuencia prescribe que los “*establecimientos asistenciales públicos o privados y los profesionales de la salud, en su calidad de titulares de consultorios privados, tienen a su cargo su guarda y custodia, asumiendo el carácter de depositarios de aquélla, y debiendo instrumentar los medios y recursos necesarios a fin de evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas*” (art. 18). Esto se funda en la necesidad de dar seguridad jurídica a los usuarios del sistema de salud, en tanto en sus historias clínicas se consigna información sensible.

Asimismo, establece que este deber de guardar debe realizarse durante un mínimo de diez años, debiendo computarse dicho plazo “*desde la última actuación registrada en la historia clínica y vencido el mismo, el depositario dispondrá de la misma en el modo y forma que determine la reglamentación*” (art. 18). Después del vencimiento de dicho plazo la institución sanitaria puede disponer el expurgo de las respectivas historias clínicas.

3.4.6. Historia clínica electrónica

A la tradicional forma de la historia clínica en soporte papel, se incorpora como una novedad la historia clínica informatizada, digital o electrónica³². Las diferencias entre la Historia Clínica Electrónica y la

J.A. 2011-III, Fascículo 9, número especial, Coord. Néstor Pedro Sagüés, p. 17 y sgtes.

³² COCINA, Emilio González y Francisco Pérez Torres “La historia clínica electrónica. Revisión y análisis de la actualidad. Diraya: la historia de salud electrónica de Andalucía” en *Revista Española de Cardiología Suplementos*, 2007, vol. 7, no 3, p. 37C-46C.

Historia Clínica Digital surgen conforme la LN 25.506 (Firma Digital)³³, aunque están reguladas por igual en la LN 26.529. En esta sintonía, el art. 288 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que “*la firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento*”.

Al respecto, Vázquez de Castro señala que la historia clínica electrónica se crea para responder dos objetivos: facilitar la gestión del hospital o centro sanitario para optimizar sus tareas y para brindarle al paciente una mejor atención en sí mismo y en la gestión. Asimismo, respecto a sus nuevas funciones, opera como el lugar mediante el cual el paciente entra o sale de un hospital o centro sanitario (admisión, transferencia y alta de los pacientes). Es decir, “*constituye una base de datos central o banco de datos de acceso remoto para las operaciones fundamentales del sistema*”³⁴ (vgr. ingreso y recupero de información, crear formularios, etc.).

La historia clínica electrónica se compone con los datos que se registraron, En consecuencia, la “*estructura de los datos estará condicionada por su propia naturaleza y su origen o fuente puede ser primario (qué o quién genera los datos) y secundario (donde se generan: centros sanitarios, hospitales, lugar de trabajo, etc.). La historia clínica electrónica, además, cuenta con una mayor facilidad para que en la gestión u tratamiento de os datos se tengan en cuenta sólo la información:*

Pertinente: de interés y en relación clara con los eventos que se quieren registrar, en este caso con la salud de la persona.

Precisa: con el menor número posible de términos, evitando ambigüedades e inexactitudes.

³³ Cfr. ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA A. “Prueba Informática: Documento electrónico, Documento digital y Firma digital Aspectos Procesales en Argentina y MERCOSUR” en Adolfo Alvarado Velloso Adolfo y Oscar A. Zorzoli (directores) *Derecho procesal contemporáneo. Confirmación procesal II*, Ediar, 2008, ps. 11-22; ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA A. “La firma digital en la Justicia Argentina” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Dedicado a Homenaje al Prof. Pedro Aragonese Alonso*, España, 2009, N°1, pp. 17-45.

³⁴ VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, “La historia clínica como fichero...ob. cit. p. 136.

Consistente: por tanto estable y en concordancia con el resto de los datos relacionados.

Actualizada: debe registrarse lo más cercanamente posible en el tiempo a su generación, de nada sirve registrar información que el paso del tiempo ya hizo que perdiera interés.

Accesible: a los posibles profesionales y afectados que la necesiten.

Auditable: en todos sus pasos, tanto en la recogida como en los accesos”³⁵.

La Ley Nacional 26.529 regula expresamente a la historia clínica informatizada en estos términos “*El contenido de la historia clínica, puede confeccionarse en soporte magnético siempre que se arbitren todos los medios que aseguren la preservación de su integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos contenidos en la misma en tiempo y forma. A tal fin, debe adoptarse el uso de accesos restringidos con claves de identificación, medios no reescribibles de almacenamiento, control de modificación de campos o cualquier otra técnica idónea para asegurar su integridad*” (art. 13). Es dable destacar que esta no reemplaza el soporte papel, sino que requiere la documentación respaldatoria.

Además, es necesario avanzar en la seguridad de las historias clínicas electrónicas en tanto permiten el acceso remoto autorizado a información personal y sensible.

4. ASPECTOS PROCESALES DE LA HISTORIA CLÍNICA

Seguidamente, nos ocuparemos de cuatro cuestiones de raíz procesal de la historia clínica, referidos a: a) su incorporación al proceso judicial como prueba anticipada; b) su incorporación al proceso como prueba en la etapa probatoria; c) su incorporación por vía de las medidas para mejor proveer y; d) la valoración probatoria.

³⁵ *Ibidem*, pp. 136-137.

4.1. La histórica clínica como prueba anticipada

El primer punto refiere a la posibilidad de incorporar la historia clínica, con anterioridad a la interposición de la demanda.

Al respecto, de las diversas alternativas procesales que brinda el código de rito (medidas preparatorias, prueba anticipada o medida cautelar innominada), en el ámbito federal es posible recurrir a la prueba anticipada, toda vez que el art. 326 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), dispone expresamente que “*Los que sean o vayan a ser parte en un proceso de conocimiento y tuvieren motivos justificados para temer que la producción de sus pruebas pudiera resultar imposible o muy dificultosa en el período de prueba, podrán solicitar que se produzcan anticipadamente las siguientes: (...) 4) La exhibición, resguardo o secuestro de documentos concernientes al objeto de la pretensión, conforme lo dispuesto por el artículo 325... ”.*

La discusión se plantea en el ámbito de la Provincia de Córdoba, pues el art. 486 del Código Procesal Civil y Comercial (CPCCba) no contempla al secuestro dentro de los supuestos enumerados de la prueba anticipada y, por otro lado, el art. 488 establece que “*Fuera de los casos previstos precedentemente, no podrá solicitarse diligencia probatoria alguna hasta después de contestada la demanda y en los plazos designados al efecto ”.*

De todas maneras, en nuestra opinión, es preciso practicar una interpretación de la norma procesal, no sólo desde el método literal, sino principalmente, desde el punto de vista teleológico, a la luz de la cual se configuran los fines tenidos en miras por el legislador, destinados a conferir al justiciable una herramienta con finalidad netamente “conservatoria”, ante el peligro que de esperar la oportunidad procesal respectiva, la prueba podría “desaparecer” o bien, su producción tornarse “imposible”, “dificultosa” o “ineficaz”³⁶. Asimismo, esta conclusión se fortalece en base a una “interpretación conforme” del citado dispositivo legal, imperativo

³⁶ Confr. ARAZI, Roland, *La Prueba en el Proceso Civil*, 3ª edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 122; PALACIO, Lino E., ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación – Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, T. 7, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, p. 184; FALCON, Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 833; COLOMBO, Carlos J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Anotado y Comentado*, T. I, 4º edición actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, ps. 521/522; DE SANTO, *Diccionario de Derecho Procesal*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1991, p. 101.

constitucional y convencional, en pos de resguardar el derecho a la tutela judicial efectiva, en el plano probatorio (artículos 1.1., 2, 8, 25 y 29 Convención Americana de Derechos Humanos).

4.2. La historia clínica en la etapa probatoria

El segundo punto alude a la incorporación de la historia clínica en la etapa probatoria, lo cual presupone determinar la clase de medio de prueba.

Desde nuestra perspectiva, la historia clínica escrita constituye una prueba documental y, consecuentemente, resultan de aplicación sus reglas atinentes al ofrecimiento, recepción y valoración (CPCCN, arts. 387 a 95 y CPCCba, arts. 241 a 254)³⁷.

Por su parte, la historia clínica informatizada constituye un documento electrónico y, como tal es un medio de prueba innominado, porque no tiene legislado su régimen propio. Así pues, tratándose de un medio de prueba no previsto, se diligencia aplicándose por analogía las disposiciones concernientes a la prueba documental (CPCN. art. 378 y CPCCba, art. 202).

Puntualmente, en el supuesto que el documento electrónico tenga firma digital se equipara con el instrumento y cuenta con un sistema de presunciones *iuris tantum* respecto su *autoría* (del remitente que lo envió), a la *integridad* del documento digital (sin alteraciones en su texto) y a su no repudio (que el documento ha sido enviado por el remitente) (Ley Nacional 25.506, arts. 2, 7, 8 y 10). Mientras que el documento electrónico que carece de firma digital tiene una menor eficacia probatoria, sustentada solo en las presunciones *hominis* (Ley Nacional 25.506, art.5).

4.3. La historia clínica como medida para mejor proveer

Cabe señalar que tanto la historia clínica escrita, como la historia clínica informatizada, pueden ser objeto de una medida para mejor proveer, con el alcance de una medida de prueba dispuesta de oficio por el juez, con los límites de no suplir la negligencia de las cualquiera de las partes

³⁷ A los fines de la valoración probatoria es relevante distinguir según la historia clínica provenga de hospitales público o bien, institución de salud privadas.

(actor y/o demandado) y además que la fuente de prueba resulte de las constancias del correspondiente expediente (CPCCba. art. 325).

4.4. Valoración probatoria

La historia clínica “*es de suma importancia por tener carácter probatorio ante la ley y por razones económico-administrativas*”³⁸.

En este sentido, Leguizamón señala que “*...la historia clínica es un documento básico para la producción de la prueba pericial médica que debe producirse en el proceso y de la cual surgirá o no la mala práctica médica. Sin la historia clínica el perito médico carecerá de los elementos necesarios para emitir una conclusión, ya que difícilmente del examen del damnificado -cuando ello sea posible- pueda hacerlo, puesto que es de aquélla de donde debe surgir paso a paso el tratamiento laseguido en la atención, que ha originado que el paciente de una manera determinada o aun se haya producido su deceso*”³⁹.

Ello es así, porque la historia clínica es prueba necesaria que permite que el perito se pueda pronunciar sobre si hubo o no mala praxis del profesional de la salud, o si lo que ocurrió fue un riesgo específico de la intervención quirúrgica practicada.

A la historia clínica en relación al derecho probatorio presenta dos dimensiones: por un lado, en tanto su valoración como prueba y por otro lado, en tanto, carga de la prueba.

En primer lugar, a la historia clínica debe valorarse como prueba documental. La historia clínica tradicionalmente con registro escrito es un documento que se encuentra regulado expresamente (LN 25.569) y concordante con su regulación procesal (arts. 387 a 395 CPCN, y arts. 241 a 254 CPCCba). En cambio, la historia clínica informática debe valorarse como prueba documental por la analogía (como prueba innominada, al carecer de regulación expresa en la ley procesal), ello con aplicación de su legislación de fondo positiva (art.13 LN 25.569) y, concordantemente, la LN 25.506, que legisla los documentos informáticos con electrónica y

³⁸ Código de Ética para el Equipo de Salud, ob.cit., art.169.

³⁹ LEGUIZAMÓN, Héctor Eduardo, “El secuestro de la historia clínica como prueba anticipada” en LA LEY 1993-E, 221. Cita Online: AR/DOC/12693/2001.

con firma digital. A su vez, esta distinción es muy importante porque la firma electrónica (art. 5) produce un principio de prueba por escrito como ocurre con los documentos particulares. En cambio, la firma digital (art. 2) garantiza la confidencialidad, integridad e imposibilidad de repudio injustificado (art. 2), para lo cual se sustenta en su propio régimen de presunciones legales *iuris tantum* (de autoría, art.8, de integridad, art. 9 y de validez, art. 7). A lo cual agregamos que la referida LN.25.506 dispone que se le aplique a la firma digital la fuerza vinculante de la firma ológrafa, lo que con igual alcance lo hace el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 288).

Asimismo, se aplica de manera concordante la regulación del Código Civil y Comercial de la Nación que distingue instrumentos públicos que hace plena fe respecto hechos, actos, lugar y fecha que describe (arts. 289 a 298) a aquellos que emitidos en institutos públicos como puede ser un hospital público provincial; y por otro lado, instrumentos privados y particulares (arts. 313 a 319) en tanto sean emitidos por ejemplo por una clínica particular, y como establece el art. 319 *“debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen”*.

En segundo lugar, analizamos a la historia clínica en relación a la carga dinámica de la prueba. Al respecto, señalamos que el Código Civil y Comercial de la Nación, legisla la regla de que quien alega es el que debe demostrar la relación de causalidad, con este alcance: *“la carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca”* (art. 1736), como así también prescribe que *“el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla”* (art. 1735). Respecto a la historia clínica tiene su correlato en la ley procesal que establece que *“Las partes y los terceros en cuyo poder se encuentren documentos esenciales para la solución del litigio, estarán obligados a exhibirlos o a designar el protocolo o archivo en que se hallan los originales. El juez ordenará la exhibición de los documentos, sin sustanciación alguna, dentro del plazo que señale”* (art. 387 CPCN) y *“Si el documento se encontrare en poder de una (1) de las partes, se le intimará su presentación en el plazo que el juez determine. Cuando por otros elementos de juicio resultare manifiestamente verosí-*

mil su existencia y contenido, la negativa a presentarlo, constituirá una presunción en su contra” (art. 388 CPCN).

En la jurisprudencia de la Corte Federal se registra un pronunciamiento con posterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial en Fallos: 339:276⁴⁰ al resolver un recurso de hecho ante un caso de filiación. Aunque por regla, la Corte no se expide en relación a los criterios de selección y apreciación de la prueba, este caso es la excepción por cuanto no surge *“la derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso, se sustenta en razones formales y prescinde del examen de elementos de prueba conducentes cuyo tratamiento fuere potencialmente relevante para modificar el sentido de la decisión adoptada, todo lo cual conduce a frustrar el esclarecimiento de los sucesos investigados y vulnera el derecho del debido proceso”*. La CSJN sostiene que las pruebas *“deben ser apreciadas en función de la índole y características del caso sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía por sobre la interpretación de las normas procesales a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal* (Fallos: 319:1577; 324:4123; 325:2713; 324:115, entre otros). Tratándose de un caso de filiación, la madre de la actora – una persona con discapacidad- pide en su nombre, la filiación del bebé nacido con el joven que presuntamente la habría violado. La Corte pone de relieve que en el caso, debió considerar la historia clínica por sobre la declaración testimonial de la médica de guardia de la clínica privada y que los jueces de la causa debieron valorar de acuerdo a la teoría de las cargas dinámicas de la prueba. En este caso, se aportan dos historias clínicas, una de la clínica privada donde ingresa la joven con discapacidad y fuera violada por otro paciente, y otra del Hospital Materno Infantil de San Isidro, las que no fueron valoradas correctamente dado que como explica la Corte *“la teoría de las cargas probatorias jugaba aquí un papel fundamental, pues las opciones probatorias estaban acotadas por el escenario aislado en el que se habrían desarrollado los hechos y por la ínfima posibilidad de la actora para reconstruir el hecho dadas las características personales de la presunta víctima”* (cons. 9°).

⁴⁰ CSJN, Fallos: 339:276, “G.,A. N. e/ S.,R. s/ filiación” 87/2012 (48-G)/CS1 Recurso de Hecho (15/03/2016).

Más tratándose de “*dos personas particularmente vulnerables, el de identidad de la nieta de la actora y los derivados de la condición de su hija discapacitada y presunta víctima de un acto de violencia sexual, aspectos que necesariamente exigían de los jueces un deber de tutela reforzado (Fallos:328:4832;331:1859)*”(consid.10°).

5. CONCLUSIONES

Nuestras conclusiones son las siguientes:

- Los derechos de los usuarios –en general- y de los usuarios del servicio de salud –en particular- cuentan con un reconocimiento progresivo, no sólo en el ámbito interno, sino también, por vía de las Cartas de los Derechos del Ciudadano, tal lo que sucede, concretamente, en la República de Brasil, en el terreno de la salud.
- El concepto de historia clínica es un concepto progresivo, cuya construcción data del siglo V a. C. y sus transformaciones actuales derivan del paradigma vigente de la relación “médico-paciente” así como del paradigma de “derecho y salud” que se haya en el bloque de constitucionalidad federal, y que continúa en proceso de estructuración jurídica.
- Desde el punto de vista terminológico, no hay univocidad semántica, en Argentina le llamamos historia clínica, aunque la Corte IDH advierte otras denominaciones como expediente clínico, aunque prefiere el término “expediente médico”. Por su parte, en el *Common Law*, se lo denomina “*health file*” y “*health records*” y a través de políticas públicas se viene impulsando el “*electronic health record*” como un sistema de datos que contiene la información personal y de salud de una persona permitiendo su acceso remoto a través de una red abierta a quienes tienen la clave; se diferencia del “*digital health record*” en tanto este último solo permite su acceso a través de una red cerrada para los usuarios conectados internos.
- El acceso a la historia clínica, desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en “Albán Cornejo y otros vs. Ecuador”, tiene su basamento convencional en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener del Estado el esclarecimiento

de los hechos violatorios y la definición de las responsabilidades correspondientes.

- Entre las clases de historias clínicas se distinguen en base a su soporte, ya sea físico (en papel, escrito a mano) o bien electrónico o informático, que regula la Ley Nac. 26529/2009 (Cap. IV. Arts. 12-21). En el caso de la historia clínica digital, requiere firma digital, conforme la Ley 25.506 y art. 288 del Código Civil y Comercial de la Nación. Asimismo, existen historias clínicas personales e historias clínicas familiares, en tanto permiten vincular historias por el grado de parentesco familiar, la gestión documental en red permite esta vinculación.
- La gestión e informatización de la historia clínica informatizada implica la recepción de las nuevas tecnologías y de nuevas modalidades procedimentales que impactan en su régimen legal y en sus aspectos procesales respecto a los ordenamientos procesales civiles de la nación y cordobés.
- La historia clínica en soporte papel constituye una prueba documental, cuyo régimen propio legisla los requisitos de ofrecimiento, producción y valoración; mientras que la historia clínica informatizada constituye un documento electrónico que se incorpora al proceso judicial a través de la prueba documental por aplicación analógica al no contar con un régimen procesal propio.
- Además, su incorporación al proceso judicial también puede realizarse dentro de las diligencias preliminares como -prueba anticipada- y, durante la etapa decisoria para el dictado del fallo como medida para mejor proveer.
- La historia clínica tradicional con registro en papel se valora como una prueba documental, en cambio como la historia clínica electrónica -se trata de un documento electrónico- él cual como no tiene su regulación procesal propia, se valora como prueba documental aplicación que de la analogía.
- Asimismo, la CSJN sienta la doctrina con arreglo a la cual historia clínica es una prueba necesaria que debe valorarse por sobre la declaración testimonial de la médica de guardia, teniendo en cuenta las particularidades del caso, la aplicación de las cargas dinámicas, e inclusive, si hubiera colisión entre las dos historias clínicas presentadas que corresponden a personas en estado de

vulnerabilidad (el de identidad de la nieta de la actora, de la condición de su hija discapacitada y presunta víctima de un acto de violencia sexual), los jueces tienen un deber de tutela reforzado para la tutela constitucional-procesal a los usuarios de la salud, a los fines de una efectiva y eficaz realización del acceso a la justicia y de la tutela judicial efectiva en el marco de las garantías de debido proceso y de defensa en juicio (art. 18, 33, y 75 inc. 22 CN, con la reforma constitucional de 1994).

DERECHOS HUMANOS Y EL DEBATE JURÍDICO SOBRE LA SALUD Y LA LIBRE DISPOSICIÓN DEL CUERPO¹

Susana E. Borgarello² - Carlos A. Juárez Centeno³

Resumen: El nuevo Código Civil y Comercial argentino de 2015 plantea que debe existir el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. Además prohíbe disposiciones respecto del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral y las buenas costumbres. El Código penal también contiene disposiciones al respecto. Esta normativa nacional se halla en clara consonancia con las distintas disposiciones internacionales en la materia e interpretaciones del derecho comparado y la doctrina internacional. Pero aún hay vacíos debido al increíble avance exponencial de la ciencia, yendo muy a la zaga el derecho regulador. Además juegan también factores éticos y/o religiosos en su abordaje.

Palabras clave: consentimiento- libre disposición del cuerpo- régimen legal-integridad física-derechos humanos. Organismos de Derechos Humanos.

EL DEBATE JURÍDICO-POLÍTICO

No hay dudas que el bienestar del ser humano debe tener siempre primacía sobre los intereses de la ciencia y de la sociedad. Al respecto la

¹ Artículo recibido 10/07/2017 – Aprobado para su publicación 07/11/2017

² Doctora en Derecho y Cs Ss. Posdoctorada. Docente Investigadora Categorizada 1. Líneas de investigación: Derecho de la Información e Historia del Derecho. Pro secretaria de Posgrado de la Facultad de Derecho UNC.

³ Profesor Titular Regular en el área de Estudios Internacionales del Centro de Estudios Avanzados de la Facultad de Ciencias Sociales de la UNC. Coordinador del Área de Estudios internacionales de esa institución y miembro del Consejo Académico del CEA-FCS_UNC. Profesor Titular de Derecho Político de la Facultad de Derecho de la UNC. Investigador categoría 1 - SPU-Ministerio de Educación de la Nación

OMS⁴ en 1946 define a la salud como el “estado de completo bienestar psíquico, mental y social, no consistiendo únicamente, pues, en una ausencia de enfermedad o lesión orgánica”. La ley de la provincia de Buenos Aires Nro. 11.044 de 1990 –primera en Latinoamérica- establece como principio que “Toda investigación que se refiera al estudio de seres humanos deberá ajustarse a criterios de respeto de su dignidad y de protección de sus derechos de bienestar”. En la Provincia de Córdoba tenemos el Consejo de Evaluación Ética de la Investigación en Salud (CoEIS), el Comité Institucional de Ética de Investigación en Salud (CIEIS), y el Registro Provincial de Investigaciones y de Investigadores (RePIS); Resolución n° 0022/07 del Ministerio Salud.

En el documento de Naciones Unidas sobre Datos Genéticos Humanos -UNESCO⁵ (2003) International Declaration on Human Genetic Data- que se refiere expresamente a la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de datos genéticos y proteómicos humanos y las muestras biológicas de las que estos datos provengan, en su artículo 8°, habla de la necesidad de no influir en este consentimiento mediante incentivos económicos y en el derecho del sujeto y de sus familiares eventualmente afectados a no ser informados de los resultados. La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, de UNESCO -(2005) Universal Declaration on Bioethics and Human Rights-, en su artículo 6°, habla del derecho a revocar el consentimiento. La European Society of Human Genetics en el año 2003, establece recomendaciones para el manejo y almacenamiento de datos genéticos, y bancos de ADN, en investigación biomédica a humanos; aconsejando incluir indicaciones de carácter técnico, social y ético⁶; el Código de Regulaciones Federales para la Protección de Sujetos Humanos, del National Human Genome Research Institute de los Estados Unidos, del 2005, se refiere también en consonancia. El art. 4 de la Declaración Universal sobre Genoma Humano y Derechos Humanos (UNESCO) del 11 de noviembre de 1997 señala específicamente que: “El genoma humano en su estado natural no puede dar lugar a beneficios pecuniarios”.

⁴ Organización Mundial de la Salud

⁵ United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura).

⁶ European Society of Human Genetics. *European Journal of Human Genetics*. 2003. 11, pp. 906-908.-

Estas normativas no están muchas veces contestes con determinadas situaciones particulares, como se podrá observar al tratar más adelante aspectos relativos a patentabilidad de embriones humanos en el orden internacional.

DERECHOS SOBRE EL CUERPO HUMANO: NORMATIVA CIVIL Y PENAL NACIONAL

La regulación de los avances científicos de carácter biomédicos en nuestro país era una deuda pendiente desde finales del siglo XX, ya que nuestra legislación había quedado muy rezagada en relación a ellos. Era necesario dictar una legislación que estableciera los presupuestos mínimos. Así, el nuevo Código Civil y Comercial argentino (CCC⁷) -que entró en vigencia en agosto de 2015- incorpora un artículo específico referido al cuerpo humano: art. 17.- *Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales*”. Lo que llama la atención es la ubicación de este articulado en el Código, ya que figura entre los bienes y que sepamos el cuerpo de una persona va más allá de ser un “bien”, toda vez que hace a su esencia.

En cuanto a los adolescentes y el derecho a la disposición del propio cuerpo, el art.26 del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina, en cuanto al ejercicio propio de los adolescentes de su derecho a la disposición del propio cuerpo, es muy interesante desde el punto de vista normativo, compatibilizando con los derechos consagrados en la Constitución Nacional art 75 inc. 22- Convención sobre los Derechos del Niño. Así el nuevo artículo 26 dispone: “...*Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis 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, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre*

⁷ Código Civil y Comercial, en adelante CCC.

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 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo". Por su parte, el art. 25 del CCC, luego de mantener la actual categoría de *menor de edad* para las personas que no hayan cumplido 18 años, incorpora la noción de *adolescente*, definiéndolo como aquella "persona menor de edad que cumplió trece años".

Para los redactores del CCCN⁸ surgen problemas "cuando se advierte que el cuerpo humano y sus partes, tales como las piezas anatómicas, órganos, tejidos, células, genes, pueden ser separados, aislados, identificados, y luego transplantados, patentados, transferidos comercialmente". Ante ello, se presentan posturas contradictorias respecto del tratamiento que el Derecho deba dispensar a este nuevo fenómeno, según que se le confiera al cuerpo y sus partes un valor patrimonial; que se niegue dicho alcance o que, acercándose a esta última postura, se le reconozca otras valoraciones. La primera, ostensible en la legislación norteamericana, considera, según añaden los Fundamentos, que "es posible separar elementos que se califican como 'cosas', que tienen un precio y pueden ser patentados, transferidos y sometidos al comercio dentro de ciertos límites". La segunda, presente en Francia, estima que "el cuerpo humano es inviolable y que sus elementos (...) no podrán ser objeto de ningún derecho de naturaleza patrimonial". La tercera es la asumida por el documento cuando expresa que "los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social" (énfasis añadido). Consecuencia de lo anterior, la norma indica que "sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores". A su vez, coherente con el sentido del Título Preliminar deriva la reglamentación del tópico a "leyes especiales"...en los Fundamentos se critica la concepción patrimonialista del cuerpo humano ya que, para los redactores, esta postura plantea "problemas lógicos", porque el derecho de propiedad "sobre una cosa lo tiene el titular" y es "inescindible de ella"; "problemas éticos", porque "se afecta la dignidad humana"; "problemas vinculados a (...) la economía misma, porque un grupo de empresas podría

⁸ Fundamentos, III, 7, 6 citado por Fuente de información: Infojus: Fuente: Infojus Código Comentado.

comercializar a gran escala partes humanas (...) con todas las derivaciones, imposibles de calcular en este momento”. Empero, y precisamente por ello, “la abstención no es una respuesta válida porque, en ausencia de regulación, la comercialización será inevitable con sus graves consecuencias”... El cuerpo o sus partes tienen valor “afectivo (representa algún interés no patrimonial para su titular), terapéutico (tiene un valor para la curación de enfermedades), científico (tiene valor para la experimentación), humanitario (tiene valor para el conjunto de la comunidad), social (tiene valor para el conjunto de la sociedad)”. Y concluye: “es preferible esta enumeración que es limitativa del concepto, a una enunciación negativa (‘bienes que no tienen un valor económico’ o ‘extrapatrimoniales’)⁹.

Por su parte es importante establecer la correlación normativa tuitiva del CCCN con nuestro Código Penal, por cuanto este último impone sanciones retributivas a aquellos bienes jurídicos tutelados, bienes en nuestro caso que están en consonancia con esta temática que abordamos y trata el CCCN. El Código Penal dispone en su articulado sanciones retributivas a los que *por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte (art. 84) o al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este código (art. 85), si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro (art. 90), si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir (art. 91), el que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud (art. 92).*

También nos parece importante incluir el art. 174 inc. 2, por cuanto está en juego el interés de un menor ya que lo protege la Convención sobre los Derechos del Niño (lo es hasta los 18 años conforme el art. 25 del

⁹ Fuente de información: Infojus: Fuente: Infojus Código Comentado,

CCCN) y 26 del CCCN¹⁰ *El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo;*

INVESTIGACIONES Y PRÁCTICAS GENÉTICAS EN SERES HUMANOS

En relación a las prácticas genéticas, el CCC las define, en su artículo 57, como “*toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmite a su descendencia*”.

En el art 58 pone limitaciones específicas y así establece que: *La investigación médica en seres humanos mediante intervenciones, tales como tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente, sólo puede ser realizada si se cumple con los siguientes requisitos:*

- a) describir claramente el proyecto y el método que se aplicará en un protocolo de investigación;*
- b) ser realizada por personas con la formación y calificaciones científicas y profesionales apropiadas;*
- c) contar con la aprobación previa de un comité acreditado de evaluación de ética en la investigación;*
- d) contar con la autorización previa del organismo público correspondiente;*
- e) estar fundamentada en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles que*

¹⁰ Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis 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, el adolescente debe prestar 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 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

- representan para las personas que participan en la investigación y para otras personas afectadas por el tema que se investiga;*
- f) contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable;*
 - g) no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación;*
 - h) resguardar la intimidad de la persona que participa en la investigación y la confidencialidad de su información personal;*
 - i) asegurar que la participación de los sujetos de la investigación no les resulte onerosa a éstos y que tengan acceso a la atención médica apropiada en caso de eventos adversos relacionados con la investigación, la que debe estar disponible cuando sea requerida;*
 - j) asegurar a los participantes de la investigación la disponibilidad y accesibilidad a los tratamientos que la investigación haya demostrado beneficiosos.*

El Código Penal en consonancia con su misión de tutelar bienes jurídicos impone sanciones al que *propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas (art 202)* o si *fuere cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo (art. 203).*

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL EN MATERIA DE PATENTABILIDAD DE EMBRIONES HUMANOS¹¹

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Es interesante la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con sede en Luxemburgo (Nº C-34/10, del 18/10/2011) que interpreta el art.6.2.c de la Directiva 98/ 44 sobre Patentamiento a

¹¹ Ver <http://www.villaverde.com.ar/es/novedades/definici-n-de-embri-n-patentable-nueva-sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-uni-n-europea/>

instancias de un Tribunal Federal de Patentes Alemán. Se motiva la misma en razón de plantearse una cuestión prejudicial en materia de protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. La sentencia interpretativa establece lo siguiente:

1) El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, debe interpretarse en el sentido de que:

- Constituye un «embrión humano» todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis.
- Corresponde al juez nacional determinar, a la luz de los avances de la ciencia, si una célula madre obtenida a partir de un embrión humano en el estadio de blastocito constituye un «embrión humano» en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c, de la Directiva 98/44.

2) La exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales contemplada en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 también se refiere a la utilización con fines de investigación científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil.

3) El artículo 6, apartado 2, letra c, de la Directiva 98/44 excluye la patentabilidad de una invención cuando la información técnica objeto de la solicitud de patente requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima, sea cual fuere el estadio en el que éstos se utilicen y aunque la descripción de la información técnica reivindicada no mencione la utilización de embriones humanos.

Indudablemente que de este fallo se deduce que el Tribunal deja al juez nacional la facultad de determinar “a la luz de los avances de la ciencia, si una célula madre obtenida a partir de un embrión humano en el estadio de blastocito constituye un «embrión humano» en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c, de la Directiva 98/44”.

Es decir que, sólo podrá ser patentable la utilización de los embriones con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil.

En la Argentina, tanto los genes como las secuencias de genes, han sido excluidos de la patentabilidad. La materia ha sido regulada en la Ley 24.481. Además en cuanto a la fecundación el CCCN elimina la expresión “en el seno materno”¹², pues aunque algunos manifiesten una valoración negativa respecto a las técnicas de fecundación asistida, fundada en la manipulación genética y embrionaria (selección eugenésica, descarte y crio-conservación de embriones, etc.), en caso que de hecho se produzca la concepción de un nuevo ser humano fuera del seno materno, el mismo es una persona humana, titular del derecho a la vida, a la integridad y a la dignidad humana. Su práctica por ejemplo está prohibida en Austria e Irlanda y autorizada, entre nosotros, por el art. 14, inc. “b” de la ley 11.044 de la Prov. de Buenos Aires. El nuevo Código establece en art. 9º, cláusula segunda, de la ley 26.994 mediante la que se lo sanciona que “la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial”¹³.

(...)”Sobre la base de los problemas expuestos y teniendo en cuenta los principios que gobiernan la ciencia de la bioética (autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia), se han estructurado los siguientes estándares, también receptados por el legislador (arts. 55/59 y 279 del nuevo Código y 15 de la ley 24.193): a) deber de información respecto del alcance de las prácticas a realizar en el cuerpo y sobre el eventual aprovechamiento comercial y/o patentamiento de la investigación; b) libre asentimiento sobre la ejecución de aquellas prácticas y sobre el referido empleo comercial y/o registro de las investigaciones emprendidas, y c) sobre su revocación, antes y durante la ejecución de las mismas; d) el destino a darse al bien de cesión “debe ser el mismo del que fue informado al cedente y respecto del cual prestó su asentimiento”; d) los actos de disposición de las partes separadas del cuerpo no deben ser contrarios a la ley, moral y buenas costumbres... El artículo del CCC es deliberadamente “abierto”, en tanto el último segmento de la oración sujeta la “disponibilidad” del cuerpo o de sus partes “cuando se configure algunos de esos valores y según lo dis-

¹² Fundamento 2.3 http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo81/files/UCA_-_REFORMA_-_INFORME_GENERAL_-_FINAL.pdf

¹³ http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo81/files/UCA_-_REFORMA_-_INFORME_GENERAL_-_FINAL.pdf

pongan las leyes especiales” ya que, se señala en los Fundamentos, “hay demasiada variedad que hace necesario remitir a la legislación especial la regulación de cada uno de los casos”. El criterio está en sintonía con la idea de que este no es un Código hermético, además de que reconoce el dinamismo y la complejidad de la vida social, de modo que numerosas cuestiones como la presente, que exhiben un especial tecnicismo, no pueden receptarse en su seno”¹⁴.

ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES INTERNACIONALES

Analizaremos los antecedentes jurisprudenciales internacionales con-
testes con esta problemática. Y al respecto se verá que la jurisprudencia
no es armónica en el tratamiento de la temática abordada.

Caso Moore Vs. University Of California” y la regulación del juez Sweet

En 1990, en el caso “*MOORE VS. UNIVERSITY OF CALIFORNIA*”, la Corte Suprema de Estados Unidos admitió derechos de patente sobre una línea celular humana, que había sido extraída sin consentimiento del bazo de John Moore, un paciente de leucemia que producía altos niveles de una proteína, útil y rentable. El paciente que no había dado autorización, ni sabía que le habían extraído células con esos fines, reivindicó la participación en la rentabilidad derivada de su utilización. La Corte aceptó la validez de la patente y resolvió que Moore no tenía derecho de propiedad sobre las células, luego de ser extraídas de su cuerpo, por no ser ya las mismas que le habían extraído. Se sostuvo además que la donación de un órgano humano para la investigación científica no genera derechos lucrativos para el donante, aunque le reconoció el derecho a demandar a los médicos por no haber sido informado sobre el valor comercial de la línea celular¹⁵.

Con fecha 29/3/2010, el Juez Robert Sweet del Distrito del Sur de Nueva York resolvió que los genes no son patentables, ya que el simple

¹⁴ Fuente de información: infojus: Fuente: Infojus Código Comentado_

¹⁵ Idem <http://www.villaverde.com.ar/es/novedades/definici-n-de-embri-n-patentable-nueva-sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-uni-n-europea/>

hecho de aislar el gen no lo convierte en un invento del hombre. En su pronunciamiento, invalidó el patentamiento de genes humanos en respuesta a la demanda interpuesta por varias asociaciones, incluyendo la Unión Americana por las libertades civiles. Este juez sostenía, al respecto que “la identificación de las secuencias del BRCA1 y BRCA2 es un hito científico de un valor incuestionable que merece reconocimiento, pero esto no implica que sea algo sobre lo que se pueda poseer una patente” (...) Dichos genes “son productos de la naturaleza, no invenciones, y por tanto no pueden estar sujetos a las leyes de propiedad intelectual” (...) “La purificación de un producto natural, sin más, no puede transformarse en una patente. Y como el ADN aislado no es diferente del ADN en estado natural, no es patentable”¹⁶.

Aquí es interesante señalar y compartimos, el planteo del Director de la licenciatura en Bioética de la UADE, Alberto D’Andrea, que sostiene que, en la actualidad prima a nivel mundial, el criterio por el cual la descripción de las secuencias de bases de un gen en su estado natural es un descubrimiento y, por lo tanto, no debe ser motivo de patentes. Aunque, continúa este intelectual de la UADE, que la respuesta de la industria no tardó en llegar¹⁷. Así en mayo de ese mismo año, en la versión online de la revista *Science* se publicó un trabajo de investigación (“Creation of a Bacterial Cell Controlled by a Chemically Synthesized Genome”) en el cual el Dr. Daniel G. Gibson y su equipo de colaboradores del Craig Venter Institute, logró trasplantar un genoma sintético totalmente realizado en el laboratorio, con el que reemplazaron el de una bacteria cambiándole su identidad. Los medios se hicieron eco hablando de “se creó vida artificial” o “vida sintética”. Lo importante es que un genoma sintético es un invento y, por lo tanto, se podrá patentar y así lograr por ejemplo microalgas para producir por caso biocombustibles renovables¹⁸.

¹⁶ Ver <http://jazzvocesyfronteras.blogspot.es/i2010-05/>

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso “Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso “Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica” (28/10/2012) al referirse a la “Fecundación in vitro”, se refiere también al tema de los embriones en referencia a una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) y que es el Caso Oliver Bürstle vs. Greenpeace del 18 de octubre de 2011, excluyendo la patentabilidad de embriones humanos, entendidos en un sentido amplio, por razones éticas y morales, cuando ésta se relaciona con fines industriales y comerciales¹⁹.

Caso Vergara Sofía: demanda de sus embriones congelados

Un caso reciente y resonante es el de la actriz colombiana radicada en Estados Unidos Sofía Vergara, que en diciembre de 2016 es demandada en el estado de Louisiana por dos embriones llamados Isabella y Emma, congelados en 2013 con su entonces pareja, Nick Loeb en el condado de Jefferson, California. Se plantea en el caso que “al no nacer, se está privando a los embriones de la herencia a la que tienen derecho”. En el momento de la fertilización in vitro en 2013, la pareja firmó un contrato que establece que ninguno de los dos puede hacer nada con los embriones sin el consentimiento del otro. Vergara es demandada por Loeb en 2015 para que los embriones sean implantados en un vientre de alquiler; aunque luego retiró la demanda presentada en California. Pero, un tercero, James Charbonnet, de Nueva Orleans, que es el administrador de un fideicomiso de origen desconocido creado para *garantizar la salud, educación, mantenimiento y sustento de los embriones* presenta una demanda en representación de los embriones congelados en California, solicitando al tribunal que ordene el traslado inmediato a un útero para su desarrollo y nacimiento y que el tribunal declare nulo el contrato de fertilidad de California firmado por Loeb y Vergara, ya que no incluyó una cláusula en relación con el destino de los embriones en caso de que la pareja rompiera. “El hecho de que el caso se haya presentado en Louisiana y no en California obedece a que en

¹⁹ La sentencia se analiza en el punto **La Corte Interamericana de Derechos humanos**

Louisiana la legislación aprobada en 1986²⁰ designa dos tipos de personas: naturales y jurídicas: *una persona natural es un ser humano y una persona jurídica es una entidad a la que la ley le atribuye personalidad, como una asociación o corporación o, en este caso, óvulos fertilizados in vitro*. Lo que implica que se le otorga personalidad a los embriones, por lo tanto el estado le otorga a los embriones el explícito derecho a demandar y ser demandados, prohíbe su propiedad o destrucción y requiere que cualquier disputa en relación con su futuro sea resuelta *en el mejor de sus intereses*. En este caso, la demanda propende a la defensa del derecho a la vida y a la herencia del fideicomiso administrado por James Charbonnet, que contiene una herencia no revelada²¹.

ABORTO

La cuestión del aborto es un tema ligado a la problemática tratada, toda vez que implica por un lado la manipulación del feto y por el otro el respeto y la consideración de los derechos de la mujer, que también son privilegiados. El Código Penal Nacional permite el aborto en dos casos establecidos por el artículo 86: en el inciso 1, cuando existe peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada, se privilegia el interés en la vida o la salud de la mujer y se habilita el aborto cuando el peligro no puede ser evitado por otros medios; en el inciso 2 despenaliza el aborto en caso de violación, y especifica que cuando se tratase de la violación de una mujer “idiota o demente”, su representante legal será quien deberá consentir la práctica.

Cuando está en peligro la salud síquica de la embarazada, los tribunales argentinos lentamente han comenzado a expedirse al respecto y así, si nos atenemos a lo dicho *ab initio* sobre salud y las definiciones de organismos internacionales, se ha sostenido reiteradamente que el derecho a la salud –consagrado en la Constitución a través de los tratados de derechos humanos que la integran– debe ser entendido de forma integral,

²⁰ Louisiana es un estado pro-vida en el que los embriones tienen los mismos derechos que las personas.

²¹ Extraído de <http://www.bbc.com/mundo/noticias-38257872->

es decir, como un “completo estado de bienestar físico, psíquico y social, y no solamente la ausencia de enfermedades o afecciones”²².

En el 2008, en Bahía Blanca, un magistrado hizo lugar al requerimiento de impedir la interrupción del embarazo de una adolescente discapacitada mental. El tribunal de alzada dejó sin efecto la sentencia, y resolvió a favor del pedido del aborto no punible²³, es el caso “S.G.N s/situación”.

Uno de los casos más resonantes en la materia -por sus duras características en que se desarrolló el hecho-, fue el de Ana María Acevedo que con veinte años de edad falleciera en mayo de 2007. Tenía cáncer maxilar y un embarazo de tres o cuatro semanas cuando ella y su familia solicitaron un aborto terapéutico, que fue denegado por los profesionales del Hospital Iturraspe. Cuando el parto finalmente se llevó a cabo, Ana María entró en coma farmacológico y días después murió. El bebé tampoco sobrevivió. Como resultado de la denuncia promovida por la familia Acevedo junto con las abogadas de la organización “Multisectorial de Mujeres de Santa Fe”, se abrió un proceso penal que derivó en el procesamiento del ex director del Hospital Iturraspe, los jefes de servicio de ginecología y de oncología, por los delitos de lesiones culposas e incumplimiento de los deberes de funcionario público²⁴ en julio de 2008, por un Juez Correccional de Santa Fe.

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ²⁵

Casi al finalizar el año 2012, un hito altamente significativo se ha producido en el ámbito de los derechos reproductivos por cuanto en esta temática se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expresión más autorizada de la región y obligatoria para todos los Estados

²² BERGALLO Paola y Ramón Michel Agustina, “El aborto no punible en el derecho argentino” en http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas_Informativas/09_Bergallo_Michel.pdf.

“R., L. M.”, 31/7/2006, *LLBA*, agosto de 2006, 895.

²³ TRIBUNAL DE FAMILIA DE BAHÍA BLANCA, “S.G.N s/situación”, 1/10/2008, Causa 30.790.

²⁴ Cfr. BERGALLO Paola y RAMÓN MICHEL Agustina, “El aborto no punible en el derecho argentino” en http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas_Informativas/09_Bergallo_Michel.pdf. Abril 2009. N°9 y <http://redbioetica.com.ar/ana-maria-acevedo/>.

²⁵ Cfr. http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235

que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos y se han sometido a su jurisdicción. Se trata del caso “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica”.

En 1997, el Poder Ejecutivo de Costa Rica reguló la práctica de la fecundación in vitro (FIV); en el año 2000, el decreto del Ejecutivo fue declarado inconstitucional por la Sala Constitucional de ese país; ese tribunal consideró que los embriones in vitro tienen derecho a la vida, y la FIV, de manera consciente y voluntaria, causa una elevada pérdida de embriones, incompatible con ese derecho a la vida. El resultado de esa decisión judicial fue la prohibición de la práctica. En 2001, un grupo de personas se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión sostuvo que la prohibición costarricense constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada, a la vida familiar, al derecho a conformar una familia, y una violación al derecho de igualdad. Por lo tanto, recomendó a Costa Rica levantar la prohibición de la FIV y asegurar que la futura regulación sea acorde con la Convención. Ante el incumplimiento de la recomendación, luego de tres prórrogas, el 29/07/2011, la Comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte. El 28/11/2012, ese tribunal condenó a Costa Rica y dijo que prohibir la fertilización in vitro viola el derecho a la privacidad, a la libertad, a la integridad personal, a la no discriminación y el derecho a formar una familia.

La Corte ratificó que el acceso a la reproducción humana asistida debe estar garantizado legalmente. Al analizar el art. 4.1 de la Convención y la naturaleza del embrión, ingresó en un ámbito de necesario abordaje en América Latina, como es la de la interrupción del embarazo. Establece en el considerando 222 que respecto al artículo 4.1. de la Convención que “el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada” y en el considerando 264 que “el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1. de la Convención Americana”²⁶. Además el término *concepción*, lo interpreta como un proceso que se puede considerar hasta la implantación del embrión, y no desde la fertilización o unión de ovulo y espermatozoide

Así:

²⁶ CIDDHH. “Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.

1. Expresó que los derechos reproductivos integran los derechos humanos: hay un derecho a procrear y un derecho a no procrear. En el considerando 143 afirma al respecto "Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico." Y en 146 señala que "el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho "a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos". Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos".

2. Interpretó el término *concepción*, contenido en el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y lo asimiló a *anidación*. Al respecto sostiene en el considerando "173. (...) Para analizar si existe una obligación de protección absoluta en esos términos [que el Estado garantice una vida digna], la Corte procede a analizar el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana respecto a las palabras *persona, ser humano, concepción y en general*".

Y sostiene en el considerando 179 "la definición de *concepción* que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer". En el considerando 186 resalta que en la *concepción*, "la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética

suficiente para el posible desarrollo de un *ser humano*, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (...). [Y] 187. En este sentido, la Corte entiende que el término *concepción* no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada *Gonodotropina Coriónica*, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación. (...) 189. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término *concepción* desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Finalmente destaca que la *concepción* en el sentido del artículo 4.1 -en una interpretación sistemática, histórica, corriente y evolutiva- “tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general (considerando 264)

Reconoció que un óvulo fecundado da paso a una célula diferente, con la consecuente información genética suficiente para el posible desarrollo de un *ser humano*; pero si ese embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer, sus posibilidades de desarrollo son nulas, pues no recibe los nutrientes necesarios, ni está en un ambiente adecuado. *Concepción* presupone, pues, existencia dentro del cuerpo de una mujer. Prueba de esta conclusión es que solo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que el óvulo fecundado se ha implantado en el útero y se produce una hormona detectable únicamente en una mujer que tiene un embrión anidado. En definitiva, afirma que el tér-

mino *concepción* al que alude la Convención Americana se refiere al momento en que se produce la *anidación*.

Esta afirmación es importante no solo en el campo de la reproducción humana asistida sino también en el de los derechos sexuales y reproductivos, ya que legitima los métodos anticonceptivos, en especial, los hormonales de emergencia, tales como la pastilla del día después. La sentencia permite afirmar que tales métodos no atentan contra el derecho a la vida consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos ni son abortivos, debido a que no hay embarazo mientras no hay anidación, proceso que esos métodos impiden.

3. En su considerando 273 afirma que “el *derecho absoluto a la vida del embrión* como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana” sosteniendo al efecto que un embrión no implantado, o sea, un embrión in vitro, no es persona y agregó que las tendencias en el derecho internacional y comparado no conducen a considerar que el embrión deba ser tratado de igual manera que una persona nacida, ni que titularice un derecho a la vida. El embrión y el feto gozan de una protección gradual e incremental, no absoluta. Es decir, la protección del derecho a la vida *desde la concepción*, mencionado en el art. 4 de la Convención, se vincula al mayor o menor desarrollo de ese embrión.

Esta afirmación es crucial, atento a que, al reconocer condicionalidad, relatividad y gradualidad a la protección del embrión y del feto, las leyes que regulan la interrupción del embarazo tienen que ser coherentes con la regla de que el embrión no tiene derechos absolutos; de allí que una prohibición total y absoluta de la interrupción del embarazo que no atendiese a otros derechos en conflicto violaría la Convención.

4. Enfatizó la necesidad de proteger los derechos humanos, en especial, los derechos de las mujeres y, por eso, el legislador debe permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el considerando 226 resalta al respecto la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y en el considerando 227: “Los informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (en adelante Comité de la “CEDAW” por sus siglas en inglés) dejan en claro que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación”.

Se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero en los que se diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida, recalando que todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre. Por lo tanto, la Corte Interamericana concluye que el objeto de la cláusula del art. 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. Por eso, no puede alegarse la protección absoluta del embrión, anulando otros derechos, en especial, los derechos de la mujer. En el considerando 227 sostiene que “El Comité ha establecido que la prohibición absoluta del aborto, así como su penalización bajo determinadas circunstancias, vulnera lo dispuesto en la CEDAW”. Se refiere al Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en ingles).

Esta afirmación también es de suma relevancia en tanto pone énfasis en el respeto y la consideración de los derechos de la mujer, que también son privilegiados. De esta forma, la Corte Interamericana se enfrentó a un tema por demás sensible, como es la naturaleza jurídica del embrión y su clara incidencia en dos cuestiones que hacen a los derechos sexuales y reproductivos: el derecho a procrear y a no procrear. Es así que la Corte no solo ha legitimado la reproducción humana asistida, sino que también ha avanzado hacia una ampliación en el concepto de *concepción*. Y de allí lo manifestado en el considerando 311. “(...) la Corte encuentra desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV. El Tribunal comparte el concepto del perito Zegers-Hochschild según el cual “[e]s fundamental desde una perspectiva biomédica diferenciar lo que significa proteger el derecho a la vida de lo que significa garantizar el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualesquier regulación social o jurídica. Lo que corresponde a las instituciones responsables de las [técnicas de reproducción asistida], es proveer a las estructuras celulares (gametos y embriones) de las mejores condiciones con que cuenta el conocimiento médico y científico para que la potencialidad de ser persona, pueda expresarse al nacer [...]”. El Tribunal reitera que, precisamente, uno de los objetivos de la FIV es contribuir con la creación de vida”.

Debemos destacar que cita a la Corte Suprema de Justicia de Argentina, “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, Sentencia de 13 de marzo

de 2012, F. 259. XLVI., Considerando 10. En nota 423 al señalar en el considerando 263 “La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha señalado que ni de la Declaración Americana ni de la Convención Americana se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance de las normas penales que permiten el aborto en ciertas circunstancias, ‘por cuanto las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto’” como el previsto en el Código Penal argentino”.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

Corte Suprema de Justicia de la Nación: Despenalización del aborto en caso de abuso, “F.A.L s/ medida autosatisfactiva”²⁷

Nuestra CSJN en marzo de 2012 exhortó a implementar protocolos hospitalarios, confirmando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Chubut que, en marzo de 2010, autorizara la realización de la práctica de aborto respecto de la joven A.G identificada así para preservar su intimidad, de 15 años de edad, quien quedara embarazada como consecuencia de haber sido violada por su padrastro, un oficial mayor de la policía de Chubut, rechazando así el recurso extraordinario que, en representación del nasciturus, interpusiera el Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut. En 2010, la joven, que finalmente se sometió a la operación, fue eximida de pena por el Superior Tribunal de esa provincia, y la Corte Suprema confirmó la decisión.

El Fallo de la Corte sienta tres reglas: La primera, que la Constitución y los tratados de derechos humanos no sólo no prohíben la realización de esta clase de abortos sino que, por el contrario, impiden castigarlos respecto de toda víctima de una violación en atención a los principios de igualdad, dignidad de las personas y de legalidad. De este modo, se puso fin a la incertidumbre relacionada con el alcance del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, en tanto algunas instancias judiciales han entendido que éste sólo se aplica respecto de la víctima de una violación que poseyera

²⁷ CSJN, 13/03/2012- F. 259. XLVI.

alguna discapacidad mental. La segunda: que los médicos en ningún caso deben requerir autorización judicial para realizar esta clase de abortos, debiendo practicarlos requiriendo exclusivamente la declaración jurada de la víctima, o de su representante legal, en la que manifieste que el embarazo es la consecuencia de una violación. La tercera: que los jueces tienen la obligación de garantizar derechos y su intervención no puede convertirse en un obstáculo para ejercerlos, por lo que deben abstenerse de judicializar el acceso a estas intervenciones, las que quedan exclusivamente reservadas a lo que decidan la paciente y su médico.

El Diario La Nación²⁸ del 13 de marzo de 2012, al igual que lo hicieron la mayoría de los medios gráficos y audiovisuales del país, resalta la sentencia de la CSJN como un fallo histórico. La sentencia sienta importante jurisprudencia en un tema que genera constantes debates ya que con esta se establece por unanimidad que las mujeres violadas, sean normales o insanas, podrán practicarse un aborto sin necesidad de autorización judicial previa ni temor a sufrir una posterior sanción penal. También estará exento de castigo el médico que practique la intervención.

Según el fallo de la Corte, para que la mujer pueda realizarse la práctica, deberá completar una declaración jurada dejando constancia del delito del que fue víctima para que los profesionales que la asistan puedan efectuar el aborto sin responsabilidad penal. El máximo tribunal interpretó el Código Penal diciendo que “no resulta punible la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación y que cualquier caso de aborto no punible no está supeditado a un trámite judicial”. Exhortó, además, a implementar protocolos hospitalarios para atender esos casos. Con esto, resolvió poner fin a las interpretaciones del código penal que hacen algunos jueces al sostener que la eximición de pena es sólo para los casos en que la víctima de violación tuviera alguna discapacidad mental. Si bien el aborto ya se había realizado, la Corte consideró que se configuraba uno de los supuestos de excepción que, según su jurisprudencia, la autoriza a pronunciarse toda vez que considere “necesario el dictado de un pronunciamiento que pudiera servir de guía para la solución de futuros casos análogos”. En la decisión, se tuvieron en cuenta la posición de la Organización Mundial de la Salud en la materia y distintos pronunciamientos

²⁸ <http://www.lanacion.com.ar/1456233-fallo-historico-la-corte-eximio-de-pena-a-las-mujeres-violadas-que-aborten>

del Comité de Derechos Humanos y del Comité de los Derechos del Niño, ambos de Naciones Unidas que marcaron la necesidad de garantizar el acceso seguro a los abortos no punibles en nuestro país y la eliminación de las barreras institucionales y judiciales que han impedido a las víctimas de una violación acceder a un derecho reconocido por la ley.

En síntesis, la Corte Suprema interpreta el artículo 86 inciso 2° del Código Penal como última *juris ratio* en el sistema judicial argentino. Y lo hace en forma amplia y concluyente.

Así, se reafirma, con este pronunciamiento, el imperio del principio de legalidad que indica que las leyes están para ser cumplidas, por lo que no puede impedirse a estas víctimas ejercer su derecho a interrumpir el embarazo. En ese sentido, el voto mayoritario sentó tres reglas claras: la primera, que la Constitución y los tratados internacionales no sólo no prohíben la realización de abortos sino que, por el contrario, impiden castigarlos respecto de toda víctima de una violación. También señaló que los médicos en ningún caso deben requerir autorización judicial para realizar esta clase de abortos, debiendo practicarlos requiriendo exclusivamente la declaración jurada de la víctima, o de su representante legal, en la que manifieste que el embarazo es la consecuencia de una violación. Por último, recordó que los jueces tienen la obligación de garantizar derechos y su intervención no puede convertirse en un obstáculo para ejercerlos, por lo que deben abstenerse de judicializar el acceso a estas intervenciones, las que quedan exclusivamente reservadas a lo que decidan la paciente y su médico²⁹.

Este fallo fue criticado por sectores sociales vinculados a la iglesia católica, como por ejemplo, el presidente de la Conferencia Episcopal Argentina, José María Arancedo, que advirtió que “el aborto es la supresión de una vida inocente, y no existe ningún motivo ni razón que justifique la eliminación de una vida inocente, ni siquiera en el caso lamentable y triste de una violación”³⁰.

²⁹ La Nación 13 de marzo 2012.

³⁰ La Nación 13 de marzo 2012.

El caso Belén de Tucumán- imputada de un caso aborto espontaneo- y el Comité de Derechos Humanos de la ONU³¹

Belén -no es su verdadero nombre para preservar su identidad- es una joven de 27 años que se encontraba privada de su libertad en Tucumán por más de dos años. El caso se suscita a raíz de que tras sufrir un aborto espontáneo acude a un hospital público y por ello fue inculpada de “homicidio agravado por el vínculo”. En una primera instancia, la causa fue caratulada “homicidio doblemente agravado por el vínculo y por alevosía”; luego se cambia la carátula con reducción de la pena al considerar “como atenuante el estado de puerperio en el que estaba cuando ocurrió el hecho”.

El Comité de Derechos Humanos (CDH) de la ONU con sede en Ginebra y que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Políticos, tratado con rango constitucional en la Argentina, en un informe publicado el 15 de julio de 2016 exhortó al Estado argentino a revisar “el caso de Belén”, a la luz de los estándares internacionales en la materia, “con miras a su inmediata liberación”. Entre las recomendaciones del organismo es que se “considere la descriminalización del aborto” y además, en razón de la cantidad de adolescentes embarazadas, multiplique y asegure los programas de educación sexual incrementando los “esfuerzos para prevenir y combatir todas las formas de violencia de género, instando a que la Justicia debe “investigar de manera pronta y efectiva los hechos de violencia contra la mujer, enjuiciando e imponiendo sanciones apropiadas”, y que se “debe además hacer efectivo el derecho de las víctimas a una reparación que incluya una adecuada y justa compensación, así como capacitación y sensibilización para enfrentar la violencia de género en todos los ámbitos”.

En las observaciones al Estado argentino se incluyen tres ejes vinculados con los derechos de las mujeres: “Igualdad de género”, “violencia de género y doméstica” e “interrupción voluntaria de embarazo”. En relación a la interrupción voluntaria del embarazo, el CDH destacó el fallo de la Corte Suprema (caso F.A.L., 2012)³², que clarificó los alcances de los abortos

³¹ www.pagina12.com.ar, 16 y 19 de julio de 2016.

³² La CSJN en el caso “A. F. s/medida autosatisfactiva”, en marzo de 2012 interpretó el Código Penal diciendo que no resulta punible la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación y que cualquier caso de aborto no punible no está supeditado a trámite judicial, y quedan exclusivamente reservadas a lo que decidan la paciente

no punibles. Pero al mismo tiempo expresó su preocupación por el hecho de que su aplicación “no es uniforme” en todo el país, y que “el aborto legal resulte, muchas veces, inaccesible por la falta de instrumentación de protocolos médicos, del ejercicio individual de objeción de conciencia por parte de los trabajadores de la salud u otros obstáculos de facto”.

El CDH toma entre sus múltiples consideraciones, que Belén llevaba presa 900 días y que su expediente adolecía de graves falencias y una mala defensa en relación al art 18 de la CN³³.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU también pidió por ella. Finalmente, la Corte Suprema de Tucumán resuelve su liberación en agosto de 2016³⁴.

Los vocales de la Corte de Tucumán Antonio Gandur, Antonio Estofán y Daniel Posse dispusieron que las actuaciones regresen a la Sala III de la Cámara Penal, integrada por los magistrados Dante Ibáñez, Néstor Rafael Macoritto y Fabián Fradejas, que la había condenado por el delito de “homicidio por circunstancias extraordinarias de atenuación”, al considerar que “en la investigación quedó comprobado que la mujer tuvo a su bebé en el baño del hospital Avellaneda, lo mató y trató de deshacerse de la criatura arrojándola al inodoro tras cortar el cordón umbilical”. Al declarar ante el tribunal, Belén aseguró que ni siquiera sabía que estaba embarazada cuando fue a atenderse en el hospital por un fuerte dolor abdominal y que allí tuvo “un aborto espontáneo” de un feto de aproximadamente 22 semanas de gestación, tal como indicaba su historia clínica. Según afirmó la mujer, ese fue el diagnóstico que hicieron los médicos cuando la revisaron por primera vez, pero que luego la acusaron de haber tomado fármacos para interrumpir a propósito el embarazo. Versión contradictoria con el testimonio de los profesionales que la atendieron, estos aseguraron que la mujer dio a luz en el baño y que mató al bebé, de al menos 7 meses de gestación, antes de intentar deshacerse del cuerpo arrojándolo al inodoro³⁵.

y su médico. Ver <http://www.cij.gov.ar/nota-8754-> El caso llegó por apelación de la sentencia del 8 de Marzo de 2010 del Superior tribunal de justicia. Rawson, Chubut, sala civil. Magistrados: Daniel Luis Caneo José Luis Pasutti Fernando S.L. Royer Id SAIJ: FA10150006.

³³ Ver Página12- 01-08-2016.

³⁴ Ver La Nación 16 de agosto de 2016.

³⁵ Agencia DYN 17 agosto 2016-08-17.

Es así que la Corte Suprema de Justicia de Tucumán³⁶ ordenó que Belén sea liberada, en agosto de 2016, mientras se continuaba el análisis del expediente para determinar si el proceso es nulo, al considerar que “la sola existencia de una sentencia con condena no firme, no puede por sí sola, justificar la prisión preventiva aun cuando la pena impuesta allí revista sensible gravedad, sino que siempre se impone la necesidad de un análisis circunstanciado y concreto de los antecedentes puntuales de la causa que evidencien riesgo procesal”... “en el caso no se indicó concretamente qué circunstancias evidenciarían riesgo concreto de que la encartada pudiera fugarse y, por otra parte, no se verifica posibilidad alguna de que pudiera entorpecer una investigación absolutamente agotada, en una causa en la que incluso ha sido juzgada y sentenciada”... “se torna necesario acoger favorablemente el planteo de la defensa, en tanto constituye un imperativo de justicia resguardar las garantías constitucionales del imputado y la propia responsabilidad del Estado ante una eventual privación de la libertad que pudiera ser calificada de arbitraria”³⁷.

La sentencia del máximo tribunal señala que “No resulta arreglada a derecho la sentencia que condena a la imputada sobre la base de un pleo probatorio confuso, ambiguo y contradictorio, donde se presenta un estado de incertidumbre sobre la secuencia de los hechos que no permite acreditar, con el grado de certeza que exige una sentencia de condena, que la acusada sea autora del homicidio que se le imputa, por lo que procede su absolución por aplicación del beneficio de la duda”. Los jueces consideraron que su condena fue “arbitraria” y destacaron la necesidad de capacitar al personal médico sobre los derechos de las mujeres.

Finalmente la Corte Tucumana en marzo de 2017 absolvió a Belén. Al respecto el Máximo Tribunal tucumano señala que “implicó una clara violación a la obligación de confidencialidad profesional. Ello constituye una primera manifestación de la verificación de *violencia institucional* en contra de la joven, ya que a la ruptura del compromiso de reserva profesional se sumó una sucesión de hechos que nada se condice con el trato que debe recibir una persona en claro estado de vulnerabilidad, en este caso una mujer, que fue al Hospital para recibir atención médica urgente: se la

³⁶ Casación. CSJT. San Miguel de Tucumán, 23 de Marzo de 2017.-329/2017.

³⁷ S. S. s/ homicidio doblemente agravado por el vínculo y alevosía Corte Suprema de Justicia - Tucumán - 16/08/2016

incriminó de ser autora del hecho...”³⁸... “la encartada fue absolutamente relegada de su estado de paciente, dispensándosele a partir de allí un trato directo como rea”³⁹.

DECISIÓN DE ABORTO POR VIOLENCIA DE GÉNERO

En el fallo XX de Juzgado XX de Morón del 16 de agosto de 2016⁴⁰ cuya identificación se mantiene en secreto por razones de privacidad en este caso, la imputada decidió interrumpir el embarazo que gestaba a causa de la situación de violencia que atravesaba con su pareja y, para ello, se dirigió a un centro de salud donde le entregaron un blister con el medicamento denominado Oxaprost, utilizado para este tipo de prácticas en razón de que su embarazo le provocaba una especial situación de ansiedad y angustia y así lo entendió el sentenciante que estableció en su decisorio que “la autodeterminación de la madre para adoptar decisiones sobre su propio cuerpo, sino también que el uso del término ‘salud’ es el que ‘ampara el derecho a la salud en forma integral’ por lo que no considera “adecuado escindir, según las eventuales consecuencias posibles a la salud mental de la madre de llevar el embarazo a término; y limitar el criterio y la justificación legal a los casos en los que peligre, exclusivamente, la salud física de la mujer embarazada”. Se entiende que si bien nuestro sistema legal prohíbe el aborto, y que el límite legal a los casos está en el artículo 86 del Código Penal; y, que aunque en este caso “no ha existido denuncia de violación, al menos desde el plano formal; no menos cierto es que la imputada habría sido víctima de situaciones de violencia por parte del padre del no nato... entendiendo que los elementos probatorios consignados permiten suponer fundadamente que el suceso existió; que es facultad de la víctima el denunciarlo o no; y que ese pudo haber sido el fundamento del aborto, de modo que las médicas procedieron justificadamente a hacer efectiva la voluntad de la madre”. Es así que, en una interpretación amplia, siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo FAL, se resuelve disponer el sobreseimiento.

³⁸ Cfr Casación. CSJT. San Miguel de Tucumán, 23 de Marzo de 2017.-329/2017.

³⁹ Ídem.

⁴⁰ <http://www.diariojudicial.com/> Tanto diario judicial como SAIJ - Ministerio de Justicia boletin@saij.gob.ar no especifican más datos.

MÉDICOS IMPUTADOS POR NEGARSE A REALIZAR ABORTO NO PUNIBLE⁴¹

A comienzos de noviembre de 2017 dos médicos del hospital Pedro Moguillansky en Cipolletti, Rio Negro, fueron imputados por incumplimiento de los deberes de funcionario público, acusados de negarse a cumplir la ley que prevé el aborto no punible. Los representantes del Ministerio Público Fiscal sostuvieron que el 2 de abril una mujer que cursaba un embarazo no deseado -producto de un delito contra la integridad sexual⁴²- ingresó al centro de salud público con una derivación del hospital de Fernández Oro. La paciente le aseguró al profesional que la atendió en la guardia que tenía intenciones de interrumpir el embarazo en curso y por eso había tomado pastillas para inducir un aborto. Pero el médico lo habría impedido mediante la aplicación de medicamentos cuya función se centra en inhibir las contracciones que la mujer estaba teniendo, incumpliendo la ley provincial y la nacional que surgió luego de la experiencia rionegrina.

La segunda parte del hecho imputado explica que el responsable de la guardia, teniendo conocimiento del deseo de la mujer, no realizó las acciones tendientes a la producción del aborto. La fiscalía también afirmó que la mujer habría llenado la declaración jurada para los casos en los que la mujer fue abusada, que garantiza la realización de la práctica y la legalidad de la actuación del médico. A la segunda médica imputada se le atribuye que al hacerse cargo de la guardia y tras ser informada por la paciente de la decisión de practicarse un aborto, no realizó ninguna acción médica, violando así las reglamentaciones vigentes.

⁴¹ Ver <https://www.lmneuquen.com/dos-medicos-seran-juzgados-negarse-realizar-un-aborto-n570368> /8 de noviembre de 2017.

⁴² Según la ley provincia: se puede interrumpir un embarazo si hay riesgo para la salud integral de la mujer o *si el embarazo fue producto de una violación* y por otra parte establece que los médicos sólo pueden negarse a actuar si antes se inscribieron en el registro de objeción de conciencia. Pero no pueden evitar el procedimiento: debe efectuarlo otro profesional.

CONCLUSIONES FINALES

La doctrina y la jurisprudencia internacional ponen el acento en la libre disposición del cuerpo con un carácter amplio que hace a la libertad de elección de cada una de las personas, negándosele el valor comercial; trascendiendo de este modo las esferas de lo meramente físico. En consonancia con ello en el CCC, en el artículo 17, les niega valor comercial, asignándosele en el plano afectivo, terapéutico, humanitario, social y científico. Le reconoce al titular el disponer de esos derechos de acuerdo a las leyes que reglamenten el ejercicio y obviamente restringida por la moral y los derechos de otros. Además, el artículo 56 establece prohibiciones en los actos de disposición sobre el propio cuerpo, que requiere siempre la conformidad de la persona, revistiendo el permiso el carácter de revocable. Esas limitaciones son: Si ocasionan una disminución en su integridad de carácter permanente o si resultan contrarios a las buenas costumbres, la moral o a las leyes. Como excepciones se fija que sean absolutamente necesarios para que mejore esa persona su salud; o para la de otros.

A través de la normativa jurídica innovada a partir del nuevo CCC –y las conductas consideradas lesivas por el Código Penal- el legislador ha buscado adaptar el Derecho a los valores de una sociedad diferente, distinta, producto de los avances científicos cuyas relaciones ha buscado regular fundamentalmente a partir de las declaraciones, convenciones y normativas a nivel internacional que desde la segunda mitad del siglo pasado han venido dictándose.

En algunos aspectos se ha quedado atado a concepciones religiosas, en otros ha avanzado, en algunos ha tenido en cuenta a la persona por sobre las relaciones familiares.

Como se ha analizado en el presente trabajo, señaera es la decisión de la CSJN en caso de abuso -2013- y la interpretación de la CIDDHH en el caso Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica en 2012, como así también el informe de la CDH de la ONU de julio de 2016. Recordemos que:

La CIDDHH a fines del 2012 señala que el objeto y fin de la cláusula «en general» del art. 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. Por eso, no puede alegarse la protección absoluta del embrión, anulando otros derechos, en especial, los derechos de la mujer. Aquí es importante destacar el fallo citado ya que deja abierto el debate desde cuándo, desde qué momento se considera persona.

El CDH de la ONU destacó el fallo de la Corte Suprema (caso F.A.L., 2012)⁴³, que clarificó los alcances de los abortos no punibles. Pero al mismo tiempo expresó su preocupación por el hecho de que su aplicación “no es uniforme” en todo el país, y que “el aborto legal resulte, muchas veces, inaccesible por la falta de instrumentación de protocolos médicos, del ejercicio individual de objeción de conciencia por parte de los trabajadores de la salud u otros obstáculos de facto”. De allí que consideramos necesaria una legislación homogénea en esta materia en el país.

Por ello, consideramos que a nuestra legislación civil le falta prever o regular con un criterio más acorde a los derechos de la mujer respecto a su disposición en materia de aborto.

El tiempo, la jurisprudencia y la doctrina irán interpretando y regulando los casos concretos que vayan presentándose. Así, por caso, el planteado en el fallo Belén y el XX de Morón, señeros en sus fundamentos y a los cuales adherimos. Es de esperar que con el tiempo las concepciones jurídicas, en relación a la libertad en las elecciones de vida y los derechos en cuestión, dejen paso a concepciones que se fundamenten en consideraciones biológico-científicas y que no estén impregnadas por lo religioso.

El principio general de libertad permite hacer y omitir lo que uno quiera o desee, siempre y cuando no sea contrario al ordenamiento jurídico –art 19 de la Constitución Nacional-, implica, por una parte, que a cada cual le está permitido hacer y omitir lo que quiera y, por otra parte, cada cual tiene un derecho frente al Estado que éste no impida sus acciones y omisiones, es decir, no intervenga en ellas. Lo que no está prohibido, está permitido. Máxime cuando de Derechos Humanos se trata, y como es el caso, la Salud y la libre disposición del cuerpo entran y están amparados en ese rango, por normativa tanto constitucional como convencional. Es así que en el uso de la biomedicina y la biotecnología debe primar el respeto al cuerpo humano y la protección de la integridad física de la persona humana.

⁴³ La CSJN en el caso “A. F. s/medida autosatisfactiva”, en marzo de 2012 interpretó el Código Penal diciendo que no resulta punible la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación y que cualquier caso de aborto no punible no está supeditado a trámite judicial y quedan exclusivamente reservadas a lo que decidan la paciente y su médico.: www.cij.gov.ar/nota-8754-

EL ESCENARIO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE POLÍTICAS AMBIENTALES EN SAN LUIS¹

Marta Susana Juliá² - María Eugenia Pérez Cubero³

Resumen: El presente artículo se propone analizar la formulación normativa de la política ambiental en la provincia de San Luis a partir del escenario del marco jurídico, político e institucional alcanzado por el sistema a nivel nacional. La construcción de la política ambiental en Argentina, formulada en normas desde la incorporación de la cláusula ambiental en la Constitución y el proceso de sanción de las leyes de presupuestos mínimos, constituye un desarrollo que determina y condiciona las políticas provinciales ambientales en diferentes aspectos. Es importante analizar estos aspectos para poder comprender algunos matices de la política ambiental expresada en las normas.

Palabras clave: Formulación normativa; Política ambiental; Política ambiental en la provincia de San Luis.

INTRODUCCIÓN

La construcción de las políticas ambientales en Argentina viene desarrollándose en los últimos cuarenta años aproximadamente, poniendo énfasis en distintas temáticas, de acuerdo a los momentos históricos, al

¹ Artículo recibido 12/06/2017 – Aprobado para su publicación 01/08/2017

² Abogada (UNC), Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la UNC. Directora del Instituto de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Contacto: dramartajulia@gmail.com

³ Abogada (UNC), Magister en Derecho Ambiental y Urbanismo por la Universidad de Limoges (Francia), Especialista en Derecho Ambiental (UNL), Doctoranda en Ciencia Política en el Centro de Estudios Avanzados (CEA-UNC), Becaria Doctoral del CONICET. Docente en la Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de San Luis. Contacto: eugenia.perezcubero@gmail.com

impacto y desarrollo de los problemas ambientales internacionales y regionales, con diferentes manifestaciones jurídicas e institucionales.

A poco de profundizar en el ciclo de las políticas públicas y tratar de desentrañar los principales aspectos a tener en cuenta, nos encontramos con una multiplicidad de factores, relaciones e interacciones que es imprescindible comprender para poder abordar en nuestro caso las políticas ambientales.

Destacamos que “las normas, los procedimientos, los programas de acción, los actores que se ven involucrados en una intervención deliberada del Estado para modificar el status quo, con el propósito de resolver un problema público determinado las políticas públicas (en sus distintas fases de realización) expresan así la conducta efectivamente realizada por quienes los eligen, las diseñan y las implementan”.⁴

Las modalidades que se observan en materia institucional han tenido su particular desarrollo en las últimas décadas, generando y ampliando los espacios gubernamentales para atender los problemas ambientales y para ejecutar las políticas diseñadas. Tanto a nivel nacional con una evolución hacia la jerarquización y ampliación del espacio, como en las provincias que claramente han ampliado los sectores ambientales, también en jerarquía y visibilidad en las gestiones gubernamentales provinciales, la dimensión ambiental viene extendiéndose y desarrollándose para gestionar la temática.⁵

Asimismo, en la manifestación jurídica de las políticas ambientales podemos afirmar por una parte que se produce un enorme impacto en el sistema jurídico con la incorporación de la cláusula ambiental en la Constitución Nacional y con el dictado de las leyes de presupuestos mínimos a nivel nacional. Por otra parte, en su manifestación jurídica en las distintas provincias se observa desde su regulación en las constituciones provinciales, en leyes provinciales generales de ambiente y en la regulación específica de los recursos naturales de su territorio mediante un importante

⁴ MERINO, MAURICIO y CEJUDO, GUILLERMO M. (2010) “Introducción” En: MERINO, M. y CEJUDO G. M. (comp.) *Problemas, decisiones y soluciones: Enfoques de Política Pública*, Fondo de Cultura Económica, Centro de Estudios Económicos, México, 2010, p. 33.

⁵ JULIÁ, MARTA S., DEL CAMPO, M. C, FOA TORRES, J. *La institucionalización ambiental en Argentina*, Lerner, Córdoba, Argentina, 2009. JULIÁ Et. Al. *Formulación de políticas públicas ambientales*, Lerner, Córdoba, Argentina, 2013.

desarrollo normativo provincial, que en algunas provincias cuenta con material normativo ambiental muy relevante, en muchos casos pioneras en el diseño de normativas ambientales.

En el presente trabajo nos proponemos profundizar algunos aspectos de las políticas ambientales formuladas en normas, describiendo la extensión y alcance de las políticas expresadas en el marco normativo ambiental nacional, la incidencia y condiciones que establecen esas políticas a las provincias, para destacar el camino que transcurre desde la formulación hasta la ejecución de las normativas en el territorio. Todo ello en su manifestación en la provincia de San Luis como caso objeto de estudio.

En primer término abordamos las políticas nacionales ambientales con la descripción desde la incorporación de la cláusula ambiental a nivel constitucional y en las leyes de presupuestos mínimos que han sido sancionadas hasta el momento. Todo ello constituye el escenario jurídico ambiental, instaurado en el nuevo orden ambiental a partir de 1994, al cual deberán adaptarse las provincias.

En segundo término, vemos la importancia de observar y analizar las condiciones establecidas por las leyes de presupuestos mínimos a las provincias para su cumplimiento e implementación, con algunos ejemplos de las diferentes normas. Lo que implica cumplir los mínimos y las condiciones necesarias para su aplicación.

En tercer término, es importante tener en cuenta que existía un escenario jurídico ambiental en el marco constitucional provincial, el que era preexistente a la reforma de la Constitución Nacional, lo que construyó el escenario de la política provincial en materia ambiental, que luego, debió armonizarse con la reforma constitucional nacional.

En cuarto término, se observará la formulación normativa de la política ambiental en la provincia de San Luis en el marco del análisis realizado con dos expresiones concretas, por una parte la constitución provincial y la ley N° 0749-2010 que aprueba el Plan Maestro Ambiental 2010-2020; y por otra parte su expresión en las leyes provinciales que hacen referencia a las leyes de presupuestos mínimos nacionales. Por último, se realizarán algunas reflexiones finales para comprender este recorrido normativo.

1. LAS POLÍTICAS NACIONALES AMBIENTALES

Nuestra propuesta para el análisis de la política ambiental actual parte de la idea que debemos indagar en la trama de la construcción de la política ambiental en Argentina y en los problemas emergentes de su incorporación – o no – en la agenda pública, teniendo en cuenta la opinión de los distintos actores políticos, funcionarios, doctrinarios, juristas, técnicos, y profesionales que forman parte o trabajan en las instituciones y son quienes en forma permanente reconstruyen la política para su implementación.

En nuestro análisis de la realidad jurídico ambiental en Argentina, las últimas décadas delinearón y otorgaron un perfil jurídico, institucional y administrativo a las gestiones ambientales en los distintos niveles de gobierno, avanzando en numerosos aspectos desde las provincias y municipios, hasta el reconocimiento constitucional que a nivel nacional se produce con la reforma de 1994.⁶

El sistema político institucional Argentino tiene desde la propia definición constitucional, en su diseño como un sistema representativo,⁷

⁶ JULIÁ, MARTA SUSANA “Aproximación a la institucionalización ambiental”, En: *Anuario XII edición homenaje a los 25 años del CIJS (1985-2010)* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, Córdoba, 2010 p. 57-70.

⁷ **Sistema Representativo:** Democracia indirecta reflejada en el Art. 22 de la CN: “*El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes [...]*”, los funcionarios públicos son meros mandatarios de la voluntad popular. Aunque con la Reforma de 1994 se incorporan mecanismos de democracia semi-directa como la iniciativa (derecho ciudadano a presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados salvo materias expresamente excluidas: reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal) y la consulta popular (que puede ser vinculante en cuyo caso estamos frente a un referéndum, donde el voto es obligatorio y en caso de voto afirmativo del proyecto por el pueblo lo convierte en ley promulgándose de manera automática; o puede tratarse de una consulta no vinculante como lo es el plebiscito, donde el voto no es obligatorio) consagradas en los Arts. 39 y 40.

republicano⁸ y federal,⁹ una modalidad propia y una estructura y dinámica que es necesario considerar ante la irrupción de la cuestión ambiental en el sistema (entendiendo por ello la inclusión de la temática en el texto mismo de la Constitución Nacional con la Reforma de 1994).

La Constitución Nacional determina y organiza la estructura jurídica e institucional del sistema; fija competencias y jurisdicciones; establece un sistema de gobierno representativo-republicano y federal (Art. 1 CN); permite conocer los derechos y deberes y a quien le corresponde legislar y gestionar, con que atribuciones y cuáles son los límites en cada caso para llevar adelante las funciones. En este sentido influye sobre el derecho ambiental cuando fija las bases del derecho argentino, atribuye funciones a los tres poderes y distribuye la competencia entre el gobierno federal y provincial.

En el orden jurídico argentino no estaba incorporada la temática ambiental de manera específica hasta la reforma de la Constitución. Para describir cómo se introduce la temática en la Constitución pueden ser considerados dos aspectos: un aspecto es la recepción de la problemática ambiental en relación con los derechos, deberes y garantías de los habitantes; y otro aspecto es la incorporación de lo ambiental en la organización de los poderes del estado. El sistema representativo, republicano y la forma federal de gobierno presentan ciertas particularidades que nos interesa destacar: 1. La existencia de una descentralización territorial del poder en el Estado, en tres niveles de gobierno: Nación, Provincias, Municipios con atribuciones y funciones propias; 2. Las jurisdicciones y competencias en materia ambiental están definidas constitucionalmente.

En cuanto a la existencia en su estructura de tres niveles de gobierno, ello configura una particularidad del sistema jurídico argentino, ya que los

⁸ **Sistema Republicano:** Basado en el control, división y equilibrio de las funciones ejecutiva, legislativa y judicial, cuyo principal fin es la garantía de las libertades individuales. Algunos de los principios que lo caracterizan son: Constitución escrita, Separación de poderes, Elegibilidad de los funcionarios, Periodicidad de los mandatos, Responsabilidad de los funcionarios, Publicidad de los actos de gobierno, y Existencia de partidos políticos.

⁹ **Sistema Federal de gobierno:** Las provincias conservan según el Art. 121 de la parte orgánica de la CN “[...] *todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales [...]*”. Significa que coexisten dos órdenes jurisdiccionales y por ende un doble nivel de decisión: nacional y provinciales o estatales.

distintos niveles permiten observarlos como especies de subsistemas que se relacionan entre sí, mantienen jurisdicciones y competencias diferentes y en numerosas situaciones se superponen y son concurrentes.

El escenario que nos estructura la Constitución Nacional en nuestro sistema federal se inicia con la asignación de competencias y jurisdicciones, para lo cual es determinante profundizar y acotar la estructura normativa del sistema jurídico argentino para el análisis de situaciones concretas, esto permite conocer a quién le corresponde legislar, a quién gestionar y con qué atribuciones y límites. En cada nivel de gobierno, de acuerdo a la política ambiental que determinen, y a la distribución de funciones entre los distintos poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) se fijan constitucionalmente las atribuciones que tiene cada sector en materia ambiental.

Según la terminología de la Segunda Parte de la Constitución, tanto el Gobierno Federal (Parte 2, Tit. I), como los Gobiernos de Provincia (Parte 2, Tit. II), son “Autoridades de la Nación” y así se titula dicha parte orgánica que estructura la distribución del poder en el Estado.

El gobierno federal tiene un conjunto de atribuciones que le son propias (Art. 126 CN); por su parte el gobierno provincial posee también atribuciones y competencias, entre ellas se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas, eligen sus gobernadores, legisladores y demás funcionarios de provincia sin intervención del gobierno federal (Art. 122 CN), ejercen un poder constituyente constituido, secundario o derivado del poder constituyente nacional, cuando dictan su Constitución Provincial (según el nuevo Art. 123 CN) asegurando la autonomía municipal en los diferentes órdenes institucional, político, administrativo, económico y financiero, pueden celebrar convenios internacionales para el desarrollo económico y social cumpliendo ciertos requisitos legales (Art. 124 primera parte CN), y como sostiene el Art. 124 CN in fine a ellas corresponde el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio, por todas estas facultades que poseen las provincias en su marco territorial se ha sostenido que son autónomas en tanto cuentan con el poder de legislar, auto-administrarse y tienen facultades para organizar la jurisdicción y competencia de los tribunales inferiores así como dictar las normas de procedimiento para litigar ante ellos; por último el gobierno municipal, de acuerdo a los dispuesto por el Art. 123 CN que remite al Art. 5 CN

obliga a las provincias en sus Constituciones asegurar la administración de justicia, la educación primaria y el régimen municipal.¹⁰

En este escenario constitucional es donde se inserta e identifica lo ambiental en nuestro sistema jurídico, político e institucional. Para comprender el análisis del artículo y su impacto debemos profundizar en las políticas ambientales actuales (formuladas y en proceso de ejecución en la gestión), para lo cual, en una primera aproximación, debemos considerar los principales acontecimientos normativos en el contexto histórico, económico, cultural, temático y político que inciden en la agenda ambiental, para describir la manera en que ha quedado configurada la política ambiental hasta el momento.

Cuando se trata el artículo por parte de los Convencionales Constituyentes se expresa que “Resulta necesario entonces llevar este derecho hoy “innominado” a una consagración constitucional expresa, que será piedra angular para la implementación de una política ambiental a nivel nacional. Por no existir una norma expresa de carácter constitucional, el poder de policía ambiental se encuentra en nuestro país repartido entre las administraciones provinciales y la administración federal”.¹¹

En el sistema jurídico, político e institucional de Argentina, tal como queda configurado con la construcción a nivel constitucional, en función de lo establecido en el artículo 41, con posterioridad a la norma constitucional nos conduce al diseño normativo de las políticas ambientales que en el ámbito nacional se manifiestan en las leyes de presupuestos mínimos donde se establece la política ambiental nacional mínima para todo el territorio de la República Argentina.

Desde la sanción de la constitución en 1994 hasta 2002 no se sancionan a nivel nacional leyes de presupuestos mínimos, si bien en materia institucional se desarrolla y ejecutan políticas ambientales, no se tradujo en normas de este tipo. Hasta aquí se configura un escenario nuevo pero con un fuerte acento en lo constitucional.

Otro escenario se configura con las políticas nacionales formuladas en las leyes de presupuestos mínimos ambientales que comienzan a delinirse desde 2002 y a la fecha han incursionado en diferentes temáticas

¹⁰ SAGUES, Néstor P. *Elementos de derecho constitucional*, 3ra. Ed, Tomo II, P. 1, Buenos Aires, Astrea, 2003.

¹¹ CONSTITUCIÓN NACIONAL, DIARIO DE SESIONES. 1994 Sesión artículo 41, p.181.

(general ambiental, agua, residuos, PCBs, información pública, bosques, glaciares, quema). Estas políticas de presupuestos mínimos establecidas a nivel nacional significan un proceso de implementación por parte de las instituciones ambientales al incorporarlas en sus propios sistemas normativos y adecuar sus normativas a las nuevas exigencias.

Desde 2002 se han dictado 11 leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental en diferentes momentos de la vida política institucional argentina, que podemos dividir en períodos que se corresponden con diferentes gestiones políticas.

Temáticas	Años	Gestiones de Gobierno
Ley de Gestión Integral de Residuos Industriales y Actividades de Servicio; Presupuestos mínimos para la gestión y eliminación de los PCBs; Ley General del Ambiente; Régimen de Gestión ambiental de Aguas.	2002-2003	Eduardo A. Duhalde
Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental; Ley de Gestión Integral de Residuos Domiciliarios.	2003-2007	Néstor C. Kirchner
Presupuestos Mínimos de Protección de Bosques Nativos; Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para Control de Actividades de Quema; Régimen de presupuestos mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglaciario.	2007-2011	Cristina E. Fernández de Kirchner
Sistema Federal de Manejo del Fuego	2011-2015	Cristina Fernández de Kirchner
Gestión de envases vacíos de productos fitosanitarios. Incorporación (Art. 22 bis) a la Ley del Sistema Federal de Manejo del Fuego.	2015-2019	Mauricio Macri

La elaboración de las normas de presupuestos mínimos, configura una etapa que se inició en julio del año 2002 y continúa aún en desarrollo por estos días. En orden cronológico, las leyes de presupuestos mínimos para

la protección ambiental sancionadas hasta el momento son: 1. Ley 25.612 Presupuestos Mínimos para la Gestión Integral de los Residuos Industriales y de Actividades de Servicio; 2. Ley 25.670 Presupuestos Mínimos para la Gestión y Eliminación de PCBs; 3. Ley 25.675 Presupuestos Mínimos para la Gestión Sustentable y Adecuada del Ambiente; 4. Ley 25.688 Régimen de Gestión Ambiental de Aguas; 5. Ley 25.831 Información Pública Ambiental; 6. Ley 25.916 Gestión de Residuos Domiciliarios; 7. Ley 26.331 Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos; 8. Ley 26.562 Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para el Control de las Actividades de Quema; 9. Ley 26.639 Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial; 10. Ley 26.815 Sistema Federal de Manejo del Fuego; 11. Ley 27.279 Gestión de envases vacíos de productos fitosanitarios; y 12. Ley 27.353 que incorpora a la Ley 26.815 el supuesto de incendios de superficies de bosque nativo que mantendrán su categoría de conservación asignada de acuerdo al ordenamiento de los bosques nativos.

Podemos observar el dictado de leyes de presupuestos mínimos en diferentes temáticas y en las distintas gestiones de gobierno, seleccionándose problemáticas específicas que llegaron como proyectos de leyes y en su tratamiento los legisladores consideran trascendente fijar los mínimos nacionales a cumplir.

En el análisis del contenido de la ley general de ambiente que fija los objetivos de la política ambiental nacional, principios, instrumentos de política y gestión, daño ambiental, entre los principales aspectos, y en el resto de las temáticas sobre las cuales se ha normado en leyes de presupuestos mínimos nos muestran una primera agenda de temas ambientales que se consideraron relevantes en los distintos momentos en que se sancionaron las diferentes normas donde se encuentran regulados.

El marco normativo nacional actual requiere de un estudio detallado de sus políticas porque ello permitirá observar la construcción de estrategias que se han desarrollado para la ejecución de las políticas ambientales en el territorio.

Lo anteriormente destacado nos permitirá vincular la relación entre el escenario planteado por la política nacional y las políticas provinciales en materia ambiental, y en este trabajo observar su principal impacto en la provincia de San Luis.

II. CONDICIONES DE EJECUCIÓN DE LAS POLÍTICAS NACIONALES

Las políticas nacionales formuladas en las leyes de presupuestos mínimos, establecen un conjunto de condiciones para su aplicación, que en algunos casos las exigencias mínimas son alcanzables o ya existentes en las regulaciones provinciales y en otros son muchas las exigencias que las provincias tienen que cumplimentar.

En este sentido, se puede afirmar que las condiciones que se establecen para su cumplimiento, de acuerdo a algunas interpretaciones también pueden configurar restricciones y en algunos casos hasta constituyen una injerencia en las políticas provinciales que deben desarrollarse para la implementación de las mismas. Ante la sanción de las primeras leyes de presupuestos mínimos algunos autores plantearon inclusive su posible inconstitucionalidad atento que se inmiscuían en las materias reservadas por las provincias.¹²

En el caso de la ley general al fijar los objetivos de la política, los principios, y la obligación de incorporar previsiones de carácter ambiental en todas sus decisiones está imponiendo un conjunto de aspectos de gran relevancia ambiental, que conjugado con el principio de progresividad les llevará a las provincias un tiempo de incorporación y cumplimiento de los mismos.

Las exigencias de las leyes de presupuestos mínimos contienen distintos tipos de condiciones para las provincias en sus aspectos institucionales, fijando autoridades de aplicación por ejemplo, identificando áreas a cargo de implementar las políticas, o bien bajo la modalidad de prohibiciones o plazos para el cumplimiento de objetivos, etc.

Para establecer algunos ejemplos en las normativas dictadas por la nación hacemos referencias a exigencias de distinto tipo en las diferentes normas:

En el caso de la ley de gestión y eliminación de PCBs es una obligación con plazo la eliminación y descontaminación con el objetivo de concluir con el uso de estas sustancias. Contiene aspectos administrativos y sancionatorios y obligaciones de tipo institucional.

La ley general fija los objetivos de políticas que deben lograrse en el tiempo, los principios, los instrumentos de política y de gestión ambiental,

¹² MOYANO, AMÍLCAR, Informe al Consejo Federal de Medio Ambiente, inédito, 2003.

la jerarquía o centralidad de la ley general como ley marco en la interpretación y aplicación de las normas ambientales, con obligaciones concretas para las provincias como por ejemplo integrar en sus decisiones previsiones de carácter ambiental, el uso de la evaluación de impacto ambiental, y la realización de audiencias públicas en sus procedimientos, entre otros.

En el caso de la ley de gestión ambiental de aguas, contiene definiciones, crea los comités de cuencas hídricas y les encomienda la misión de asesorar a la autoridad competente en materia de recursos hídricos, así como colaborar en la gestión ambientalmente sustentable de las cuencas hídricas, y establece la obligación de considerar las cuencas hidrográficas para la gestión de las aguas interjurisdiccionales cuando el impacto ambiental sobre alguna de las otras jurisdicciones sea significativo.

La ley de gestión de residuos domiciliarios establece por su parte la obligación para las provincias de establecer las normas complementarias necesarias para el cumplimiento efectivo de la ley y establecer sistemas de gestión de residuos adaptados a las características y particularidades de su jurisdicción. Asimismo, deberán garantizar que los residuos domiciliarios sean recolectados y transportados a los sitios habilitados mediante métodos que prevengan y minimicen los impactos negativos sobre el ambiente y la calidad de vida de la población.

En el caso de la ley de ordenamiento territorial del bosque nativo las exigencias hacia las provincias tienen que ver con plazos para la ejecución, modalidades en que debe realizarse el ordenamiento, la representación en un mapa, una autoridad de aplicación designada, el cumplimiento de las formas de participación en que se exige el ordenamiento, criterios de sustentabilidad que deben tenerse en cuenta para el ordenamiento, prohibición de actividades hasta tanto se ordene, entre numerosas precisiones que establece la norma. “La imposición de un plazo y una modalidad en el ordenamiento constituye un umbral de exigencia que deben cumplimentar las provincias al realizar el ordenamiento territorial. Un umbral que no es bajo, ya que es un importante debate el que debe realizarse a través del proceso de participación. Esta actividad supone planificación, organización y debate con los distintos actores en el territorio”.¹³

¹³ JULIÁ, MARTA S., “La ley de protección del bosque nativo en Argentina: algunos impactos jurídicos e institucionales del proceso de implementación”, en: *Pampa. Revista Interuniversitaria de Estudios Territoriales*, año 6, n° 6, UNL, p. 176, Santa Fe, 2010.

Los ejemplos descriptos nos muestran como cada mínimo establecido por las diferentes leyes incorpora un conjunto de condiciones que las provincias deben cumplir para implementarlas, en muchos casos están además condicionadas a un proceso de consenso y articulación en el ámbito del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) al que las propias normas remiten para su realización. Dos casos de los mencionados, utilizaron esa nueva modalidad de reglamentación concertada: La ley de gestión y eliminación de PCBs reglamentada en consenso por las provincias en el ámbito del COFEMA por Decreto 853/2007; y la ley de protección ambiental de bosques nativos, también reglamentada en el ámbito del COFEMA por Decreto 91/2009.

Todo esto configura un escenario nuevo, cambiante y en construcción, ya que parte de un proceso de generación de nuevas políticas de presupuestos mínimos a nivel nacional, que establece condiciones a las provincias para diseñar su propia normativa y accionar.

III. ALGUNOS ASPECTOS A OBSERVAR EN EL ESCENARIO CONSTITUCIONAL PREEXISTENTE EN LAS PROVINCIAS

Cuando se observan las políticas ambientales que se expresan en normas en el sistema jurídico podemos encontrar por una parte la formulación de políticas generales y los compromisos que el estado asume a nivel internacional plasmado en normas (tratados, convenios, etc.) los que fijan el marco o estructura normativa desde el cual se deben implementar las políticas y que configuran su diseño y ejecución.

En la formulación normativa de las políticas ambientales en las provincias se observa una situación similar, ya que por una parte los marcos normativos establecidos por las políticas nacionales son los que condicionan la amplitud y autonomía de las políticas provinciales, en sus ámbitos de competencia; y por otro lado, se configuran todas las políticas propias de cada provincia en el poder no delegado.

En cada provincia en sus áreas ambientales se diseñan políticas que permiten la ejecución de las políticas nacionales y provinciales en la materia y es allí, donde podemos observar que una política institucional forma parte de un entramado de políticas que se encuentran íntimamente vinculadas y suponen el estudio y profundización a partir de distintas

perspectivas o visiones, que consideramos de gran trascendencia para el desarrollo teórico y metodológico de esta materia.

En Argentina no se manifiesta la intención de incorporar la temática ambiental a nivel nacional, hasta que se realiza la reforma constitucional de 1994, si bien pueden encontrarse referencias en doctrinarios ambientales ya que la problemática estaba presente con anterioridad.

A partir del movimiento de reformas constitucionales europeas en la década del setenta se producen cambios en las constituciones latinoamericanas en los ochentas y ello va a tener su primera repercusión en Argentina en el movimiento de reformas constitucionales provinciales que se realiza a partir de 1986 en adelante conformando el que hemos denominado como escenario preexistente en las Constituciones Provinciales.

Entre las provincias vamos a distinguir, en función de la incorporación de la problemática ambiental, aquellas que tienen constituciones vigentes que han sido dictadas con anterioridad a 1983 y las dictadas con posterioridad a dicha fecha y es resultado del proceso de reformas que describimos. En las primeras prácticamente no existe el tratamiento de la problemática, pero si hay referencias a la temática del agua, al manejo de los recursos naturales y a los organismos que intervienen en el mismo. En las segundas, ya existe una concepción e incorporación de la problemática ambiental luego de la difusión internacional que esta obtuvo con posterioridad a la reunión de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano en 1972.

Las provincias que no reformaron en el marco del proceso de reformas que destacamos (proceso de los ochentas e inicio de los noventa), suman un total de nueve y son las siguientes: Mendoza (1916), Entre Ríos (1933), Chaco (1957), Chubut (1957), Neuquén (1957), Santa Cruz (1957), Misiones (1958), La Pampa (1960) y Santa Fe (1962).

En las otras provincias, en sus textos se han incluido nuevos conceptos, entre los que se destacan los relacionados con la temática ambiental. Estas catorce constituciones, con sus respectivas fechas de sanción, son las siguientes: San Juan (1986), Jujuy (1986), Santiago del Estero (1986), Salta (1986), La Rioja (1986), San Luis (1987), Córdoba (1987 y 2001), Río Negro (1988), Catamarca (1988), Tucumán (1990), Formosa (1991), Tierra del Fuego (1991), Corrientes (1993) y Buenos Aires (1994).

En la apreciación de los propios constitucionalistas podemos encontrar que “En las constituciones reformadas con posterioridad a la reunión internacional sobre “Ambiente Humano” realizada en 1972 en Estocol-

mo, se observa la inserción de la temática ambiental. Ello se manifiesta, entre otros casos, en las reformas realizadas en las constituciones de las provincias argentinas, donde el proceso se inicia a partir de en 1986 incorporando la temática ambiental en los textos de las constituciones de las provincias de Córdoba (1987), La Rioja (1986), Santiago del Estero (1986), San Juan (1986), etc.¹⁴

En las Constituciones que describimos, ya que hay constituciones que se modificaron con posterioridad a la reforma nacional, se han incorporado una serie de conceptos relativos al ambiente en el ámbito de los derechos, declaraciones y garantías, se hace referencia así, entre otros, al derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, la protección de la pureza del ambiente, el derecho a un medio ambiente y calidad de vida adecuados; como deberes de todas las personas se menciona el de evitar la contaminación y participar en la defensa ecológica; y con relación a las políticas especiales del estado o como deber del estado se enumera el de promover la preservación, protección y defensa del ambiente.

Todos los conceptos antes mencionados se han incluido en un capítulo especial, en algunas constituciones, designándolos como ecología, política ecológica y medio ambiente, medio ambiente y calidad de vida, ejemplo de ello son las constituciones de la provincia de Córdoba, San Luis, San Juan y Tierra del Fuego.

Algunas constituciones hacen referencia a la acción de amparo, como acción que puede interponer cualquier persona para evitar la violación de los intereses ecológicos (La Rioja, San Juan, San Luis, Córdoba, Río Negro) y en algunos casos remiten a la ley que legitimará procesalmente a los habitantes para accionar por intereses ecológicos, como en Salta y Río Negro.

En algunas constituciones se crea la figura del Defensor del pueblo dentro de la estructura del estado y en lo que se refiere a la organización de los poderes del estado se han incorporado referencias al medio ambiente en las obligaciones del Poder Legislativo: protección y fomento de los recursos naturales, dictado de leyes que protejan el medio ambiente y que preserven los recursos naturales, con diversas fórmulas. También en las

¹⁴ ORTIZ PELEGRINI, Miguel Angel Et All. *Las constituciones provinciales*. Lerner, Córdoba, 1994, p.11.

atribuciones y competencias de los municipios, tanto en las atribuciones del Poder Ejecutivo como del Concejo Deliberante.

Valls comenta con relación a las constituciones que “Las sancionadas por las provincias argentinas en la década de los ochenta consagran generalmente: 1. El derecho al ambiente 2. El deber de preservarlo y 3. La legitimación de todo individuo para hacer valer este derecho”.¹⁵

Todo ello, forma parte de los principales antecedentes en materia constitucional, que se desarrolló tanto en la región latinoamericana como en el propio sistema argentino, ocurrido en las provincias hasta el momento en que se reforma la constitución nacional en 1994.

Este desarrollo permitió que las provincias diseñaran sus propios escenarios para la implementación de políticas, que generaran áreas ambientales, que dictaran sus propias leyes ambientales, que regularan sus recursos naturales con aspectos ambientales y construyeran su propia modalidad de gestionar el ambiente en sus territorios.

IV. LA FORMULACIÓN JURÍDICA DE LA POLÍTICA EN LA PROVINCIA DE SAN LUIS

Una vez determinados los objetivos de la política ambiental nacional, los principios y los instrumentos de política y de gestión, entre otros elementos, como un presupuesto mínimo de protección, comienza una labor de implementación o complementación por parte de las provincias en tanto pueden exigir más pero nunca menos del mínimo establecido. El desarrollo normativo en la última década en las provincias argentinas permite indagar en la formulación de las políticas ambientales, y en particular, su estudio en la provincia de San Luis nos proporcionará información relevante acerca de la situación actual en el tema.

Para profundizar en la formulación de las políticas ambientales en la provincia de San Luis, es preciso observar la introducción de la temática en la Constitución Provincial. Como fuera señalado en el apartado precedente, ya en ese año un conjunto de provincias argentinas reformaron y actualizaron sus constituciones, producto del movimiento de reformas ocurrido primero en Europa y luego en distintos países de América Lati-

¹⁵ VALLS, Mario, *Derecho ambiental*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 76.

na que incorporaron nuevas temáticas, reconocieron nuevos derechos y actualizaron diferentes aspectos.

La Constitución de la Provincia de San Luis data del año 1987, anterior a la reforma constitucional nacional, y prevé desde su preámbulo la materialización de la incorporación de la dimensión ambiental en la estructura de su gobierno y el reconocimiento del orden municipal: “[...] *proteger la familia, la salud, el medio ambiente y los recursos naturales, asegurar el acceso y permanencia en la educación y en la cultura [...], instituir un adecuado régimen municipal; organizar el Estado Provincial bajo el sistema representativo republicano de acuerdo a la Constitución Nacional, en una democracia participativa y pluralista [...]*”.

Entrando ya en el cuerpo del texto de la Constitución, en el Capítulo I sobre “Declaraciones, derechos y garantías”, en cuanto al medio ambiente y la calidad de vida, el Art. 47 de la Constitución Provincial (en adelante CP) establece que:

“Los habitantes tienen derecho a un ambiente humano de vida salubre y ecológicamente equilibrado y, el deber de conservarlo. Corresponde al Estado Provincial prevenir y controlar la contaminación y sus efectos y las formas perjudiciales de erosión; ordenar el espacio territorial de forma tal que resulten paisajes biológicamente equilibrados. Crear y desarrollar reservas y parques naturales así como clasificar y proteger paisajes, lugares y especies animales y la preservación de valores culturales de interés histórico o artístico. Toda persona por acción de amparo puede pedir la cesación de las causas de la violación de estos derechos. El Estado debe promover la mejora progresiva de la calidad de vida de todos los habitantes de la Provincia”.

Como vemos, el Art. 47 *in fine* de la CP establece una acción popular que puede interponer toda persona para la cesación de actividades de daño ambiental colectivo. Por su parte el Art. 45 de la CP contempla la acción de amparo general.

En el Art. 88 los constituyentes provinciales reafirman una reivindicación histórica, luego establecida en el Art. 124 *in fine* de la Constitución Nacional con respecto al dominio originario de los recursos naturales que se encuentren en su territorio y agrega las características del dominio pleno, imprescriptible e inalienable, sobre todas las sustancias minerales, hidrocarbúricas, fuentes naturales de energía o de cualquier otras naturaleza,

así como reivindica el dominio provincial del patrimonio acuífero de la provincia, declarándolo de interés público.

Incorpora la CP en el Capítulo VII y VIII las figuras de la Iniciativa Popular y la Consulta Popular respectivamente, estableciendo en el Art. 97 los requisitos para el primer instrumento de participación ciudadana propositiva y las temáticas excluidas:

Se reconoce a los ciudadanos la iniciativa popular para la presentación de proyectos de ley, que son avalados con el porcentaje que la misma determine, el que debe ser superior al ocho por ciento del padrón electoral. No puede plantearse por vía de iniciativa popular, los asuntos concernientes a la aprobación de tratados, presupuestos, creación o derogación de tributos provinciales y reforma de la Constitución.

En el Art. 98 se establecen las condiciones para la participación consultiva:

Mediante el voto favorable de dos tercios de los miembros de la Legislatura, se puede someter a consulta popular de los electores, cualquier cuestión que por su importancia se considere merecedora de requerir la opinión popular.

A su vez, la figura del Defensor del Pueblo que se ha incorporado en diferentes constituciones provinciales siendo pioneras en la incorporación, se desarrolla en el Capítulo XXIII. En el Art. 235 fija la Jurisdicción y competencia:

“Se crea en jurisdicción del Poder Legislativo la Defensoría del Pueblo, cuyo objetivo fundamental es proteger los derechos e intereses públicos de los ciudadanos y de la comunidad, frente a los actos, hechos u omisiones de la administración pública provincial, o sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente e inoportuno de sus funciones. Tiene, asimismo a su cargo la defensa de los intereses difusos o derechos colectivos, que no pueda ser ejercida por persona o grupo en forma individual. Las actuaciones son gratuitas para el administrado. La ley establece su forma de designación, requisitos, funciones, competencia, duración, remoción y procedimiento de actuación del defensor del pueblo”.

La escala de lo local es un fenómeno que se inscribe en un movimiento que trasciende las diferencias entre países del centro y periferias, así como trasciende la descentralización de los ochenta y la idea de desarrollo local de los noventa. El ámbito subnacional que son los municipios son instancias de producción normativa, es decir que se amplía el campo de las fuentes del derecho. Se trata de un movimiento que tiene amplias repercusiones en materia de gestión ambiental. La cláusula constitucional del Art. 123 incorporada en la Reforma de 1994 aclara que: “*Cada provincia dicta su propia constitución, [...] asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero*”. Define así la inserción del municipio argentino en la vida política del país, cualificando la cláusula originaria del Art. 5 CN que habla de régimen municipal a secas.¹⁶

El Art. 123 CN reconoce autonomía a los municipios de provincia y remite al Derecho Público Provincial la determinación del alcance de esa capacidad, debe ser entendido en materia ambiental como una invitación a la participación activa de las comunidades locales para asumir los temas ambientales que se generan o repercuten en sus jurisdicciones.¹⁷ Resultado: Los problemas ambientales deben ser prioritariamente asumidos por ellos, lo que no es un obstáculo para solicitar asistencia técnica a otras instituciones de la localidad, de la provincia o del nivel nacional.

Con respecto a ello, el Capítulo XXVI de la CP prevé el Régimen Municipal, definiendo al mismo en el Art. 247 CP como:

“[...] una comunidad natural con vida propia e intereses específicos, con necesarias relaciones de vecindad. Como consecuencia de ello es una institución política-administrativa-territorial, que sobre una base de capacidad económica, para satisfacer los fines de un gobierno propio, se organiza independientemente dentro del Estado, para el ejercicio de sus funciones, que realiza de conformidad a esta Constitución y a las normas que en su consecuencia se dicten”.

Continúa el Art. 248 CP reconociendo, conforme lo establece la CN, la autonomía política, administrativa y financiera a todos los municipios

¹⁶ ROSATI, Horacio, *Tratado de Derecho Municipal*, 4ta. ed., Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 80.

¹⁷ *Ibidem*, 2012, p. 324. _

de la Provincia, otorgando también a aquellos que dicten su carta orgánica municipal, la autonomía institucional.

Determina como atribuciones y deberes del Concejo Deliberante (Art. 258 CP), dictar ordenanzas y reglamentos sobre: *“Inc. 17) Conservación del patrimonio arquitectónico local, medio ambiente y recursos naturales”*.

El escenario jurídico político institucional diseñado en la Constitución Provincial de San Luis va a delinear la gestión o las posibilidades de ejecutar las políticas ambientales en la provincia.

En lo que respecta al ámbito normativo de la Provincia, si bien posee un amplio desarrollo legislativo e institucional de la temática, no se detecta una ley general del ambiente que complemente la ley nacional N° 25.675, y ello se mantiene desde la gestión 2007-2011.

Pese a ello, es de destacar la Ley IX-0749-2010 Tratado de Paz entre Progreso y Medio Ambiente que aprueba el Plan Maestro Ambiental donde se prevé una planificación estratégica de la política ambiental para el período 2010-2020. En el decálogo de principios señala entre otros, que: *“La inteligencia del hombre y la lógica de la naturaleza deben entrar en diálogo y asociarse: Ésta es la Paz entre el derecho al progreso y el derecho a un ambiente sano”* y asimismo dispone *“El progreso será propiamente humano en armonía con un ambiente equilibrado, y al mismo tiempo, la protección y la restauración del ambiente serán factores de progreso”*. Declara la protección del medio ambiente como una Política de Estado prioritaria y estratégica.

En el Art. 6 establece un plan de monitoreo y revisión del “Tratado de Paz entre Progreso y Medio Ambiente - Estrategia 2010-2020” que permitirá medir su evolución a medida que se ejecutan las políticas previstas en el mismo, mediante una serie de Indicadores que actuarán a modo de herramienta de gestión del Plan Maestro para reafirmar o redireccionar rumbos, en función de los resultados que se obtengan en la implementación de las políticas establecidas.

La norma no ha sido aún reglamentada tal como manda su propio articulado en las disposiciones complementarias, lo que matiza sus posibilidades reales de implementación.

V. LAS LEYES DE LA PROVINCIA DE SAN LUIS QUE REFERENCIAN LEYES DE PRESUPUESTOS MÍNIMOS AMBIENTALES NACIONALES

La modalidad con que cada provincia ejecuta las políticas establecidas en las leyes de presupuestos mínimos varía y tiene sus particularidades en los sistemas jurídicos administrativos existentes en cada jurisdicción. Podemos establecer una primera distinción general en los siguientes aspectos: por una parte la provincia a través de leyes provinciales, decretos o resoluciones inserta las obligaciones mínimas establecidas en su sistema jurídico administrativo. Por otra parte puede utilizar la facultad de complementar las leyes de presupuestos mínimos en este caso a través de una ley provincial.

Nos interesa describir de qué manera la provincia de San Luis incorpora los mínimos nacionales, cómo los referencia en las normas provinciales, en que temáticas los regula y cuáles son las leyes nacionales en que profundiza teniendo en cuenta el proceso desarrollado hasta el momento en el sistema provincial.

Haciendo referencia expresa a las normas provinciales que receptan las obligaciones instituidas por leyes de presupuestos mínimos nacionales, encontramos una referencia a la ley de gestión integral de PCB's en el Decreto reglamentario de Residuos Peligrosos del año 2006 (la provincia adhiere a la ley especial 24.051), estableciendo que en el caso específico de plantas autorizadas para la incineración de Bifenilos policlorados, se deberán cumplir los requisitos establecidos en el Decreto, juntamente con los que fije la autoridad de aplicación en forma particular para autorizar la actividad y lo normado por la Ley Nacional de Presupuestos Mínimos N° 25.670.

Con respecto a la obligación de la ley general de ambiente sobre la necesidad de establecer procedimientos de evaluación de impacto ambiental, previo a la ejecución de obras u actividades susceptibles de degradar el ambiente, como instrumento de política y gestión ambiental, la provincia cuenta con una "Comisión Interdisciplinaria de Evaluación de Riesgos ambientales y control de impactos" creada por Resolución N° 51 del año 2010 del Programa de Gestión Ambiental y Control de Contaminación que tiene entre sus funciones, la de establecer una regulación específica del control del impacto ambiental. Así, es la Ley N° IX-0876-2013 la que establece el marco jurídico y complementa a la LGA precisando los parámetros mínimos de protección ambiental a los que deberán ajustarse

los procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) que se realicen en todo el territorio de la Provincia. El Decreto N° 7755/2014 reglamenta la ley provincial de EIA.

En lo relativo a la obligación de la ley de gestión ambiental de aguas, el Código de Aguas de la Provincia de San Luis, Ley N° VI-0159-2004, recepta las definiciones mínimas y establece entre sus principios que debe conservarse la unidad de la cuenca hidrográfica, compatibilizada con la disposición del territorio, la conservación y protección del medio ambiente y la planificación hidrológica. Por su parte, el Decreto N° 2704-MMA del año 2007 crea e instituye los Comité de Cuencas para que actúen como organismos dependientes de la Autoridad de Aplicación del Código de Aguas de la Provincia, fijándoles competencia territorial. Mediante Resolución N° 38-SLAS.E de 2010 se reglamenta el Código, ya con una institucionalidad propia que es San Luis Agua Sociedad de Estado.

Una ley complementaria de la Ley Nacional de presupuestos mínimos sobre gestión de residuos domiciliarios, ley N° 25.916, es la Ley Provincial de gestión integral de residuos sólidos urbanos, ley N° IX-0873-2013, sancionada el 4 de diciembre de 2013. Dando expreso cumplimiento a las previsiones establecidas a nivel nacional, el Art. 52 de la Ley provincial establece la realización de campañas de capacitación dirigidas a toda la comunidad, en especial al sector educativo, vecinos y/u organizaciones vecinales, y Municipios de toda la Provincia, con el objeto de fortalecer y mejorar la gestión de los Residuos Sólidos Urbanos en el ámbito municipal. El Decreto 545/15 reglamenta la citada ley.

En lo atinente a la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos N° 26.331, el Art. 6 contiene expresamente una obligación modal dirigida a cada jurisdicción, las cuales en el plazo máximo de 1 año deberán realizar el Ordenamiento de los Bosques Nativos existentes en su territorio a través de un proceso participativo. La Provincia de San Luis sanciona en 2009 la Ley N° IX-0697-2009 de bosques nativos de la Provincia y establece las categorías de conservación conforme los criterios de sustentabilidad previstos en la ley nacional de presupuestos mínimos. Se establece mediante la Resolución N° 38-MMA del 2010 que el Programa Recursos Naturales dependiente del Ministerio de Medio Ambiente, será Autoridad de Aplicación de la Ley Provincial de “Bosques Nativos de la Provincia de San Luis”, de la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de Bosques Nativos, su Decreto Re-

glamentario N° 91/09 y de la Resolución N° 256/ 2009, donde se instituye la creación del Programa Experimental de Manejo y Conservación de los Bosques Nativos.

En 2010 se reglamenta la ley de bosques nativos de la provincia, mediante Resolución N° 123-PRN-2010 reconociendo las leyes ambientales ya vigentes de importancia para la protección de la masa boscosa nativa, tales como áreas naturales protegidas (Ley N° IX-0309-2004), hierbas medicinales y aromáticas (Ley N° IX-0327-2004), incendios forestales (Ley N° IX-0328-2004), fauna (Ley N° IX-0317-2004) y recursos hídricos (Ley N° VI-0159-2004), cuya aplicación deberá articularse con los objetivos del presupuesto mínimo señalado de establecer y realizar el Ordenamiento Territorial de los Bosques Nativos.

La Provincia da cumplimiento a la obligación establecida en el Art. 35 de la ley de presupuestos mínimos de bosques nativos de realizar y mantener actualizado un Plan de Manejo y Conservación de los Bosques Nativos que deberá ser aprobado en cada caso por la Autoridad de Aplicación de la jurisdicción respectiva. Así, mediante Resolución N° 15-PRN del año 2011 convoca a la presentación de planes de conservación y/o planes de manejo de usos sustentables del bosque nativo. Se crea al efecto, por Resolución N° 69-PBD del año 2012, un Régimen de Distribución de fondos para proyectos privados presentados en el marco de la Ley N° 26.631 para el enriquecimiento y conservación de los bosques nativos.

A su vez, la Resolución N° 250 del año 2012 también complementa el sistema, estableciendo el procedimiento para los estudios de impacto ambiental, obligatorio para los planes de cambio de uso del suelo y para aquellos planes de manejo sostenible de bosques nativos que según la autoridad de aplicación encuadren en algunos de los supuestos del Art. 22 de la Ley Nacional N° 26.331 cuando tengan el potencial de causar impactos ambientales significativos.

En 2015 la Provincia sanciona la Ley N° V-0924 que regula el Régimen de Acceso a la Información Pública en la Provincia de San Luis, si bien se trata de reglamentar el derecho de acceso a la información pública en general, su artículo 13 señala expresamente que Ley es complementaria a la Ley Nacional N° 25.831 de Presupuestos Mínimos de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental.

Como puede observarse, en lo relativo a la formulación normativa de la política ambiental en la Provincia de San Luis, son cinco las temáticas

que prevalecen en la regulación que cumplimenta obligaciones nacionales de presupuestos mínimos: el tratamiento de bifenilos policlorados (pcb) en la ley de adhesión a la Ley especial de residuos peligrosos; la gestión de residuos sólidos urbanos; la gestión ambiental de sus aguas; el procedimiento de evaluación de impacto ambiental de la ley general de ambiente; el ordenamiento ambiental del territorio de la ley de bosques nativos, y la regulación del acceso a la información pública ambiental.

Los casos descriptos muestran los avances en el proceso de construcción de la política ambiental en la provincia de San Luis a partir del esquema establecido por la legislación de presupuestos mínimos.

Es decir que a más de 20 años de la incorporación de la cláusula ambiental en el sistema jurídico argentino, estableciendo un novedoso sistema de presupuestos mínimos ambientales a nivel nacional y sus complementos provinciales, podemos observar que el esquema diseñado por los constituyentes ha evolucionado en su construcción normativa, aunque en los primeros años no hubo avances, y comenzó recién en 2002 la Nación más tímidamente a establecer los cimientos mínimos de protección ambiental que luego las provincias debieron tomar en sus decisiones en función del principio de congruencia.

Los procesos desarrollados a nivel general en el sistema tienen su propia expresión en cada provincia.

VI. REFLEXIONES FINALES

La incorporación de la temática ambiental en la Constitución Nacional inició un proceso normativo e institucional que representa la configuración de un nuevo orden en materia ambiental en Argentina que se empieza a implementar con el establecimiento de las políticas ambientales nacionales y la sanción de las diferentes leyes de presupuestos mínimo.

Estas formulaciones jurídicas explicitan las políticas nacionales prioritarias en materia ambiental, es una primera agenda que se establece sobre los temas ambientales, las prioridades y las normas que fijan mínimos para todo el territorio.

Los cambios que ocasiona en el sistema jurídico político e institucional son lentos y progresivos ya que, por una parte el mínimo exigible establecido por la nación es inmediato pero los cambios necesarios en

las estructuras jurídicas administrativas se van desarrollando de manera específica en las diferentes jurisdicciones.

La descripción y el análisis de las formulaciones jurídicas que se han realizado hasta el momento representan una parte muy importante en la construcción de las políticas ambientales, donde se explicitan en normas las principales exigencias, temáticas y las modalidades en que se establecen.

Todo lo anteriormente mencionado se puede tomar como punto de partida en el análisis para comprender las políticas existentes pero también observamos que no es el único elemento a tener en cuenta porque antes de formularse en normas existieron debates, proyectos, temas y en cada decisión se ha configurado una agenda ambiental que se ha ido ejecutando en el tiempo.

El camino desde el dictado de las normas hasta su implementación desde el mínimo que establece la nación y pasando por cada jurisdicción utiliza un conjunto de mecanismos jurídicos administrativos que es necesario analizar, los actores que participan interpretan y aplican las normativas también van modificando y produciendo efectos concretos en el territorio sobre los temas que se han establecido como prioritarios.

La profundización en las políticas ambientales es un entramado complejo de visiones y perspectivas que nos indican la importancia de diferentes aspectos jurídicos, políticos, administrativos, participativos para citar solo algunos.

Esta aproximación a la provincia de San Luis, como caso objeto de estudio, indagando en cómo se construye normativamente la política ambiental es el primer paso hacia el conocimiento de las políticas ambientales expresadas en el territorio, observando las modalidades, los mecanismos y los impactos que producen en cada jurisdicción permitiendo identificar actores, debates y disputas en el campo jurídico político que es nuestro objetivo a largo plazo.

BIBLIOGRAFÍA

BRENA, R.C. Digesto Jurídico. Un camino hacia la democratización de la información jurídica <http://www.dab.com.ar/articles/53/el-digesto-jur%C3%ADdico-un-camino-hacia-la-democratiza.aspx>

CONSTITUCIÓN NACIONAL, DIARIO DE SESIONES. 1994 Sesión artículo 41.

- ESAIN, José Alberto, *Competencias ambientales. El sistema federal ambiental. Fuentes. Distribución y alcance de las funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales. Presupuestos mínimos de protección*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.
- HERNÁNDEZ, Antonio M., *Municipio, coordinación municipal y desarrollo sustentable*, Universidad Nacional de Córdoba, Instituto de Federalismo, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1999.
- JIMÉNEZ, Eduardo P., “Actuación de las instituciones de la democracia local (municipio y participación en los albores del tercer milenio)”, en: HUTCHINSON TOMÁS (Dir.), *Revista de Derecho Público* 2055-2, Derecho Municipal (tercera parte), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.
- JULIÁ, Marta S., “La ley de protección del bosque nativo en Argentina: algunos impactos jurídicos e institucionales del proceso de implementación”, en: *Pampa. Revista Interuniversitaria de Estudios Territoriales*, año 6, n° 6, UNL (pp. 169-184), Santa Fe, 2010.
- _____ “Aproximación a la institucionalización ambiental” Anuario XII edición homenaje a los 25 años del CIJS (1985-2010) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, Córdoba, 2010.
- MERINO, Mauricio y CEJUDO, Guillermo .M. (2010) “Introducción” En Merino, M y Cejudo G.M comp. Problemas, decisiones y soluciones, Fondo de Cultura Económica, Centro de estudios Económicos, México, p.33.
- MOYANO, Amilcar, Informe al Consejo Federal de Medio Ambiente, inédito, 2003.
- ORTIZ PELEGRINI, Miguel Angel et all. Las constituciones provinciales. Córdoba: Lerner, 1994.
- ROSATTI, Horacio, *Tratado de Derecho Municipal*, 4ta. ed., Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012. _
- SAGUES, Néstor P. *Elementos de derecho constitucional*, 3ra. Ed, Tomo II, P. 1, Buenos Aires, Astrea, 2003.
- VALS, Mario. Derecho ambiental. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

**PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS PARA PERSONAS
EXTRANJERAS CON DISCAPACIDAD:
PROYECCIONES DE UN NUEVO FALLO DE LA CORTE.
EFICACIA DEL CASO “HALABI” PARA LOS
DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA REFERENTES
A INTERESES INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS¹**

Patricia Giuliana Moreno²

Resumen: El artículo 20 de la Constitución, reza que tanto los ciudadanos argentinos y los extranjeros tienen los mismos derechos civiles. Cualquier ley o decreto que viole dicho artículo sería traducido en un acto de discriminación negativa a la luz del control de constitucionalidad. Por otra parte, la Convención de Discapacidad tiene, desde 2014, jerarquía constitucional según el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución las personas con discapacidad tienen derecho al acceso a recibir la pensión nacional no contributiva por invalidez. El régimen del decreto 1432/1997 (correspondiente a la ley 13.478) exige para los extranjeros una residencia mínima de 20 años y a su vez exige que la persona discapacitada no tenga, ningún sustento económico familiar. En cambio, a los nacionales se les otorga en un plazo de tres meses. En el año 2007 la Corte Suprema declara inconstitucional el requisito antedicho, en el fallo “Reyes Aguilera Daniela c/ Estado Nacional” y luego en 2016 reitera dicho pronunciamiento en el fallo “Fernández Machaca, Judy Vladimir c/ Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social si amparos y sumarisimos”, aunque con algunas observaciones. El trabajo analiza las proyecciones de este último fallo, en relación con la constitucionalidad del requisito de residencia y el anterior pronunciamiento de la Corte bajo el prisma de análisis del bloque de constitucionalidad y de Derechos Humanos de nuestro país.

Palabras Clave: discapacidad - extranjeros - pensiones no contributivas inconstitucionalidad de requisitos - efecto erga omnes.

¹ Artículo recibido 16/05/2017 – Aprobado para su publicación 14/08/2017

² Abogada. Mención de Honor 2016. Adscripta de la cátedra de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional. UNC. Integrante del Grupo de Investigación de Derechos Sociales (GIDES).

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo³ se analizará la posibilidad de una acción colectiva con efecto erga omnes respecto del plazo exigido a las personas extranjeras con discapacidad. En primer lugar (II.A) se expondrá el contenido del decreto 432/1997, que incluye el requisito de plazos diferenciados según la nacionalidad para acceder a una pensión no contributiva por discapacidad. Luego se examinará la posición de la Corte sobre esa exigencia, tal como fue formulada en el fallo “Reyes Aguilera”, de 2007 (II.B). A continuación se presentará (II.C) la postura más reciente del alto tribunal, expresada en “Fernández Machaca”, resuelto en marzo de 2016. Se repasará luego las pautas que la Corte fijó en “Halabi” -decidido en 2009- para admitir acciones con efecto erga omnes (II.D). De esta forma se podrá mostrar que los requisitos para tales acciones se cumplen en el caso de las personas extranjeras con discapacidad, a las que se les exige un plazo especial para acceder a las pensiones (II.E). En las conclusiones (III), se ratificará la posibilidad de una acción con efecto erga omnes para este caso, y se señalarán algunas de las dificultades que pueden presentarse.

II. DESARROLLO

II. A) En Argentina, las personas con discapacidad tienen derecho a recibir una pensión no contributiva, cuyos requisitos están fijados en el decreto 432/1997

En el artículo 1 del capítulo I de este decreto que reglamenta a las prestaciones instituidas por el artículo 9° de la Ley 13.478 (modificado por las Leyes 15.705, 16.472, 16.472, 18.910, 20.267 y 24.241) establece los

³ El presente trabajo se llevó a cabo en el marco de una beca de estímulo a las vocaciones científicas período 2017- 2018.

Agradezco los comentarios de los revisores que me permitieron formular una nueva y mejor versión de mi trabajo. Agradezco también a mi Director de investigación, el Doctor Horacio Javier Etchichury, y al Doctor Leonardo Massimino que siempre me alienta a seguir. Gracias a todos los profesores del cursado de la carrera de abogacía que tuvieron la predisposición y paciencia para atender mis dudas.

requisitos para poder ser beneficiario de la pensión nacional por invalidez o vejez entre ellos:

- “Encontrarse incapacitado en forma total y permanente” con un porcentaje de 76 o más (Inciso b)

- “*Los extranjeros deberán acreditar una residencia mínima continuada en el país de veinte (20) años*” (Inciso e) (el resaltado nos pertenece)

- “No estar amparado el peticionante ni su cónyuge por un régimen de previsión, retiro o prestación no contributiva alguna” (inciso f)

- “No tener parientes que estén obligados legalmente a proporcionarle alimentos o que teniéndolos, se encuentren impedidos para poder hacerlo; ni vivir con otros familiares bajo el amparo de entidades públicas o privadas en condiciones de asistirlo” (inciso g)

- “No poseer bienes, ingresos ni recursos que permitan su subsistencia” (inciso h)

Hay una serie de recaudos administrativos que se realizan como la encuesta socio- económica, visitador social al hogar, o verificación de los registros de la propiedad.

II. B) El caso “Reyes Aguilera”

En este fallo de 2007, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que el plazo de 20 años exigido a los extranjeros para poder acceder a una pensión no contributiva por discapacidad es inconstitucional.

El Alto Tribunal declaró por mayoría la inconstitucionalidad del artículo 1.e del decreto 432/1997, que requiere, para el caso de ser ciudadano extranjero, contar con una residencia legal y continuada no menor a veinte (20) años. Este decreto reglamenta el artículo 9 de la ley 13.478 (conforme la sustitución introducida por la ley 18.910): “Facúltese al Poder Ejecutivo a otorgar, en las condiciones que fije la reglamentación, una pensión inembargable a toda persona sin suficientes recursos propios, no amparada por un régimen de previsión, de 60 o más años de edad o imposibilitada para trabajar”.

El caso fue llevado a la justicia en el mes de marzo de 2003⁴ para que se obligara a la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales a otorgar la pensión por invalidez a Daniela Reyes Aguilera, una niña de nacionalidad boliviana con una discapacidad que le impide la movilidad de sus miembros, comunicarse verbalmente, y alimentarse por cuenta propia. Al iniciarse el caso Daniela tenía 12 años de edad, con dos años de residencia permanente en el país y cuatro de residencia de hecho. En la demanda se hizo expresa mención a los siguientes derechos garantizados en la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos: derecho a la salud, derecho a un nivel de vida adecuado, derecho a la igualdad ante la ley y al derecho a la no discriminación en razón del origen nacional, derechos del niño y el derecho a la seguridad social. Tanto en primera como segunda instancia, los jueces intervinientes decidieron rechazar la acción.

Quienes iniciaron la acción de amparo sostuvieron que el decreto 432/1997 en su inciso e del artículo 1 vulnera los derechos establecidos en los artículos 14 bis, 16, 20, 75 inciso 23 y 28 de la Carta Constitucional en la medida en que existe un exceso en las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo “al contrariar el principio de razonabilidad, ya que sólo la ley puede restringir el uso y goce de derechos”; viola la equiparación absoluta entre los ciudadanos nacionales y los extranjeros según el antedicho artículo 20 CN; viola la normativa que protege a los discapacitados según el inciso 23 del artículo 75 en cuanto a las medidas positivas; va en contra del derecho a la igualdad establecida en el artículo 16 y en el Preámbulo de la CN; y es una violación flagrante al derecho a la seguridad social.

La Corte declaró inconstitucional el plazo exigido. Los ministros Fayt y Zaffaroni redactaron el voto principal; los ministros Argibay y Petracchi aportaron un voto concurrente y el ministro Maqueda, otro. La disidencia fue firmada por los ministros Lorenzetti y Highton de Nolasco. El requisito de los 20 años implica “un liso y llano desconocimiento del derecho a la seguridad social. Compromete el derecho a la vida, primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la CN (...) y cuya garantía, mediante acciones positivas resulta una obligación

⁴ Cabe preguntarse si se respeta el derecho a la tutela judicial efectiva (Convención Americana de Derechos Humanos, art. 25), a la luz del plazo que llevó la sentencia (2003- 2007).

impostergable de las autoridades públicas” (Considerando 7, Fallo Reyes Aguilera 2007- voto de Fayt y Zaffaroni).

En síntesis destacaremos los argumentos principales de los ministros Fayt y Zaffaroni:

1) el otorgamiento de estas pensiones no deriva de la atribución del Poder Legislativo de “dar pensiones graciabiles”, no es un “mero favor” y por ende, es una *cuestión justiciable* (consid. 2° de su voto)

2) que con todos los requisitos que exige el régimen se nota que se trata de una *situación extrema*. En el fallo dice “éste [beneficio] fue previsto para cubrir contingencias sociales absolutamente extremas, vale decir, situaciones que ponen en juego, de manera palpable y potente, la subsistencia misma de la persona humana, de una persona carente de recursos amparo (...) Lo ha puntualizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “[I]os regímenes de seguridad social y de mantenimiento de los ingresos revisten importancia particular para las personas con discapacidad” “Como se indica en las Normas Uniformes ‘Los Estados deben velar por asegurar la prestación de apoyo adecuado en materia de ingresos a las personas con discapacidad que, debido a la discapacidad o a factores relacionados con ésta, hayan perdido temporalmente sus ingresos, reciban un ingreso reducido o se hayan visto privadas de oportunidades de empleo’ (Observación General N.º 5. Las personas con discapacidad, HRI/gen/1/Rev. 6, ps. 34/35, párr. 28. La referencia es a las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad- anexo de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 48/96, 20 -XII -1993)” (consid. 6°, mismo voto)

3) El requisito de los 20 años es “un liso y llano *desconocimiento del derecho a la seguridad social*, en los términos de los citados textos internacionales de jerarquía constitucional, en grado tal que compromete el derecho a la vida, primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional” (Consid. 7°, mismo voto). También añaden que el derecho a la seguridad social supone “derechos derivados del concepto de ciudadanía y que, por ende, es obligatorio del Estado garantizar” en base al artículo 14 bis y 75 inciso 23 (considerando 10, mismo voto).

4) El fallo hace hincapié en que *estamos tratando una cuestión de derecho a la vida* y que no deben, los derechos de la Constitución, tornarse “ilusorios” (cita al caso “Vizzotti”). En el considerando 8° se dice que

“[hay] dos circunstancias. Por un lado, la relativa a que, según lo tiene juzgado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico” (Aquí la Corte cita al caso de los “Niños de la Calle”). “En suma, el recaudo de residencia establecido en el art. 1.e del decreto 432/97 (texto originario) resulta inaplicable, por inconstitucional, en los casos en que se encuentren reunidos todos y cada uno de los restantes requisitos para acceder a la prestación por invalidez exigidos por dicho cuerpo legal” (Considerando 9º segundo párrafo, mismo voto).

Cabe tener en cuenta además, que “el derecho a la salud es una preocupación pública (...), las condiciones de habitabilidad y de vida, la calidad del entorno, la prevención de las enfermedades, la erradicación de las endémicas, el tratamiento de las infecciones o contagiosas, la protección de los carenciados y de los sectores en riesgo son algunas de las problemáticas que justifican el planeamiento, la organización y la prestación del servicio de salud por parte del Estado (sin perjuicio de la gestión privada en la materia) como así también la delimitación de competencias y el consecuente diseño institucional, funcional y presupuestario del servicio”⁵

Se destacará a continuación algunos aportes de los votos que no fueron parte del voto mayoritario, pero que llegan a la misma conclusión:

Petrachi y Argibay declaran la *inconstitucionalidad en base a la discriminación por la nacionalidad*. Según su voto, el artículo 1.e del decreto 432/1997 “prevé un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros, imponiendo a estos últimos mayores exigencias para acceder a un beneficio otorgado por el Estado. Esta circunstancia determina que -ya en su sentido literal- el artículo 1º, inciso ‘e’, del decreto 432/97 está directamente contrapuesto con las reglas constitucionales que prohíben un *trato discriminatorio en razón del origen nacional* (artículo 20 de la Constitución Nacional, artículo 1.1 del Pacto de San José de Costa Rica, artículo 2.2

⁵ ROSATTI Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, TI, 2010, Buenos Aires: 254

del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y, especialmente, artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece, en lo pertinente: *‘Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de (...) origen nacional’*” (Considerando 11°) (La negrita nos pertenece). Continúa en el siguiente párrafo obligando a considerar a “la categorización realizada por el decreto como sospechosa de discriminación y hace pesar sobre dicha norma una presunción de inconstitucionalidad” cita al fallo “Gottschau” (Considerando 11° segundo párrafo). En el tercer párrafo establece que “el juicio de razonabilidad de la norma (artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional), estará guiado por un escrutinio estricto, evaluación que implica una inversión en la carga de la prueba” es decir, el que alega la constitucionalidad de la norma deberá probar la adecuación de medios a fines (Considerando 11° tercer párrafo y considerando 14°)

Cabe recordar que el Preámbulo de la Constitución Nacional Argentina reza “todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”, es decir, que se refiere a los “habitantes”, y habitante es “todo residente que no se haya introducido clandestinamente en la República (doctrina de fallos 151: 21; 268: 393, 406; 278:147; 302:604)”⁶

Más adelante, al revisar los argumentos esgrimidos por el Estado en su defensa, cuando el Estado argumentó su negativa a la prestación porque el presupuesto no es ilimitado y que no era arbitraria la norma, el voto nos dice que “un argumento de tal clase no puede en modo alguno justificar una clasificación por el origen nacional como la que el decreto contiene, ya que si bien es cierto que el Estado debe, en principio, atenerse al presupuesto que se destina a una cierta actividad o prestación pública, resulta evidente que no puede pretender alcanzar tales fines haciendo destinatarios exclusivos de los costos de tal restricción a los extranjeros radicados en el país, a quienes la Constitución ha invitado para que habiten en nuestro territorio (Preámbulo; artículo 25). En otras palabras: las dificultades presupuestarias, si existieren, no pueden discriminar entre

⁶ RIVERAS, Julio César (h); Elías, José Sebastián; Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago (Directores), *Tratado de los Derechos Constitucionales*, tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014

nacionales y extranjeros y afectar sólo a estos últimos.” (Considerando 12° segundo párrafo).

Expuso que las instancias anteriores hicieron un control de constitucionalidad de manera inversa a como viene haciendo la Corte, es decir, comenzó desde la “presunción de constitucionalidad de la norma”, es decir que hicieron un incorrecto control de constitucionalidad (Considerando 13°).

Maqueda, a su turno, señala que *las pensiones por vejez e invalidez o de discapacidad no son pensiones graciabiles y analiza la razonabilidad de la diferencia de trato y del extenso plazo de los veinte años. Declara la inconstitucionalidad en base al extenso e irrazonable plazo de 20 años para este derecho.*

Dice “el beneficio instituido no responde al concepto de pensiones graciabiles, cuyo reconocimiento pertenece a la órbita de discrecionalidad del órgano legislativo, y que, por el contrario, *cabe considerarlo encuadrado en el ámbito de la legislación relativa a la seguridad social, conforme el art. 75 inc. 12*” (Considerando 4° último párrafo) (El resaltado nos pertenece) Nos habla también de “la gravedad de las situaciones que han sido consideradas a los efectos de otorgar este tipo de pensiones” (Considerando 6° segundo párrafo). Así, concluye que está estrechamente relacionado con el derecho a la vida, “los fines perseguidos por la norma apuntan a reconocer el *acceso al beneficio a aquellos que se encuentran en contingencias sociales absolutamente extremas, vale decir, situaciones que ponen en juego de manera manifiesta la subsistencia misma de la persona y, con ello, la vigencia efectiva de derechos fundamentales básicos.* Todo ello en el marco de los arts. 14 bis y 75 incs. 18, 19, 22, 23 de la Constitución Nacional.” (Considerando 6° último párrafo) El resaltado nos pertenece.

Argumenta que la exigencia de la residencia con el fin de la necesaria “integración y permanencia” a los extranjeros es constitucional (Considerando 14°), pero que en cuanto al plazo de 20 años no es razonable, por ende, es inconstitucional. Dice expresamente que no resulta constitucional “al verificar el grado de razonabilidad que tiende a imponer a los extranjeros que la residencia continua lo sea por un plazo de 20 años. En efecto, teniendo en consideración los fines perseguidos por las normas que conceden el beneficio y la naturaleza de los derechos fundamentales que se encuentran involucrados – dignidad, subsistencia mínima, salud, protección de la familia, situación socio económica de gravedad extrema-

y las obligaciones estatales en la materia, respecto de las cuales el art. 75 inciso 23 impone un mandato constitucional de acciones positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto, entre otros, de las personas con discapacidad, el plazo de 20 años exigido a los extranjeros para poder gozar de los beneficios de la pensión luce *manifiestamente irrazonable en los términos del art. 28 de la Constitución Nacional*” (Considerando 15° primer párrafo).

El juez remarca, luego, el principio “de hermenéutica jurídica: in dubio pro justitia socialis. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el ‘bienestar’, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad... (Fallos: 289: 430)” (Considerando 15°). Y continúa con que “la exorbitancia del plazo convierte en ilusorio el derecho a la pensión en un tiempo oportuno y adecuado. No reúne los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad ni con la justificación en que es posible sustentar la diferencia entre naturalizados y extranjeros, conforme criterios y conceptos democráticamente aceptados, ni respecto a los fines que se persiguen al establecer el reconocimiento al derecho asistencial (...). Es la desproporcionalidad de la extensión del plazo lo que es inconstitucional” (Considerando 15° tercer párrafo). Nos habla sobre esta discriminación⁷ como una discriminación indirecta “ya que por las consecuencias que irroga, en la práctica, el beneficio de la pensión de invalidez estaría vedado

⁷ La palabra discriminación “se utilizará...para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable... La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas... una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho... no sólo debe buscar un fin legítimo...el art. 14 se viola igualmente cuando se establece de manera clara que no hay relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo... no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente... (...) No puede perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana... (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC- 18/03 del 17 de septiembre de 2003 – Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados- Puntos 82 al 96)” (Considerando 10° voto Maqueda)

para los extranjeros con residencia acreditada en el territorio argentino (conf. Doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencias del 30 de junio de 2005 en C-28/04; del 18 de enero de 2007 en C- 332/05, entre otras).” (Considerando 15° último párrafo)

II. C) El caso “Fernández Machaca”

En este caso, Fernández Machaca poseía discapacidad de 74 %, tenía cuatro hijos, alquilaba una vivienda. Interpone acción de amparo para que se le concediera la pensión por invalidez prevista en la ley 13.478 sin contar con el requisito de los 20 años de residencia mínima en el país. La Cámara Federal de la Seguridad Social, al confirmar la sentencia de la instancia anterior, hizo lugar a la acción de amparo promovida por el señor Fernández Machaca. El Estado llega a la Corte Suprema en queja, la que es rechazada en marzo de 2016. Sin perjuicio de que agregaron los jueces Lorenzetti y Maqueda en el segundo párrafo del considerando 3°: “...cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el tribunal en sus fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que las motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan ...” Highton de Nolasco emitió un voto concurrente, donde rechazó el recurso por no cumplir los requisitos formales de la Acordada 4/2007.

Aquí, la Corte aclaró que esa decisión era válida solo para ese caso. Se trata de una aclaración, en principio, innecesaria: es aplicable a toda sentencia, salvo las que tienen efecto erga omnes. Pero ese voto del Alto Tribunal consideró necesario remarcar este aspecto. Con esta interpretación abre la posibilidad y el riesgo de que futuros casos se resuelvan de modo distinto con iguales circunstancias, lo que acarrearía sentencias contradictorias ya que dos de los jueces (Lorenzetti, Highton) en “Fernández Machaca” conformaron la disidencia del fallo de “Reyes Aguilera”.

En virtud de la decisión tomada en Halabi (2009), podría extenderse la sentencia de “Reyes Aguilera” y “Fernández Machaca” a todas las personas en igual situación, mediante la vía de un amparo por derechos de incidencia colectiva.

II. D) El caso “Halabi”

En este asunto, fallado en el año 2009, la Corte Suprema, con el voto por mayoría (jueces Lorenzetti, Nolasco, Maqueda y Zaffaroni) y en disidencia parcial (jueces Fayt, Petracchi y Argibay) sobre la admisibilidad del recurso extraordinario impulsado por el Estado, pero en concurrencia con los demás jueces confirman la sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo. A su vez dicha sala había confirmado la sentencia de la primera instancia que había declarado la inconstitucionalidad del artículo 1 y 2 de la ley 25.873 y decreto 1563/04, a favor de Halabi.

Los hechos redundan en que la ley 25.873 y su decreto reglamentario 1563/04 autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determine “en qué casos y con qué justificativos”. Ernesto Halabi promovió acción de amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad en virtud de considerar que sus disposiciones vulneran las garantías establecidas en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional.

El Estado Nacional impugna exclusivamente para descalificar el efecto *erga omnes* que la Cámara atribuyó a su pronunciamiento, objetando lo que entiende una errónea interpretación del artículo 43 de la Constitución Nacional. “Al respecto señala que, sin perjuicio de la indudable dimensión colectiva de los derechos debatidos en el caso, según las prescripciones constitucionales, para conferir tal alcance al fallo era necesaria la participación del Defensor del Pueblo de la Nación en el proceso, circunstancia que no se ha producido. La pretensión fue deducida exclusivamente por un particular” (Consid. 7º votos de mayoría, jueces Lorenzetti, Highton, Maqueda, Zaffaroni)

La Sala 2 de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal sostuvo que la legitimidad del actor no excluía la incidencia colectiva de la afectación a la luz del segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional. (Considerando 4- mismos votos)

Cuando la Corte Suprema revisa la naturaleza de los derechos que se encuentran en el art 43 primer párrafo hace mención a los famosos amparos de “Siri” y “Kot”. En el segundo párrafo primera parte del mismo artículo se encuentran los derechos de incidencia colectiva con objeto en bienes colectivos. En cuanto a la tercera categoría se trata de los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos

(Considerando 12- mismos votos): son aquellos derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente o a la competencia y de los derechos de los usuarios y consumidores, como así también de los sujetos discriminados.

Agrega: *“En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea”* (Consid 12- mismos votos).

Se verá a continuación que hay dos aspectos a tener en cuenta, el considerando 12° sostiene lo referente a las características de la tercera categoría de derechos del artículo 43 mientras que el considerando 13° refiere a los requisitos que habilitan dichas acciones.

Se describirá a continuación en limpio lo dicho ut supra con el considerando 12 en su integridad; entonces en esta categoría se presentan estas características:

- 1) No hay un bien colectivo;
- 2) se afectan derechos individuales enteramente divisibles;
- 3) hay un hecho único o continuado que provoca una lesión a todos ellos;
- 4) se puede identificar una causa fáctica homogénea;
- 5) la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto el daño que individualmente sufre;
- 6) hay homogeneidad fáctica (reitera);
- 7) hay homogeneidad normativa;
- 8) se considera razonable la realización de un solo juicio;
- 9) es razonable el efecto expansivo de la cosa juzgada de dicho juicio salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Más adelante aclara que la falta de regulación sobre dicha temática y la mora legislativa existente obstaculizan el acceso a la justicia, principio instituido por nuestra Constitución. Señala que:

- 1) la referida disposición constitucional es claramente operativa;
- 2) los jueces deben darle eficacia a dicha norma, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular.

Luego en el mismo considerando 12, 4to y 5to párrafos, deja unas pautas de interpretación en esta temática:

- 1) la eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la CN protege.
- 2) debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio

En el *considerando 13 trata los requisitos que habilitan un amparo por estos derechos de incidencia colectiva de la tercera categoría:*

I) verificación de una *causa fáctica común*: esto es “la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales”;

II) una *pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo* de los efectos de ese hecho: es decir, “la pretensión debe estar enfocada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar”(…); en otras palabras, la causa o controversia se relaciona con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho;

III) constatación de que *el ejercicio individual no aparece plenamente justificado*. En otras palabras, cuando el “interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda”. Sin embargo, procederá también este tipo de acciones cuando “pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados”, porque “cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos”.

En este tercer párrafo del considerando 13 la Corte hace jugar los artículos 41, 42 y 43 de la CN, fijando una línea de interpretación sobre lo que es un derecho de interés estatal: “la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto”.

A partir del considerando 14 comienza a examinar el caso del abogado Halabi con respecto a estas definiciones antedichas. Lo que se hará es traspolar este análisis al caso de las pensiones por discapacidad para personas extranjeras.

II.E) Una sentencia con efecto erga omnes para el caso de las personas extranjeras con discapacidad.

Si se da un caso hipotético de acción sobre este tema: una persona extranjera discapacitada sin medios económicos propios para su propio sustento ni de familiares que lo puedan mantener, sin obra social, con un 76 % de incapacidad o más. Esta persona solicita la pensión por discapacidad, le niegan el derecho porque no cumplimenta el requisito de los 20 años de residencia continuada en el país. La única razón para la negativa es que es extranjera. En sí le niegan el derecho sobre la base de su nacionalidad. Ahora bien, esto parece ser un interés individual a priori, pero por el artículo 75 inciso 23 tenemos que las personas con discapacidad son uno de los grupos vulnerables que deben tener una protección mediante medidas positivas por parte del Estado. Entonces lo que parece ser un derecho individual a la seguridad social, termina superando ese interés propio; esto nos exige a tratar esta situación delicada con más detenimiento y a favor del grupo vulnerable.

Cabe recordar que la acción iniciada en el caso “Reyes Aguilera” también incluía un reclamo por todas las personas en similar situación. Sin embargo, tanto la Cámara como la Corte Suprema solo resolvieron lo referente al caso individual, sin pronunciarse expresamente sobre la admisibilidad ni sobre el fondo del reclamo de alcance colectivo. No hubo recursos contra esa omisión.

Por ello, la Cámara Federal de la Seguridad Social (Sala 2) resolvió, el 16 de mayo de 2016, que no correspondía hacer lugar al pedido de extensión de los efectos del fallo “Reyes Aguilera” al resto de personas en igual situación. El pedido fue formulado en el mismo expediente, retomando la presentación original de carácter colectivo. La Cámara rechazó la solicitud, alegando que la decisión de la Corte no había tenido ese alcance general: “las sentencias dictadas por el Alto Tribunal y esta Sala solo contemplaron a la situación particular de la menor Daniela Reyes Aguilera, no así al colectivo y ante su silencio he de presumir que se incurrió en su rechazo, toda vez que las partes no interpusieron los respectivos recursos, a fin de subsanar si [sic] dichos pronunciamientos”.

Pero “Reyes Aguilera” se dictó dos años antes de “Halabi”, por lo que corresponde examinar si es posible aplicar el marco de este último fallo al conjunto de personas extranjeras con discapacidad.

La defensa argumental de tal aplicación comenzaría así:

La categoría procesal que se corresponde con el ejercicio de los derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos se aplica en este caso porque:

I) El decreto 432/1997 en su art. 1 inciso e vulnera los derechos establecidos en los artículos 14 bis, 16, 20, 28 y 75 inciso 23 de la Carta Constitucional; o, como mínimo, establece un plazo que significa “un liso y llano desconocimiento del derecho a la seguridad social”, en palabras del voto mayoritario de la Corte en “Reyes Aguilera”.

En efecto, el hecho único es la normativa en cuestión que causa una lesión a derechos individuales.

II) *La pretensión está concentrada en los efectos comunes* para toda la clase de sujetos afectados, con eso se cumple el segundo requisito. Teniendo en cuenta la exégesis normativa de la ley 13478 y de su decreto reglamentario 432/97 revela que sus preceptos alcanzan por igual y sin excepciones a todo el colectivo de discapacitados extranjeros. La pretensión consistiría en que no se aplique el plazo de 20 años de residencia mínima; este es el aspecto común a todas las personas de este colectivo.

III) Existe una *clara afectación del acceso a la justicia*, porque sería muy difícil que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados promueva una demanda peticionando la inconstitucionalidad de la norma, con lo que se cumple el tercero de los requisitos para esta tercera categoría procesal. En otras palabras: por tratarse precisamente de un grupo vulnerable, sus integrantes, por sí solos, tendrían obstáculos para ejercer la acción individual. Como ya mencionamos, se trata de un grupo que requiere de medidas positivas por parte del Estado (artículos 20 y 75 inciso 23 de la Constitución Nacional; Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad)

Cabe recordar que los procesos colectivos de esta índole, aun a pesar del fallo “Halabi”, siguen sin tener norma de regulación específica. Pero como bien expresó la Corte “ese presunto vacío legal no es óbice para que los jueces arbitren las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados” (Considerando 15, primer párrafo, Fallo “Halabi” - voto de mayoría). Además “basta la comprobación de un gravamen para que una garantía constitucional deba ser restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo

hecho de estar consagrados por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias”. Para tal afirmación, la Corte señaló la importancia que tiene saber dos cosas: por un lado que la Constitución no es letra muerta y por otro lado, que los jueces tienen la obligación de aplicar, sin debilitar, el sentido de los derechos allí consagrados. Traigo a colación su cita de lo que dijo Joaquín V. González a fines del siglo XIX: “No son, como puede creerse, las declaraciones, derechos y garantías, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina’ (‘Manual de la Constitución argentina’, en ‘Obras completas’, Vol. 3, Buenos Aires, 1935, núm. 82; confr. además, núms. 89 y 90)”. (Considerando 15, Fallo “Halabi” - voto de la mayoría).

También la Corte cita al fallo “Siri” en cuanto a la imposición del deber de los jueces de cumplir la Constitución. “Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas”.

Y por si fuera poco, en el considerando 16 (mismo voto) la Corte pone énfasis en la afirmación de que la Constitución debe interpretarse dinámicamente adecuada a los tiempos del presente recordándonos que el espíritu de esta norma fundamental se encuentra en el Preámbulo, quien será guía para la posteridad. Transcribimos el considerando:

“Que es innegable, entonces, que una inteligencia dinámica del texto constitucional, superadora de una concepción pétrea de sus directivas, conlleva la posibilidad de encontrar en él los remedios adecuados para cada una de las circunstancias que está llamado a regir. En ese sentido ha observado también el Tribunal que la Constitución, que es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempo de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en

particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución. Entre esos grandes objetivos y aun el primero entre todos, está el de ‘asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino’ (Preámbulo). De ahí que la Constitución está dirigida irrevocablemente a asegurar a todos los habitantes ‘los beneficios de la libertad’ y este propósito, que se halla en la raíz de nuestra vida como Nación, se debilita o se corrompe cuando se introducen distinciones que, directa o indirectamente, se traducen en obstáculos o postergaciones para la efectiva plenitud de los derechos (confr. causa “Kot”, Fallos: 241:291)”.

Continuando con la interpretación del artículo 43 en relación con los derechos de las personas extranjeras con discapacidad, a partir de la suma de los recaudos extremos del decreto en cuestión, y dada la naturaleza de los derechos en juego, “la calidad de los sujetos integrantes del colectivo y conforme a lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que, además de la letra de la norma, debe tenerse en cuenta la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad, es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del ya citado segundo párrafo del artículo 43, una acción colectiva (...)” (Considerando 19, Fallo “Halabi”-voto de la mayoría).

La Corte establece una serie de recaudos para la admisión formal de toda acción colectiva, en el considerando 20 (mismo voto):

- 1) precisa identificación del grupo o colectivo afectado;
- 2) idoneidad de quien pretenda asumir su representación;
- 3) existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo;
- 4) que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada *notificación* “de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte”;
- 5) implementación de adecuadas medidas de *publicidad* “orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos

con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos”.

En cuanto al efecto erga omnes que corresponde en estos casos la Corte aclaró que “el verdadero sustento de la proyección superadora de la regla *inter partes*, determinante de la admisibilidad de la legitimación grupal, es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger. Tal estándar jurídico, como se ha expresado, reconoce su fuente primaria en el propio texto constitucional y, lejos de ser una construcción novedosa, aparece como una institución ya arraigada en el ordenamiento normativo vigente” (Considerando 21, fallo “Halabi” - voto de la mayoría).

III. CONCLUSIÓN

Respecto del inciso e) del art. 1 del decreto 432/1997, el fallo “Reyes Aguilera” declaró su inconstitucionalidad en el año 2007. Luego se analizó el fallo “Fernández Machaca”, que preocupa en su resolución porque deja lugar a que casos de idénticas condiciones obtengan sentencias que sean contradictorias a lo establecido en el fallo “Reyes Aguilera”. Se tomó este último fallo como parámetro porque fue la primera vez que la Corte se pronunció sobre dicho plazo y porque en él la Corte no hizo la salvedad que si incluyó en el fallo “Fernández Machaca” (la advertencia de que lo que se dicta en ese fallo vale solo para el caso y no para otro).

Otra sentencia fue “Halabi”. Destacamos la correspondencia que existe entre la categoría tercera del artículo 43 de la Constitución Nacional, la acción colectiva referente a intereses individuales homogéneos, con la situación de las personas afectadas por el decreto 432/1997. Si bien no hay normativa procesal sobre las acciones colectivas, eso no quita fuerza a la operatividad del artículo 43, como ya lo vimos en el voto de la mayoría del fallo “Halabi”. Es deber de los jueces hacer efectivo lo que la Constitución instituye. Las condiciones que se fijan en este fallo para hacer una sentencia con efecto erga omnes son aplicables al caso del decreto que analizamos; por ello resulta viable interponer una acción de amparo por ese colectivo para obtener una sentencia erga omnes que reitere la doctrina del fallo “Reyes Aguilera”, evitando así posibles sentencias diferentes que “Fernández Machaca” habilita.

En caso contrario, cada persona con discapacidad y extranjera se vería obligada a reclamar individualmente con un resultado incierto; esto afectaría los derechos de un colectivo cuya protección especial y específica buscan los artículos 20, 75 inciso 23 de la Constitución Nacional más la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. En resumen, este grupo tiene una doble protección; por lo que si no se respeta, se estaría obstaculizando el acceso a la justicia como la Corte reconoció en el fallo “Halabi”, al sostener -como ya citamos- que este derecho se afecta cuando hay un grupo que es “tradicionalmente postergado o en su caso, débilmente protegido”.

En la letra de nuestra Constitución y en las leyes protectoras de los derechos de los extranjeros y de las personas con discapacidad está clara la cuestión; pero como dijo el doctor Francisco Verbic, nos encontramos también con “una dificultad política” y una “dificultad procedimental” a la hora de abordar los conflictos “complejos colectivos”⁸. En cuanto a la primera se refiere a la limitación que existe en referencia a la división de poderes, es decir la no “actuación del Poder Judicial frente a la administración pública”; destaca que los procesos colectivos son excepcionales⁹, pero que a su vez, la polémica se genera por el hecho de que las “vías judiciales colectivas actúan como una verdadera herramienta de participación ciudadana en el control de la cosa pública”¹⁰.

Con respecto a la “dificultad procedimental”¹¹ trata directamente sobre la materia procesal colectiva: no tenemos mecanismos idóneos, a nuestro modo de ver, para garantizar la efectividad del acceso a la justicia. Esto hace rozar la cuestión del activismo judicial, ante la omisión del legislador, pero también se vuelve algo polémico. En nuestra opinión, esta línea se va por la tangente y no por la cuestión crucial, ya que mientras los poderes se “pelean”, los derechos de las personas se tornan ilusorios y

⁸ VERBIC, Francisco, *Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural. Dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones*, en XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal *Una sentencia cumplida es un derecho escuchado. Ponencias generales y ponencias seleccionadas*, Córdoba, 2013: página 271.

⁹ *Op. cit.*, página 274.

¹⁰ *Op. cit.*, página 276.

¹¹ *Op. cit.*, página 278.

esto hace caer además en el descreimiento creciente de la sociedad frente al Poder Judicial.

Con este modesto aporte que esperamos sea útil para visibilizar este sector vulnerable, arriesgamos las siguientes consideraciones. Las pautas fijadas por la Corte en el caso “Halabi” son aplicables al caso del colectivo que sufre la situación examinada en “Reyes Aguilera”. Se debería implementar un mecanismo eficiente de publicidad e información para enterarnos de todas las personas que están en esta situación extrema, a fin de garantizar el acceso a la justicia. Si no hacemos nada o si estamos indiferentes a la cuestión, también estamos haciendo algo y ese algo es negarle un derecho humano al otro, ya que el requisito de la cantidad de años de residencia del decreto 432/1997 ha sido declarado inconstitucional.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BIDART CAMPOS, German J., *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I, Buenos Aires, 1998.

_____ *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo II, Buenos Aires, 1998.

GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina Comentada y concordada*, tomo I, 4° edición, La Ley, Buenos Aires, 2008.

RIVERAS, Julio César (h); Elías, José Sebastián; Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago (Directores), *Tratado de los Derechos Constitucionales*, tomo I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014.

ROSATTI Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, 2010, Buenos Aires.

SAGÜES Néstor, *Manual de Derecho Constitucional*, 2007.

URIARTE, Fernando. Petre Carlos. “Derecho a la salud”, páginas 1073 a 1127.

VERBIC, Francisco, *Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural. Dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones*, en XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal *Una sentencia cumplida es un derecho escuchado. Ponencias generales y ponencias seleccionadas*, Córdoba, 2013.

EL EJERCICIO DEL PODER DE POLICÍA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO-ARQUITECTÓNICO. CASO MUNICIPALIDAD DE CÓRDOBA¹

*Jorge Emmanuel Nieto*²

Resumen: Proteger el patrimonio arquitectónico es una responsabilidad indelegable del Estado en todos sus niveles: nacional, provincial y municipal. En el caso de la ciudad de Córdoba, le corresponde al Municipio fijar el alcance de su poder de policía en esta materia. El objetivo del dictado de normas municipales de protección del patrimonio es asegurar un desarrollo urbano equilibrado y sustentable sin alterar o suprimir testimonios relevantes desde el punto de vista urbanístico, histórico y cultural.

Palabras clave: Poder de policía - Restricción al derecho real de dominio. Protección - Patrimonio cultural - Patrimonio histórico-arquitectónico.

INTRODUCCIÓN

Hablar de *patrimonio cultural* no se limita solo a monumentos y colecciones de objetos, sino que comprende también tradiciones o expresiones vivas heredadas de nuestros antepasados y transmitidas a nuestros descendientes, como tradiciones orales, artes del espectáculo, usos sociales, rituales, actos festivos, conocimientos y prácticas relativos a la naturaleza y el universo, y saberes y técnicas vinculados a la

¹ Artículo recibido 05/06/2017 – Aprobado para su publicación 30/10/2017

² Abogado. Escribano. Diplomado en Derecho Municipal, en Diplomacia Contemporánea, en Servicios Públicos y en Derecho Tributario Provincial y Municipal de Córdoba. Docente Adscripto a la Cátedra B de la asignatura Derecho Público Provincial y Municipal. Docente del nivel medio. Doctorando en Administración y Políticas Públicas. nieto_jorge@hotmail.com

artesanía tradicional. Cuando hablamos de Patrimonio Cultural pero centrándonos en aspectos meramente arquitectónicos se lo entiende como *patrimonio arquitectónico*.

Entre las acciones para salvaguardar el patrimonio cultural en general, y en particular el arquitectónico, se encuentran: su identificación, documentación, catalogación, investigación, preservación, promoción, mejora y su transmisión, en particular a través de la educación formal y no formal, así como la revitalización de sus diferentes aspectos. Todo esto hace a la idea de lo que se entiende por *protección del patrimonio*.

Le debemos principalmente a Mario Buschiazzo la evolución de la noción de patrimonio arquitectónico en Argentina, justamente para sortear la limitación conceptual que implicaba la de monumento histórico, y rescatar el valor de obras que no habían sido el escenario de ningún episodio singular relevante, pero que constituían en sí, por sus características propias, componentes valiosos del patrimonio arquitectónico.

Esta tarea de proteger el patrimonio arquitectónico es a todas luces una responsabilidad indelegable del Estado en todos sus niveles: nacional, provincial y municipal. En el caso de la ciudad de Córdoba, le corresponde al Municipio fijar el alcance de su poder de policía en materia de protección en virtud de las facultades conferidas por los arts. 41 y 123° de la Constitución Nacional (C.N.) y los arts. 65°, 180° y 185° de la Constitución de la provincia de Córdoba. A su vez la Carta Orgánica Municipal (C.O.P.) legisla en igual sentido en sus arts. 27° incisos 3) y 4) y 31°. El objetivo del dictado de normas municipales de protección del patrimonio es asegurar un desarrollo urbano equilibrado y sustentable sin alterar o suprimir testimonios relevantes desde el punto de vista urbanístico, histórico y cultural. La Municipalidad de Córdoba, al igual que el resto de los municipios del planeta, entra en la encrucijada que se da en las sociedades posmodernas de tener que equilibrar los diversos intereses que se ponen en juego cuando se plantea la necesidad del desarrollo de la ciudad y mediar entre los intereses económicos y financieros, como también los sociales e individuales, además de privilegiar la paz social, objetivo primordial de las relaciones jurídicas, estableciendo un ordenamiento equilibrado y armonioso en dicho desarrollo inmobiliario. Prístinamente se evidencian los intereses de los desarrollistas urbanos con legítimo interés en montar numerosos emprendimientos inmobiliarios de exorbitantes cifras dinerarias que respondan a la necesidad de vivienda de la población conllevando un

avance de dichos emprendimientos por sobre las antiguas construcciones que representan el bagaje arquitectónico de la ciudad a proteger, ya que la pérdida de las mismas sería una grave pérdida del patrimonio cultural en su conjunto no solo para la ciudad sino también para toda la humanidad.

Nadie se esfuerza por conservar aquello que cree que no vale. Pero una revaloración oportuna e inteligente estimula la conservación en vez de espantar al propietario del bien en situación. En cambio, si la revaloración se intenta de un modo agresivo, incomprensivo o abusivo, en vez de incentivar la preservación favorecerá la destrucción del bien, ya que los inmuebles están inevitablemente sujetos a los vaivenes del mercado inmobiliario: si el valor se deprime, el propietario probablemente trate de adelantarse liberando del terreno a lo que considera un estorbo para su reutilización. Si, en cambio, el valor sube, el bien se auto-preserva.

Atendiendo al propósito de brindar una íntegra protección de este patrimonio la Municipalidad de Córdoba a través del Concejo Deliberante y del Departamento Ejecutivo Municipal (D.E.M.) sancionó y promulgó en uso de las facultades otorgadas por la C.O.P. distintas ordenanzas. Estas han sido dictadas de forma aislada sin poder el legislador municipal instrumentar un verdadero sistema normativo codificado que hubiese podido otorgar una protección efectiva, íntegra y con unidad de criterios de fomento de acciones de protección y de interpretación de la legislación protectora. Este dictado aislado de normas genera por el contrario un verdadero régimen normativo en materia de regulación del poder de policía protector del patrimonio arquitectónico, evidenciando superposición legal y ausencia de visión íntegra en las acciones protectoras, sin que ello implique ausencia de protección normativa efectiva.

EL PODER DE POLICÍA MUNICIPAL

Los derechos no son para nada absolutos en nuestro sistema jurídico, deben siempre ser armonizados con las exigencias del bien común. Es por ello que los derechos, incluido el de propiedad, deben ser ejercidos y gozados conforme a las limitaciones de las leyes y ordenanzas que los reglamenten.

Tan es así, que el municipio en uso de sus potestades, ejerce lo que doctrinariamente se conoce como poder de policía, para imponer restricciones legítimas a los derechos individuales.

El poder de policía es la potestad de restringir la libertad de los individuos, con el fin de conservar la armonía de todos, establece reglas de buena conducta. Todo lo mencionado en armonía con el art. 41 de la C. N. que prescribe expresamente que las autoridades proveerán a la preservación del patrimonio natural y cultural.

Siguiendo las ideas de Frías consideramos que poder de policía “es la potestad del Estado para reglamentar razonablemente los derechos de los individuos tendiente a lograr una armónica convivencia social o el bien común”³.

Por lo dicho lo podemos resumir diciendo que es la facultad que el municipio posee de limitar derechos individuales, cuando estos últimos se opongan a un derecho de contenido social.

El poder de policía, explicitado en el artículo 75 inciso 30 de la ley suprema de la nación, corresponde tanto al gobierno federal, como a las provincias, municipios y Ciudad autónoma de Buenos Aires, tiene su base en el artículo 14 y las limitaciones prescriptas en los artículos 28 y 19 de la C. N. y con respeto de la teoría de la “razonabilidad” acuñada por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.J.N.). Cabe mencionar además el art. 21 inc. 1 del Pacto de San José de Costa Rica de raigambre constitucional luego de la reforma de 1994, en el mismo sentido.

Por otro lado, el art. 187 de la Constitución de la provincia de Córdoba establece el Régimen sancionatorio y Tribunal de Faltas de la siguiente forma: “Las disposiciones orgánicas municipales y las ordenanzas que en consecuencia se dicten pueden autorizar a las autoridades para imponer multas; disponer la demolición de construcciones, clausura y desalojo de los inmuebles; secuestro, decomiso o destrucción de objetos, para lo cual las Municipalidades pueden requerir el auxilio de la fuerza pública y recabar órdenes de allanamiento. También pueden imponer sanciones de arresto de hasta quince días, con recurso judicial suficiente y efectos suspensivos ante el juez que la ley determine. Las disposiciones orgánicas pueden establecer Tribunales de Faltas”. Esta norma constitucional completa las bases del ejercicio del poder de policía municipal al referirse a los aspectos represivos o sancionatorios de los municipios.

³ ZARZA MENSAQUE, Alberto – BARRERA BUTELER, Guillermo (directores); “Introducción al Derecho Municipal”, *Advocatus*, Córdoba, 2010; pág. 328.

Es dable mencionar al art. 186 inc. 7 de la mencionada constitución provincial como complemento del aspecto preventivo del poder de policía municipal.

El ejercicio del poder de policía como mera restricción al derecho real de dominio

La concepción decimonónica del derecho real de dominio privado como absoluto ha evolucionado con el devenir del tiempo, limitándose por razones de la convivencia y de las necesidades de la sociedad. En materia de protección del patrimonio arquitectónico esto se evidencia de forma exponencial. Por un lado el titular dominial del inmueble tiene derecho pleno de disponer del bien de la forma que así lo estime conveniente, y por otro lado, pesan sobre él restricciones por ser considerado parte integrante del patrimonio a proteger, con la consiguiente pretensión del propietario de obtener derecho a indemnización que le resarza por soportar dichas restricciones por generarle pérdidas económicas.

La C.S.J.N. desde su inicio sostuvo que ese derecho de dominio no revestía carácter absoluto, tal la doctrina sentada en el año 1876, en “Comisión Aguas Corrientes contra Pérez”⁴, estableció que ante la imposición de una restricción que no importe incorporar el bien al dominio público la convierte en no indemnizable.

En el año 1887 la C.S.J.N. sostiene su jurisprudencia en el caso “Saladeristas de Barracas contra la provincia de Buenos Aires”⁵, al igual que en los casos “Ercolano, Agustín contra Lanteri de Renshaw, Julieta”⁶ y “Cornú, Manuel contra Ronco, José”⁷ manifestando que: “Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia

⁴ Fallos: 17:470 (1876) “Presidente de la Comisión de Aguas Corrientes, Cloacas, etc. de la Ciudad de Buenos Aires c/ Pérez, Gerónimo”.

⁵ Fallos 51:274 (1887) “SALADERISTAS SANTIAGO, JOSE Y JERONIMO PODESTA Y OTROS C/ PROVINCIA DE BUENOS AIRES”.

⁶ Fallos: 136:161 (1922)

⁷ Fallos: 142:68 (1924)

social. Reglamentar un derecho es limitarlo; es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses de esta última. La misma Constitución ha consignado limitaciones especiales respecto de algunos derechos; pero no siendo posible prever ni establecer en ella todas las condiciones a que sería menester subordinarlos para hacerlos adaptables a la vida de relación, ha confiado al Poder Legislativo la misión de reglamentar su ejercicio, poniendo al mismo tiempo un límite a esa facultad reguladora (arts. 14 y 28). Hay restricciones a la propiedad y a las actividades individuales cuya legitimidad no puede discutirse en principio, sino en su extensión. Tales son las que se proponen asegurar el orden, la salud y la moralidad colectivas...”

Este poder de reglamentar, en virtud del cual tienen lugar las restricciones al dominio, no es otro que el poder de policía municipal reconocido en el art. 123 de la Constitución Nacional, con el único requisito de observar la garantía de igualdad ante la ley que prescribe el art. 16 y los principios de razonabilidad y la proporcionalidad contemplados en el art. 28 del texto constitucional a la hora de reglamentar los derechos constitucionales. Por tanto estas restricciones no modifican el derecho de propiedad sino que le imponen condiciones para su ejercicio

Al fundamentar la naturaleza jurídica de este tipo de restricciones para poder dilucidar si son pasibles de otorgar derechos a indemnización la C.S.J.N. en el caso “Begher, Carlos contra Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”⁸ del año 1986 estima que dichas restricciones no importan un desmembramiento del dominio cuando la normativa prohíbe edificar en altura y/o llevar a cabo todo tipo de construcciones, ni se ha producido la inutilidad del bien para el propietario, por lo tanto a soluciones semejantes, cabría imponer cuando se trata de limitaciones al dominio derivadas del patrimonio histórico y arquitectónico igual solución.

En la realidad un desmembramiento del dominio, significa indisponibilidad parcial del bien inmueble afectado por la restricción, determinado no sólo por la prohibición de construir sino por la disminución de su valor que lo convierte en inhabitable o disminución en su valor económico, ponerlo fuera del comercio o inutilizarlo.

⁸ Fallos: 308:1049 (1986).

No resulta por tanto la obligación por parte del Estado, en su obrar lícito, a reparar daños, por haber fundado el presunto perjuicio al propietario de privarlo de ventajas que gozaba en pos de la protección de bienes y derechos colectivos como lo es el patrimonio arquitectónico. Así está legislado en el Código Civil y Comercial al regular las restricciones y límites del dominio en el libro IV, secc. III, cap. 4; estableciendo 2 tipos de restricciones: las que lo son por interés público y las que lo son por interés privado “en mira de salvar derechos de otras propiedades contiguas...”. Claramente son del primer tipo las restricciones de las que estamos hablando⁹.

Las restricciones al dominio derivadas de la protección del patrimonio arquitectónico pueden derivar en obligaciones de hacer (por ejemplo el de conservar) y obligaciones de no hacer (por ejemplo el de no destruir lo preexistente o deteriorarlo).

Presentación del régimen jurídico municipal de protección del patrimonio histórico-arquitectónico

Salvando la disquisición doctrinaria planteada anteriormente se presentará lo que se denominó como *régimen jurídico de protección del patrimonio histórico-arquitectónico de la municipalidad de Córdoba* que está conformado por 3 ordenanzas que son la base de todo el bagaje normativo: la 10.626 que regula las declaraciones de “interés cultural” y de “componentes del patrimonio arquitectónico urbanístico”, la 11.202 llamada de acciones de protección del patrimonio construido de la ciudad de Córdoba, la 11.190 llamada de protección del patrimonio arquitectónico urbanístico y de áreas de valor cultural de la ciudad de Córdoba y el dictado del Código de Convivencia Ciudadana.

Además de las referidas ordenanzas se encuentran dentro de este régimen jurídico las siguientes ordenanzas que son de contenido específico: 7.084 que regula la demolición de inmuebles, 8.057 con sus modificatorias 10.739 y 11.356 que delimitan el Centro Histórico de la ciudad, la 11.889 de creación de la mesa de concertación pública-privada permanente “Pueblo

⁹ Ver arts. 1970 y 1971 del Código Civil y Comercial.

Alberdi”, y la 12.069 que suspende las demoliciones de inmuebles catalogados y actualiza el catálogo de bienes inmuebles sujetos a protección.

Análisis de la ordenanza 10.626

En el art. 1 de esta ordenanza se establecen 2 categorías de protección para los bienes de propiedad pública o privada que conformen a criterio de la municipalidad componentes del patrimonio cultural de la ciudad. Una primera categoría es la declaración de interés cultural instituida en los arts. 2 y 11, por bienes inmuebles, por naturaleza o accesión, edificados o no, ya fueren de carácter individual o formando conjuntos ligados entre sí, dispuestos en continuidad o conformando una unidad cuyo interés particular los individualice del resto de la estructura urbana, cuyos valores intrínsecos lo constituyan en irremplazables por sus características excepcionales, y que tengan relevancia comprobada como componentes de la herencia espiritual o intelectual de la comunidad. Una segunda categoría es la declaración como “Componentes del Patrimonio Arquitectónico Urbanístico” instituida en el art. 3 para los bienes de naturaleza inmueble que sin ser en ningún caso excepcionales o únicos en el conjunto edilicio urbano, testimonien óptimamente, por sus particulares valores históricos, arquitectónicos, ambientales y/o paisajísticos las diferentes etapas edilicias del desarrollo urbano de la ciudad a través del tiempo.

Autoriza tanto al DEM como al Concejo Deliberante a declarar un bien dentro de uno u otro nivel de protección, en tanto sea una decisión fundada en informe previo de la Dirección de Patrimonio Cultural.

Si un bien inmueble fuese declarado de interés cultural pesan sobre el titular dominial ciertas obligaciones especiales, como así también gozará de algunos privilegios que de alguna forma sirven de contraprestación por pesar sobre él dichas obligaciones. Tanto obligaciones como privilegios son establecidos en el art. 12.

En cuanto a obligaciones podemos encontrar: la imposibilidad de modificar, ampliar, conservar, restaurar, refuncionalizar, cambiar de uso o destino, demoler total o parcial, o de cualquier otra forma alterar, sin la previa autorización de la Dirección de Patrimonio Cultural; la de comunicar a la misma Dirección en forma fehaciente y previa, cualquier modificación a realizarse sobre la situación jurídica del bien, en cuanto a titularidad, gravámenes, constitución de derechos reales y celebración

de contratos de cualquier naturaleza; preservar las fachadas, alturas y/o volúmenes máximos de edificación futura idénticos a los existentes; y la imposibilidad de innovar por un plazo máximo de 90 días, cuando se configuren situaciones de riesgo inminente de pérdida o deterioro.

Cabe aclarar que las mencionadas obligaciones son consideradas meras restricciones al dominio en los términos de Código Civil y Comercial, y que de manera alguna afectan el ejercicio pleno del derecho de propiedad, no darán, por tanto, facultad alguna al propietario de percibir indemnización a ningún efecto.

En cuanto a privilegios podemos encontrar: la exención del pago de derechos de edificación y de la aplicación de determinadas disposiciones del Código de Edificación en el caso de intervenciones que se realizaren en los inmuebles con asesoramiento y autorización municipal, resulten estrictamente necesarias para la protección del bien y no se vulneren los valores de seguridad, salubridad e higiene; exención del pago de tributos municipales; asesoramiento técnico gratuito; realización de tareas de conservación, restauración y/o refuncionalización por parte de la Municipalidad y a su cargo, a solicitud del/os propietario/s; y gestiones municipales para la obtención de exenciones impositivas por parte de otros niveles de gobierno provincial y nacional, como asimismo de créditos monetarios ante instituciones bancarias oficiales. Así mismo se establece la obligación genérica por parte del Municipio de tomar toda otra medida que tienda a incentivar al propietario del bien en cuestión, que colabore al logro de los fines de la Ordenanza.

Faculta al DEM a determinar fundadamente en informes previos de la Dirección de Patrimonio Cultural qué tipo de obligaciones y privilegios deberá aplicar de forma alternativa o acumulativa en cada caso.

En cuanto a la segunda categoría de protección que es la declaración del bien como “Componentes del Patrimonio Arquitectónico Urbanístico” el art. 25 que lo regula remite a lo aplicado en la declaración de Interés Cultural, concluyendo que las regulaciones para las 2 tipos de categorías son iguales, su diferencia radica en las especificaciones que determinan que los bienes sean declarados de una u otra forma.

Cabe mencionar la importancia que tendrá el DEM a la hora de aplicar la ordenanza al establecer como obligaciones que pesan sobre él: la de llevar un registro minucioso de los bienes declarados, señalar el bien en lugar visible y legible, mediante chapa alusiva de su

situación particular más referencias breves del porque de su protección, la realización de controles periódicos, como mínimo trimestralmente, propiciar todo tipo de acción destinada a difundir y a contribuir a la formación de la conciencia del ciudadano y valoración por parte de la población de los elementos Componentes del Patrimonio Cultural de la Ciudad y auspiciar reuniones técnicas entre el municipio y otros organismo afines, nacionales, provinciales y/o municipales, como así también con instituciones privadas especializadas.

Desambigua conceptos estableciendo que cuando se utiliza el término “Preservar y Conservar” se hace alusión al accionar a los efectos de garantizar la supervivencia de un edificio o grupo de ellos, como así mismo elementos de la naturaleza; cuando se utiliza.

“Restaurar” se entiende por intervenir sobre un edificio a los fines de revelar sus valores estéticos e históricos, respetando sus elementos auténticos y reconstituyendo su imagen original; con “Refuncionalizar” se concibe proveer de un nuevo uso o función a un edificio, en forma total o parcial restaurando y adecuando el mismo a exigencias contemporáneas; y con “Revalorizar” se estima que es jerarquizar un edificio o grupo de ellos, interviniendo sobre su naturaleza, de modo tal que sin destruirla, sean realizadas sus características.

Análisis de la ordenanza 11.190

La Ordenanza 11.190, llamada de “PROTECCION DEL PATRIMONIO ARQUITECTÓNICO URBANÍSTICO Y DE ÁREAS DE VALOR CULTURAL DE LA CIUDAD DE CORDOBA”, tiene como objetivo general proteger y poner en valor de los bienes y lugares del patrimonio construido en la Ciudad, como así también la identificación y delimitación de áreas con valores urbanísticos y ambientales a proteger y/o rehabilitar (art. 1). Como objetivos particulares estipula 3 a saber: a) proteger los edificios singulares de valor histórico y/o arquitectónico, que constituyen elementos que caracterizan y otorgan identidad al entorno en que se encuentran; b) preservar y poner en valor los elementos significativos del tejido urbano y las situaciones de valor ambiental que caracterizan los barrios históricos; y c) implementar instrumentos de gestión para hacer efectivas la protección y puesta en valor del patrimonio.

Asimismo otorga carácter de orden público a la protección que por esta ordenanza establece.

Implanta la significación de 2 conceptos como el de *Bien Cultural*: que son todo aquellos inmuebles y lugares cuyos valores intrínsecos les confieran relevancia como componentes del patrimonio cultural de la población de la ciudad de Córdoba; y el de *Áreas de Protección de Patrimonio (APP)*: son aquellas áreas o situaciones urbanas que por sus cualidades intrínsecas, caracterizadas por sus valores ambientales y/o funcionales, definen un paisaje urbano particular susceptible de ser mantenido y potenciado mediante acciones de intervención que no alteren la calidad ambiental del área.

Las APP son establecidas con el objeto de proteger mediante distintos niveles de intervención los edificios y situaciones urbanas singulares, de valor arquitectónico, histórico, y/o ambiental, que constituyen elementos que caracterizan el tejido de áreas históricas y otorgan significado al entorno donde se encuentran; controlar las intervenciones sobre los bienes inmuebles con nivel de protección edilicia catalogados; y para establecer condiciones de regulación urbanística para los inmuebles catalogados y no catalogados incluidos en una APP, a fin de mantener las cualidades del área a proteger.

Las APP están delimitadas en el anexo de la ordenanza que a su vez la conforma y obliga al DEM su actualización permanente mediante estudios urbanos particularizados.

Además de regular las APP, esta ordenanza crea el *Catálogo de Bienes Inmuebles y Lugares del Patrimonio de la Ciudad de Córdoba* que forma parte del anexo de la ordenanza. El referido Catálogo constituye un instrumento de identificación, registro y valoración de los inmuebles y lugares considerados de valor arquitectónico-urbanístico en función de la preservación del patrimonio cultural de la ciudad. Debe ser actualizado mediante la incorporación de nuevos inmuebles a propuesta del DEM, del Concejo Deliberante, de Organizaciones y/o Asociaciones Civiles o Centros Vecinales, previo estudio de las Direcciones de Patrimonio Cultural y de Planeamiento Urbano. Establece como forma de protección de los inmuebles catalogados la prohibición que pesa sobre sus titulares dominiales de emprender toda acción que implicare modificación, ampliación, restauración, refuncionalización, cambio de uso o destino, demolición total

o parcial, o cualquier otra alteración sin ser previamente autorizada por las áreas mencionadas ut supra. Para catalogar los inmuebles la ordenanza instruye al DEM a categorizar los inmuebles en base a 4 criterios:

Valor Tipológico: elementos representativos de estructuras de organización tipológica.

Valor Estético-Arquitectónico: elementos poseedores de calidades de estilo, composición, materiales, y otra particularidad relevante.

Valor Urbano-Ambiental: refiere a las cualidades que posee un inmueble o grupo de inmuebles que definen o califican la trama, el paisaje urbano o el espacio público.

Valores Histórico-Social y Documentario-Testimonial: refiere a aquellos elementos testimoniales de una organización social o forma de vida que configuran la memoria histórica colectiva y un uso social actual.

Como resultado de los informes técnicos a realizarse se categorizarán la protección a los inmuebles en *monumental* según su valor sea excepcional; *alta* según su valor sea singular tipológico, estético-arquitectónico o histórico; *media* según su valor sea singular arquitectónico o urbano-ambiental; *baja* según su valor sea social y *testimonial* según su valor sea documentario-testimonial.

Asimismo la ordenanza especifica 3 especies de protecciones: para las APP será una *especial* que se refiere a áreas homogéneas por sus valores históricos y/o ambientales a fin de consolidar y potenciar sus cualidades; una *ambiental* que se refiere al espacio público e incluye las fachadas y muros exteriores de los edificios que participan de los mismos en áreas que se destacan por sus valores paisajísticos, simbólicos, sociales o espaciales; y por último una *edilicia* que se refiere a los bienes inmuebles categorizados que se encuentren dentro del catálogo de bienes.

El Catálogo de Bienes Inmuebles protegidos fue incorporado como anexo a la Ordenanza 11.201, y a su vez fue modificado por las Ordenanzas 12.240, 12.382 y 12.454.

Por último dispone que el DEM deberá dar amplia difusión a las APP y al Catálogo, además de realizar acciones que propicien la información, concientización y valoración del patrimonio cultural de la ciudad

Análisis de la Ordenanza 11.202

La ordenanza 11.202 llamada de “ACCIONES DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CONSTRUIDO DE LA CIUDAD DE CORDOBA” es el instrumento normativo que conforma el régimen municipal de protección de mejor técnica legislativa que sus antecesoras y mucho más compleja. Fue modificada en el año 2014 por la ordenanza 12.282.

Regulará todo lo atinente a las acciones de tutela de los valores culturales y/o paisajísticos de los bienes considerados componentes del Patrimonio de la ciudad, de propiedad pública o privada, incluidos en el CATÁLOGO DE BIENES INMUEBLES Y LUGARES DEL PATRIMONIO DE LA CIUDAD DE CÓRDOBA creado en la ordenanza 11.190.

Esta ordenanza es innovadora en cuanto a la desambiguación de concepto o definiciones utilizadas en ella y que sirven de referencia y antecedente para la interpretación jurídica. Entonces cuando se habla de *Operaciones de Conservación* se está haciendo referencia a la actitud y conjunto de actividades tendientes a cuidar y salvaguardar un bien con el objeto de lograr que se prolongue su permanencia en el tiempo. Estas operaciones engloban y comprenden a todas las acciones posibles a realizarse en y por el patrimonio. Son consideradas operaciones de conservación la *Preservación* que es la acción que implica poner a cubierto un bien anticipadamente para evitar su daño, deterioro o destrucción; el *Mantenimiento* que es velar y actuar a través de acciones concretas para que los bienes sigan en uso; la *Conservación* que es la acción tendiente a mantener unidas las partes que conforman el bien, no dejando deteriorar ninguna de estas, y actuando para que el mismo permanezca lo menos alterado posible; la *Restauración*¹⁰ que es la intervención física que implica actuar

¹⁰ Asimismo se entiende que las operaciones de restauración serán las de:

Consolidación: acción dirigida a restituir al bien la firmeza o solidez perdida o disminuida.

Reintegración: acción de completamiento de aquello que en parte le falta al bien.

Anastilosis: acción de restitución, de las partes encontradas, al lugar que ocupaban en el bien.

Sustitución: acción de reemplazo de elementos que definen y conforman el bien a restaurar.

Integración: acción de incorporación de elementos o partes que nunca existieron o formaron parte del bien.

sobre la estructura material, compositiva y técnico-constructiva del bien; *Reconstrucción* que es construir el bien de nuevo, sustentado en el valor simbólico y cultural que el original tenía en la memoria colectiva; y *Otras operaciones* como la recuperación, la renovación, la refuncionalización, el reciclaje, que hacen referencia a acciones inespecíficas, que en general implican cambios en el uso del bien, debiendo precisarse en cada caso la operación de conservación a utilizar en función de los valores reconocidos en el objeto motivo de la operación.

Dentro de la catalogación de los bienes inmuebles se establecerán los siguientes niveles de protección:

Nivel de Protección Integral que se aplicarán los principios disciplinares de la conservación.

Arquitectónico Monumental, se aceptarán sólo intervenciones de conservación, restauración, reconstrucción, sujetas a las normas y disposiciones específicas correspondientes según las declaratorias de que fuera objeto el bien (Nacional, Provincial, Municipal, u otras).

Arquitectónico, se aceptarán las intervenciones señaladas a continuación:

Conservación, restauración, reconstrucción, sujetas a las normas y disposiciones específicas correspondientes según las declaratorias de que fuera objeto el bien (Nacional, Provincial, Municipal, u otras).

Recuperación, renovación, refuncionalización, reciclaje, sujetas a los principios de la conservación en cuanto a la no alteración, modificación o impacto negativo de y en las cualidades de lo existente.

Nivel de Protección Parcial donde la intervención hará posible la puesta en valor de partes específicas y determinadas según cada caso.

Funcional y/o morfológico y/o constructivo, se aceptarán las intervenciones señaladas a continuación:

Conservación, restauración y reconstrucción de las partes mantenidas, sujetas a los principios disciplinares inherentes a la intervención.

Recuperación, renovación, refuncionalización, reciclaje, garantizando la armónica relación con aquello motivo de preservación.

Nivel de Protección Rememorativo donde la acción será dirigida a resguardar el testimonio de lo construido.

In situ: Conservación y restauración de elementos como recuerdo y testimonio parcial de aquello que existía.

Documental: Registro, relevamiento, documentación que implican la investigación directa e indirecta con el fin de testimoniar las diferentes etapas edilicias del desarrollo urbano.

Cuando establece los criterios a valorar en los inmuebles para la incorporación dentro del Catálogo remite al art. 7 de la ordenanza 11.190, estableciendo que tipo de intervenciones se podrán realizar en virtud de los criterios establecidos, resolviendo que

- 1) Las intervenciones sobre inmuebles de categoría Monumental se registrarán según lo dispuesto para el Nivel de Protección Integral - Arquitectónico Monumental.
- 2) En intervenciones sobre inmuebles de categoría Alta serán de aplicación, previo estudio particularizado, lo dispuesto en el Nivel de Protección Integral - Arquitectónico o el Nivel de Protección Parcial - Funcional y/o morfológico y/o constructivo.
- 3) Las intervenciones sobre inmuebles de categoría Media se registrarán según lo dispuesto para el Nivel de Protección Parcial - Funcional y/o morfológico y/o constructivo.
- 4) En intervenciones sobre inmuebles de categoría Baja serán de aplicación, previo estudio particularizado, lo dispuesto en el Nivel de Protección Parcial - Funcional y/o morfológico y/o constructivo o el Nivel de Protección Rememorativo - In situ.
- 5) Las intervenciones sobre inmuebles de categoría Testimonial se registrarán según lo dispuesto para el Nivel de Protección Rememorativo - Documental.
- 6) En cualquier caso, ante la situación de autorizar la demolición total o parcial de un inmueble catalogado, el municipio podrá requerir la donación de elementos de valor para su conservación y/o reutilización en obra pública.

Cuando la ordenanza establece las acciones de preservación que deben llevarse a cabo para proteger el patrimonio arquitectónico estipula de una forma original la obligación genérica de proteger y salvaguardar los bienes catalogados en cabeza de todos los ciudadanos. Luego especifica como obligación del titular del bien la de mantenerlo en perfecto estado de solidez e higiene, a fin de no comprometer la seguridad, salubridad e imagen urbana. No podrán el titular dominial evitar el cumplimiento

de dicha obligación por más que enajene, alquile o someta a cualquier otro tipo de disposición sobre el bien. Para cometer este fin se faculta al DEM a tramitar ante el Registro General de la Provincia de Córdoba la inscripción del bien como Integrante del Catálogo de Bienes Inmuebles y Lugares del Patrimonio de la Ciudad de Córdoba – Ordenanza N° 11.190.

Asimismo el titular dominial podrá realizar ninguna acción sobre los bienes catalogados que implique cualquier operación de conservación, modificación, ampliación, cambio de uso o destino, demolición total o parcial, u otra alteración, sin contar con informe favorable de las distintas áreas del DEM que estén comprometidas en las mismas, quienes asesorarán fundadamente acerca del modo y forma adecuados de encarar las intervenciones mencionadas. Además en caso de que las intervenciones referidas se realicen sobre un bien catalogado en Categorías Monumental y Alta, o cualquier otro inmueble catalogado que a juicio del DEM lo requiera, previo a su autorización, deberá contar con dictamen del Consejo Asesor de Patrimonio.

Reafirma la institución de la obligación del DEM en el control periódico del estado de los bienes que forman el catálogo. Cabe recordar que esta obligación está establecida en el art. 29 de la ordenanza 10.626.

Para la concreción de los fines constituidos en esta ordenanza el DEM deberá:

- Distinguir a los propietarios de inmuebles catalogados
- Reconocer las actuaciones sobre bienes catalogados teniendo en cuenta: la categoría del inmueble en el catálogo, la pertenencia a un APP y el uso al que se destine.
- Desgravar de la contribución que incide sobre los inmuebles que sean objeto de acciones de conservación y puesta en valor conforme al asesoramiento técnico municipal.
- Asesorar técnicamente de forma gratuita a los propietarios en todas las tareas que los mismos emprendan con el fin de proteger y conservar los bienes catalogados
- Ejecutar programas municipales que contemplen operaciones de conservación.

Reitera lo establecido en la ordenanza 10.626 en cuanto faculta al DEM de eximir al bien inmueble catalogado del cumplimiento de las disposiciones del Código de Edificación, en lo referido a aspectos que no comprometan la seguridad, higiene y salubridad pública. Estas eximiciones

sólo podrán otorgarse cuando resultaren estrictamente necesarias para la protección del bien y las intervenciones contaren con el asesoramiento técnico municipal. Como así también cuando al inmueble catalogado se propusiere desarrollar alguna de las actividades reguladas por las Ordenanzas de Uso de Suelo y de Espectáculos Públicos deberá respetar las condiciones físico-funcionales que en cada caso fijare el DEM. También reitera al facultar al DEM a realizar convenios interjurisdiccionales y a disponer de forma acumulativa o alternativa los incentivos y eximiciones establecidos.

La gran novedad de la ordenanza es la potestad que confiere al DEM a emitir *Certificados de Edificabilidad Potencial Transferible (CEPT)* a los fines de compensar la restricción de edificabilidad que impone la preservación de bienes de patrimonio. El mismo expresa la superficie cubierta que resulta de la diferencia entre la capacidad edificable potencial permitida por norma en la parcela en la cual se encuentra el inmueble catalogado y la superficie construida del mismo. Tienen 3 años de duración a partir de la fecha de emisión. El DEM instrumentará la emisión de CEPT mediante Decreto ad referendum del Concejo Deliberante.

Los CEPT emitidos deberán asentarse en un registro especial que crea esta ordenanza para ese fin. El DEM sólo podrá emitir CEPT a favor de los inmuebles catalogados en Categoría Alta y Media, pero en este último caso deberá además tener la aprobación del Consejo Asesor. Queda expresamente excluida la posibilidad de emisión de CEPT a favor de inmuebles pertenecientes al Estado Nacional, Provincial o Municipal, sus entes autárquicos y descentralizados y empresas con algún tipo de participación estatal. El CEPT es cedible en los términos del Código Civil.

Previa emisión del CEPT deberá mediar la firma de un Convenio entre la Municipalidad de Córdoba y el titular dominial del inmueble, en el que conste la condición de libre deuda municipal del inmueble catalogado y el compromiso del propietario de protegerlo. Además se deberá tener en cuenta que la parcela receptora no se encuentre en el Centro Histórico o en las APP, sino que se encuentre en Áreas de Promoción y Renovación Urbanística que a tal fin se establezcan, y por último, que la construcción resultante en la parcela receptora no supere en más de un 30% de la superficie edificable y en más de un 25% la altura máxima establecida en normativa vigente. Tanto la emisión de CEPT como las Áreas de Promoción y Renovación Urbanística quedan reguladas en el decreto 3.298/12.

En cuanto a la emisión de CEPT podemos mencionar solo 4 casos a la fecha: “Barrera Faure” a través del decreto 5.222/12 aprobado por la ordenanza 12.171, “Scaraffia” a través del decreto 5.221/12 aprobado por la ordenanza 12.170, el caso “Vanoli” a través del decreto 5.220/12 aprobado por la ordenanza 12.172 y por último “Regiardo en representación de PROVIDUS” a través del decreto 5.219/12 aprobado por ordenanza 12.173.

La ordenanza prescribe sanciones en los arts. 26 y 27. Una primera tipifica como falta el incumplimiento de las obligaciones establecidas en ella, así como de los acuerdos suscriptos ad hoc en relación a inmuebles catalogados. Para dicha falta se sancionará aplicando a) las sanciones establecidas en el Código de Faltas; b) el cese de la exención tributaria que se hubieren concedido y c) la resolución del contrato. Una segunda tipifica como falta la destrucción, ruina u otros daños ocasionados al bien catalogado, por acción u omisión del propietario, estableciéndose como sanción que la edificabilidad de la parcela quedará limitada a la superficie cubierta que registrara el bien motivo de preservación.

Crea el *Consejo Asesor de Patrimonio de la Ciudad de Córdoba* que está integrado por 8 profesiones con antecedentes en la materia designados por el DEM en base a ternas propuesta por la Facultad de Arquitectura, Urbanismo y Diseño de la Universidad Nacional de Córdoba, la Facultad de Ciencias Exactas Físicas y Naturales de la Universidad Nacional de Córdoba, la Facultad de Arquitectura de la Universidad Católica de Córdoba, la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba, el Colegio de Arquitectos de la Provincia de Córdoba, el Colegio de Ingenieros Civiles de la Provincia de Córdoba y la Junta Provincial de Historia.

Los miembros del Consejo Asesor duran en sus funciones 3 años y su participación es ad honorem. La ordenanza faculta al Consejo Asesor a dictar su propio reglamento interno, estableciendo que la periodicidad de sus reuniones serán de una en un mes calendario al menos o a solicitud del DEM.

Este Consejo Asesor tiene por objetivo asesorar al DEM en todo lo relativo a las acciones de protección y tutela del Patrimonio construido de la ciudad, analizar las solicitudes presentadas con el fin de recomendar sobre la conveniencia o no de otorgar permiso de intervención o demolición sobre bienes inmuebles catalogados y proponer modificaciones al

Catálogo ad Referéndum del Concejo Deliberante. A través del decreto 401/2015 el D.E.M. constituyó por primera vez este Consejo.

Por último instituye el *Fondo Especial para la Preservación del Patrimonio de la Ciudad* con el fin de financiar los gastos que demandare la aplicación de la ordenanza la aplicación de programas de concientización, de recuperación de espacio público y de puesta en valor de las APP. Dicho Fondo se constituirá con donaciones, legados, aportes nacionales e internacionales, porcentaje de lo recaudado en concepto de derechos de edificación, fondos provenientes de transferencias de CEPT y todo otro concepto que se determine a tal fin.

Código de Convivencia Ciudadana

En el ejercicio de la función de policía de la Municipalidad de Córdoba, el dictado del Código de Faltas es imprescindible. Poder sancionar frente al incumplimiento de las distintas ordenanzas, es herramienta necesaria para la vigencia y eficacia de todo el bagaje normativo.

Es así que en cumplimiento del art. 64 inc. 24 de la C.O.P., el Concejo Deliberante sancionó la Ordenanza 12.468, proyecto enviado por el D.E.M., elaborado a su vez por una comisión de notables juristas. El viejo Código de Faltas fue reemplaza íntegramente por el vigente Código llamado de Convivencia Ciudadana, con la función de resaltar el aspecto preventivo de la norma por sobre el punitivo. La principal novedad está dada por sancionar en U.E.M. (unidad económica municipal), equivalente al precio de ocho litros de nafta de menor octanaje, valor surtidor o precio final al público, de la empresa estatal *YPF* plaza Córdoba. Por decreto de mayo de 2016 se estableció en \$152,72.

Del mismo solo mencionaremos a los arts. 185, 186 y 187. Estos arts. se encuentran en el Capítulo I “Obras Privadas” del Título IV “Faltas a la seguridad, el bienestar y la estética urbana” del Libro Segundo.

El art. 185 se sanciona al que iniciare, reformare o modificare construcciones existentes sin haber obtenido el Permiso de Edificación. Así mismo sanciona al que se apartare de lo estrictamente autorizado o demoliere edificaciones sin el Permiso de Demolición pertinente.

El art. 186 sanciona al que demoliere total o parcialmente bienes inmuebles declarados de interés municipal o inscriptos como integrantes del catálogo de bienes inmuebles y lugares del patrimonio.

El art. 187 sanciona a quienes aparte de lo estrictamente autorizado o careciere de permiso otorgado por autoridad competente, y que mediante acción u omisión provocare alteraciones o modificaciones sobre bienes muebles o inmuebles declarados e interés municipal o inscriptos como integrantes del catálogos de bienes inmuebles o lugares del patrimonio de la ciudad.

Más allá de las respectivas sanciones, en estos 3 arts. se establece la posibilidad que el juez administrativo de faltas podrá paralizar o clausurar la obra que se trate de forma preventiva.

Conclusión

La protección del patrimonio arquitectónico es una tarea de todos por tanto como se realizó en la ordenanza 11.889 con la creación de la Mesa de Concertación “Pueblo Alberdi” se debe promover la participación y la concientización ciudadana en la preservación y revitalización del patrimonio sensibilizándola, involucrando a todos los sectores: O.N.Gs., colegios profesionales y universidades relacionados en la materia, creando una verdadera red interinstitucional. Integrar a dicha red al sector empresarial, en especial al del rubro desarrollista, en base de la concepción de la corresponsabilidad.

Es de importancia generar mecanismos y estrategias eficaces de estímulo en pos de la protección. Es vital en este sentido el otorgamiento de exenciones impositivas y otros privilegios a los titulares de inmuebles catalogados a fin de compensar las cargas y motivarlos a cumplir con la obligación principal de conservar los bienes en un buen estado. Por otro cambiar la mirada, dejar de ver la protección del patrimonio arquitectónico como una carga o costo pecuniario. Tener esta mirada economicista es no entender de qué se está hablando, no sólo porque una adecuada protección conservará la cultura para las generaciones venideras sino que sobre ellas se pueden montar verdaderos circuitos turísticos generadores de grandes beneficios para todo el entorno involucrado.

Por otro lado es importante destacar el intento de protección integral sobre los inmuebles de toda la ciudad, a diferencia de lo que sucede en

otras ciudades donde todo el bagaje normativo se concentra en proteger el Centro Histórico.

Ligar la concepción proteccionista en el plan maestro o rector de desarrollo sustentable a largo plazo como política pública a sumir por todos los sectores políticos sin importar la gestión de turno es una tarea de suma trascendencia; al igual que fomentar investigaciones técnico-científicas de forma permanente y progresiva para así poder contar con un catálogo proteccionista actualizado, al igual que controles periódicos eficaces sobre los inmuebles protegidos.

La implementación de señalamiento efectivo de los bienes protegidos a través de placas visibles y mojones, como así también motivar el desarrollo de actividades culturales en los bienes catalogados sería de vital importancia, ya que muchas veces las demoliciones se suscitan más rápidamente que los intentos de la burocracia estatal en proteger esos inmuebles.

Por último destacar la real importancia de generar una verdadera sistematización normativa a fin de organizar la legislación vigente promoviendo una protección integral del patrimonio arquitectónico; e involucrar al vecino, sin participación ciudadana el accionar del Estado se verá siempre limitado.

BIBLIOGRAFÍA

- BOSCOLO, Ana María; “La cuestión de la aplicabilidad del contenido de la normativa de protección a la defensa del patrimonio y en la legislación argentina”, La Ley; Buenos Aires, 1992
- BOSCOLO, Ana María – RONCORONI, Marta S.; “Fortalecimiento de la Capacidad Gerencial en el Gobierno Central. Mecanismos de Control en el Sector Público”, Edit. Civitas; Buenos Aires, 1994
- BUSCHIAZZO, Mario J.; “La destrucción de nuestros Monumentos Históricos”, Edit. Civitas; Buenos Aires, 1996/1997
- Constitución de la Nación Argentina
- Constitución de la Provincia de Córdoba
- Carta Orgánica de la Ciudad de Córdoba
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo – PAREJO ALFONSO, Luciano; “Lecciones de Derecho Urbanístico”, Edit. Civitas; Buenos Aires, 2009

Jurisprudencia Argentina

Ordenanzas de la Ciudad de Córdoba

SABSAY, Daniel – ONAINDIA, José María; “La Constitución de los Argentinos”, Edit. Errepear; Buenos Aires, 2005

ZARINI, Helio Juan; “Análisis de la Constitución Nacional Argentina”, Edit. Astrea; Buenos Aires, 2001

ZARZA MENSAQUE, Alberto – BARRERA BUTELER, Guillermo (directores); “Introducción al Derecho Municipal”, Advocatus; Córdoba, 2010

ZENDRI, Liliana; “El Patrimonio Cultural y la Identidad Cultural”, Edit. Astrea; Buenos Aires, 2001

CULTURA JURÍDICA EN EL ESTADO DE DERECHO ¹

Consideraciones a partir de dos fallos significativos del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba

Myriam Consuelo Parmigiani ²- *María Eugenia Gómez del Río* ³

Paula Giselle Peláez ⁴

Resumen: Colocar la mirada sobre los valores que subyacen en la distribución autoritativa-coercitiva de bienes materiales o simbólicos en una sociedad, esto es, invocados para reconocer o negar derechos, conduce de inmediato al interrogante sobre qué cultura jurídica contextualiza tal distribución. Con la mirada colocada en ese fin, el presente trabajo se propone comparar cómo es resuelta la confrontación entre el derecho de propiedad y otros de ulterior generación, a partir de la priorización de determinados valores, en el proceso de argumentación seguido por el máximo tribunal judicial de la Provincia de Córdoba en dos casos jurisprudenciales de trascendencia pública.

En esa línea, el análisis de los fallos se desarrolla tomando como referencia la concepción de Ronald Dworkin, que prioriza los principios que informan al ordenamiento jurídico por sobre las reglas. Ese “principalismo” tiene su

¹ Artículo recibido 21/06/2017 – Aprobado para su publicación 15/09/2017

² Abogada y Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Titular de Derecho Político en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Docente- Investigadora Categoría I -Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología de la Nación. E-mail: consueloparmigiani@gmail.com

³ Abogada y Doctora en Demografía por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Titular de Sociología en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Docente- Investigadora Categoría I -Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología de la Nación. E-mail: eugeniagomezdelrio@gmail.com

⁴ Abogada y Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Adjunta de Sociología del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Docente- Investigadora Categoría III -Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología de la Nación. E-mail: pspelaez@hotmail.com

razón en que el derecho es una parte de la moral (específicamente, de la moral política), que procura resolver, a través de una argumentación o interpretación responsable de conceptos, qué es lo que debemos a las otras personas, siempre bajo la idea ética básica de dignidad humana.

El uso de la concepción integrada del derecho de R. Dworkin en el análisis de los fallos escogidos, permite remover primeras impresiones formalistas o bien subjetivas, al avanzar sobre la red de valores y principios que se articulan -o debieran articularse- en una decisión judicial responsable enmarcada en la cultura del Estado de derecho.

Palabras clave: decisión judicial – cultura jurídica - principismo

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se propone comparar cómo es resuelta la confrontación entre el derecho de propiedad y otros de ulterior generación, a partir de la priorización de determinados valores, en el proceso de argumentación seguido por el máximo tribunal judicial de la Provincia de Córdoba en dos casos de trascendencia pública; dichos valores pueden estar explícitamente referenciados, o bien sólo tácitamente aludidos.

Colocar la mirada sobre los valores que subyacen en la distribución autoritativa-coercitiva de bienes materiales o simbólicos en una sociedad, esto es, invocados para reconocer o negar derechos, conduce de inmediato al interrogante sobre qué cultura jurídica contextualiza tal distribución. La historicidad de toda cultura jurídica es nítidamente expresada para el mundo occidental por Sabine (1978), precisamente al iniciar su ya clásica obra sobre el pensamiento político de este gran bloque civilizatorio:

“La mayor parte de los ideales políticos modernos –como por ejemplo, la justicia, la libertad, el régimen constitucional y el respeto al derecho- o, al menos, sus definiciones, comenzaron con la reflexión de los pensadores griegos sobre las instituciones de la ciudad-estado. Pero en la larga historia del pensamiento político, el significado de tales términos se ha modificado de modos muy diversos y hay que entenderlo siempre a la luz de las instituciones que habían de realizar esos ideales y de la sociedad en que operaban esas instituciones. ... Los filósofos griegos reflexionaban sobre prácticas políticas muy diferentes de cualesquiera que hayan prevalecido de modo general

en el mundo moderno... y el aparato ético con que se valoraba y criticaba la vida política difería mucho del que hoy prevalece” (p.15).

La casuística de fallos aquí escogida se aloja en la cultura jurídica del denominado Estado de derecho. Se opta por esta denominación por su brevedad y generalizada utilización⁵, para hacer *referencia a la cultura que es propia del Estado de Derecho Democrático Constitucional*, con principios y consecuentes técnicas que garanticen la dignidad de la persona humana.

Interesa pues al objetivo de este trabajo, determinar algunas categorías conceptuales fructíferas para aprehender los sentidos de prácticas que son propios del Estado de derecho. Se avanzará luego sobre el análisis de dos fallos paradigmáticos.

II. CATEGORÍAS CONCEPTUALES EN EL ESTADO DE DERECHO

El uso de la preposición “en” en lugar de “de” en el acápite no es azaroso sino intencionado, para denotar la relación que tienen entre sí los sentidos nominales que conecta. En efecto: son distinguibles ciertas categorías conceptuales en el Estado de derecho, las cuales constituyen los condicionantes de nuestra experiencia epistémica y moral, porque se encuentran incorporadas a las prácticas de ciudadanos, estudiosos y operadores jurídicos y políticos, aun cuando en muchos casos lo sean únicamente como ideario de referencia. Sólo con tal perspectiva cabe hablar de una cultura jurídica –en este caso, del Estado de derecho-, porque la cultura “... está en el hombre y sólo en él” (HELLER, 1992:54), contra toda unilateralización materialista o idealista que se pretenda.

Sin aspiración de exhaustividad sino de suficiencia para este trabajo y con la aclaración de que sólo nuestro pensar discursivo las separa porque

⁵ Aunque va de suyo que en cierto sentido todo Estado es “de derecho”, toda vez que el poder estatal no tiene otra forma de manifestarse técnicamente, ni de procurarse legitimarse ofreciendo los valores que promueve a la comunidad, que no sea en último término a través de la norma jurídica; en esa intelección es que Heller (1992) puede afirmar que “...el poder del Estado es pues siempre poder legal, es decir, poder político jurídicamente organizado” (p. 261). No está de más recordar que este autor fue un adalid del estado de derecho con el agregado de su vertiente social, al punto que acuñó el término “estado social de derecho” -*soziale Rechtsstaat*-)

en la realidad se encuentran íntimamente relacionadas, es posible hablar de dos categorías conceptuales básicas que rigen nuestro conocimiento y legitimación del Estado de derecho: se trata de los *principios de imperio de la ley y de soberanía del pueblo*, para cuya consagración y vigencia han corrido ríos de sangre. Ellos, a su vez, tienen su génesis en los *principios de igualdad y libertad de todos los hombres*, a la vez que revierten sobre tales principios como instrumentos de su materialización.

Es una cultura la del Estado de derecho tejida a lo largo del movimiento histórico-político del constitucionalismo, con dos grandes hitos de institucionalización del proceso revolucionario contra el absolutismo monárquico: la Constitución de los Estados Unidos de América y sus diez primeras enmiendas (1787/1791) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa (1789), sin mencionar otras contribuciones significativas para esta construcción cultural, particularmente asociadas a la historia inglesa. Técnicas jurídicas varias y con modalidades diversas de recepción, han confluído en los diseños constitucionales: la supremacía de las normas fundamentales; la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos; la distinción orgánica y funcional entre los poderes constituidos; la consagración y garantía de los derechos civiles y políticos; la legalidad administrativa y el control de los poderes constituidos; la independencia del Poder Judicial; el reconocimiento de la oposición y la convocatoria regular a elecciones libres y transparentes para la designación de los representantes en los poderes políticos del Estado, entre otros.

El núcleo pues del Estado de derecho, en razón de los principios arriba señalados de imperio de la ley y de soberanía del pueblo, está dado por la conjunción de la racionalidad y la voluntad (KAHN, 2001). A ese núcleo duro debe responder el orden jurídico, manifestándose tanto producto de la razón cuanto de la voluntad popular.

Max Weber, el más agudo de los sociólogos alemanes, destacó con claridad que la burocratización es la manifestación contemporánea del principio histórico de racionalización, y constituye una de las variables claves para distinguir el mundo occidental moderno del medieval y del antiguo, así como también del asiático. Creó precisamente la expresión “dominación racional-legal”, para hacer referencia al tipo ideal de dominación legítima imperante en las sociedades occidentales modernas, en las que la obediencia a la ley está basada en la estructura de sentido

común que proporciona el derecho a los actores sociales, permitiéndoles perseguir racionalmente sus fines.

El Estado moderno es fruto de una burocracia especializada y de un derecho racional, en el contexto de una economía capitalista en ascenso. En línea con la tradición weberiana-hintzeana (MANN, 1991) y en punto específicamente al derecho, dice HELLER (1992):

“El Estado sólo podía independizarse como unidad de acción militar, económica y política bajo la forma de una independización como unidad jurídica universal. La disgregación política del Imperio y de los Territorios había acarreado una extraordinaria disgregación jurídica y una intolerable inseguridad en el derecho. ... La unificación general, para todo el territorio y regulada desde el centro, de toda la actividad relevante de poder de Estado, requiere de la existencia de un *ius certum*, válido para todo el territorio del Estado, ... Por otra parte la colaboración de toda la jerarquía de funcionarios según el principio de la división de trabajo, hace precisa una ordenación jurídica racional y planificada. Y asimismo, la economía capitalista del dinero reclama, tanto para el derecho privado como para la Administración, la previsibilidad, extendida a un territorio lo más amplio posible, de un derecho sistematizado” (p. 150).

La generalidad, predictibilidad y calculabilidad que importa el proceso de racionalización de la dominación estatal como recursos técnicos para la concentración de poder, irán adquiriendo también la tónica de recurso de legitimación a lo largo de la lucha de la burguesía contra las arbitrariedades del absolutismo monárquico. En 1748, luego de distinguir independencia de libertad, dirá Montesquieu “La libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permitan; y si un ciudadano pudieran hacer lo que las leyes prohíben, no tendría más libertad, porque los demás tendrían el mismo poder” (1971, p. 186). Obsérvese la estrecha ligazón de la libertad con el imperio de la ley; es la libertad de la seguridad jurídica⁶.

⁶ Para evitar malentendidos, importa destacar el componente ético que el realista Montesquieu exalta, no menos que los racionalistas del período revolucionario previo a la formalización jurídica del siglo XIX: en nota a pie de las palabras transcritas en el texto, luego de recordar las palabras de Cicerón *Omnes legum servus sumus ut liberi esse possimus*, agrega: “... Sí, la sentencia ciceroniana es cierta cuando las leyes son

El principio de legalidad –esto es, la legitimación legal-racional weberiana-, servirá para limitar el poder y garantizar los derechos individuales, generando la primera forma de Estado de derecho en sentido propio, que es el Estado liberal de derecho. Tal principio, que cristalizó en constituciones y códigos de los siglos XVIII y XIX, con su matriz fundante en el jusnaturalismo racionalista, animó formas de positivismo jurídico con expresiones paradigmáticas en la corriente francesa de la exégesis y en la alemana de la jurisprudencia de conceptos. El normativismo extremo (o si se prefiere el formalismo característico de estos primeros tiempos), fue siendo atenuado en la cultura de la dogmática jurídica, que mantuvo la preeminencia de la ley como fuente del derecho pero admitió otros criterios para asignar significado a la ley, tales como las costumbres, consideraciones pragmáticas, circunstancias sociales, etc.; mas raramente esos elementos fueron suficientes para fundamentar una solución en contraposición al texto de la ley: “Todos los embates de la reacción no pudieron desalojar a la legislación positiva del primer lugar en la ideología de las fuentes del derecho” (NINO, 1989, p. 28).

La forma de dominación político-estatal del Estado de derecho que sucedió a la liberal, la del Estado social de derecho o Estado de bienestar, asumió un rol más activo en la conformación de las relaciones sociales, particularmente económicas, para direccionar el crecimiento hacia ciertos objetivos y también reducir las asimetrías sociales colocando a los titulares de derechos en la posición de su efectiva materialización. A lo que se dio en llamar Estado formal de derecho sucedió el diferenciado como Estado material de derecho, que agregó la “legitimación por la eficacia” a la legal-racional, así como un contenido de libertad e igualdad efectivas bajo la exigencia de justicia social. Resultados de la nueva concepción del rol del Estado con respecto a la sociedad –ya no percibida como autorregulada- fueron una gran expansión de la regulación jurídica y la consagración de los derechos sociales, económicos y culturales. Pero el momento social que sucede al momento liberal, importó transformaciones mas no quiebres en la cultura jurídica, cuestión sobre la que hay prácticamente consenso entre los autores y que expresa GARCÍA-PELAYO (1996) con claridad:

justas; pero hay leyes que son trabas, que fundan privilegios, que amarran injusticias” (1971, p. 186).

“... en realidad, podría afirmarse que no se trata tanto de dos conceptos contradictorios, cuanto de dos momentos o de dos dimensiones del Estado de derecho: los componentes formales son los mecanismos para actualizar los valores jurídico-políticos que inspiran al Estado y racionalizan la acción de éste, a la vez que los valores jurídicos necesitan ser actualizados a través de los mencionados mecanismos. Pero, en todo caso, pueden distinguirse dos modalidades del Estado de derecho: la liberal y la social, bien entendido que esta última no significa una ruptura con la primera, sino un intento de adaptación de las notas clásicas del Estado a su nuevo contenido y a sus nuevas condiciones ambientales” (p. 54).

La dinámica de entrecruzamiento en la cultura jurídica del Estado de derecho de los dos momentos de la relación estado-sociedad cristalizó así en el mantenimiento de técnicas o mecanismos (para usar el término de GARCÍA PELAYO) originarios o bien en la resignificación de otros (como el de la división de poderes, resignificado bajo la idea de gobierno/control, la participación popular cuya mediatización se busca paliar a través de institutos de democracia semidirecta, el rango cuasi-legal de los convenios colectivos de trabajo y, en fin, muchos otros ejemplos que largo sería citar aquí). Mas este imbricamiento de patrones culturales no fue ajeno a tensiones ni a desajustes: un síntoma claro de ello lo constituye la persistencia de la consideración de los nuevos derechos del constitucionalismo social como de carácter programático, en correspondencia con el apego a la regla legal como fuente jurídica.

Como toda forma cultural, inmersa en el incesante devenir histórico social y cuya permanencia es relativa, porque cambia aunque dentro de ciertas características generales básicas que se mantienen (HELLER, 1992), la cultura del Estado de derecho ha continuado experimentando mutaciones. Han emergido nuevas racionalidades que tienen como común matriz generadora a la globalización, con sus acelerados y profundos cambios tecnológicos -particularmente en materia de comunicaciones, transporte y novedosas formas de organización industrial- que han quebrado las mediatizaciones temporales determinadas por el espacio e inducido el intenso flujo de personas, capitales, bienes y servicios que le es característico, con impacto no sólo en el ámbito económico sino en el político,

cultural, ecológico y social en general. En tal marco de rápido cambio y de multiplicación de actores y de situaciones particulares a la vez que de aceptación de principios universales (como los relativos por ejemplo a los derechos humanos), el derecho del Estado-nación va experimentado innovaciones que denotan los nuevos sentidos que tienden a impregnar su cultura jurídica; sentidos asociados a lo universal humano, a la vez que atienden a lo particular humano situado de colectivos diferenciados. Una clara ilustración de lo expuesto es la Constitución de la Nación Argentina reformada en 1994, cuyo art. 75 otorgó a los tratados y concordatos internacionales jerarquía superior a las leyes y confirió rango constitucional a los tratados y convenciones sobre derechos humanos (inc. 22); incluso en el inc. 24 autoriza a aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, agregando que las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. Por otra parte, el mismo artículo citado impone un tratamiento diferenciado a los pueblos indígenas argentinos (inc. 17) y el art. 42 a los colectivos de usuarios y consumidores de servicios.

Esta dialéctica entre lo general y lo particular, así como entre la definición precisa de las conductas expectables (al menos, pretendidamente) de las reglas de leyes y códigos y el carácter frecuentemente abierto, de mayor incerteza de las normas constitucionales y sobre todo convencionales dado el cuño de prospectiva política que portan, en paralelo con lo que se ha denominado un “desbordamiento de las fuentes del derecho” (PÉREZ LUÑO, 1993), instala de inmediato el interrogante sobre la supervivencia del principio de legalidad, y su correlato, la seguridad jurídica.

Dado que se trata de una categoría ínsita del Estado de derecho, su ausencia implicaría la ausencia de éste. Tal sería la respuesta a que forzaría un normativismo o formalismo estrecho. Pero no es sin embargo la percepción, en general, desde la experiencia vital de los sujetos. Hay sí conciencia de la incrementada complejidad y dinamismo —y por qué no, de un incremento correlativo de la imprevisibilidad, de la incertidumbre. Pero también que el Estado de derecho es una suerte de estructura geológica de varias capas: la liberal, la social y la actual (¿la de la globalización?, ¿la posmoderna?, ¿la posfordista?, ¿la del Estado red?... no hay aún una expresión generalizada que la denomine), y que esas capas se sostienen y filtran unas con otras, de modo que la seguridad jurídica, íntimamente

ligada al valor libertad, y con ello a la dignidad humana, continúa siendo un objetivo a lograr.

Pero ese objetivo no ha de alcanzarse tanto aferrados a la regla legal en casos difíciles, de incertidumbre, cuanto considerando al sistema jurídico como un todo coherente e integrado en el que se manifiestan valores y principios a atender para encontrar la mejor solución. Esta idea clave, es acorde con una lectura ajustada al contexto histórico de la racionalidad legal weberiana que, como se dijo más arriba, explica la obediencia al ordenamiento jurídico estatal en la estructura de sentido común que proporciona el derecho a los actores sociales, permitiéndoles perseguir racionalmente sus fines; tal idea, en efecto,

“...se funda en el hecho de que las personas no pueden conocer con detalle el ordenamiento jurídico pero sí sus principios básicos.

En consecuencia, se considera que lo que otorga certeza y predecibilidad a la sociedad no es la aplicación aislada de un texto legal sino, por el contrario, la aplicación efectiva de los principios o ideas-fuerza sobre los cuales se asienta todo el andamiaje jurídico y, por tanto, la seguridad jurídica impondrá, en ocasiones, la desobediencia al mandato expreso contenido en un texto legal si éste va en dirección opuesta a esas ideas-fuerza del ordenamiento. Esto es lo que, en definitiva, exige el principio de integridad o de coherencia que se considera constitutivo de todo Estado de Derecho” (BARBARÁ, 2013, p. 284)

En fin, la cultura jurídica del Estado de derecho (recuérdese, democrático y constitucional), debe satisfacer no sólo la racionalidad a través del principio de legalidad, sino también el componente de voluntad pero de una determinada manera, esto es, el orden jurídico debe ser el resultado del consenso de los miembros de la comunidad, la expresión del consentimiento popular. Porque su ideario de libertad está desde sus orígenes basado en la igualdad: dado que todos los hombres son iguales, ninguno puede imponer nada a otro si no es con su consentimiento.

Por cierto, razones de imposibilidad práctica obligan a canalizar ese consentimiento a través de la representación política y el principio de la mayoría, los que deben tratar de optimizar su correspondencia con la totalidad de las voluntades individuales a través de recursos como el sistema de partidos, el sistema de representación proporcional y la formación de

coaliciones (KELSEN, 1977) y más recientemente, audiencias públicas, institutos de democracia semidirecta, etc.

Y también a poner prerequisites o límites a esa voluntad; se multiplicaron en efecto los autores que, aunque reconociendo el principio de la soberanía del pueblo, no acuerdan con la llamada por BOBBIO (1985: p. 500) “democracia participacionista” (como la democracia rousseauiana). Las ideas de Constant, Tocqueville, John Stuart Mill, más tarde Kelsen y tantos otros, abonaron el desarrollo de la primigenia democracia liberal, entendida como reconocimiento y garantía de derechos fundamentales de libertad de reunión, de asociación, de propiedad, de pensamiento, de profesión de fe religiosa, etc., a los que se irán agregando con el correr del tiempo nuevos derechos bajo las apetencias de justicia social y solidaridad. Bien puede hablarse, entonces, de una voluntad según razón, o de un ejercicio razonable de la voluntad democrática.

Desde el nivel de la cultura ideal, las categorías pues de “razón” y “voluntad” deberían complementarse o armonizarse: “La ambición del Estado de Derecho en un gobierno democrático es hacer coincidir la voluntad (el consentimiento popular) y la razón.”(KAHN, p. 17). Como también armonizar libertad e igualdad, y el diversificado plexo de derechos que esta cultura del Estado de derecho ha ido haciendo emerger en sus sucesivas gradas interrelacionadas.

En las últimas décadas, la filosofía ha proporcionado concepciones que permiten responder de modo consistente a estos desafíos, superando las limitaciones del positivismo normativo (y el convencionalismo jurídico y político en general).

En esa línea, el análisis de fallos que sigue toma como referencia la concepción de Ronald Dworkin, que prioriza los principios que informan al ordenamiento jurídico por sobre las reglas. Ese “principalismo” tiene su razón en que el derecho es una parte de la moral (específicamente, de la moral política), que procura resolver, a través de una argumentación o interpretación responsable de conceptos, qué es lo que debemos a las otras personas, siempre bajo la idea ética básica de dignidad humana.

La noción de responsabilidad reporta a una concepción de la dignidad humana que se asienta sobre dos principios fundamentales del vivir bien:

autorrespeto⁷ y autenticidad. El autorrespeto, entendido como: "...usted ve la importancia objetiva de su vida reflejada en la importancia objetiva de la vida de los demás" (DWORKIN, 2014:321), no puede llevarse al extremo de ayudar a cualquier extraño a costa de nuestra vida buena porque atentaría contra el segundo principio de la dignidad: la autenticidad. Ésta impone entonces un límite al autorrespeto, exigiendo "...actuar de manera coherente con el carácter y los proyectos que uno mismo se atribuye" (DWORKIN, 2014:322).

No hay que perder de vista que este enfoque interpretativo y valorativo, que implica necesariamente una concepción del "derecho como integridad", supone la plataforma o presupuesto básico de la existencia de un "Estado de derecho", o sea, un régimen en el que las decisiones políticas pasadas establecen derechos y responsabilidades; es decir, en el que se respeta la idea de legalidad o *the rule of law*. Dado que esas decisiones está penetradas por principios, el modelo dworkiniano de la "respuesta correcta" (o mejor, de la "mejor respuesta posible") impone, en los casos difíciles, donde las reglas no dan una respuesta o no generan una respuesta pacífica, buscar responsablemente en la totalidad de las prácticas constitutivas del derecho vigente la mejor respuesta resultante de la articulación de todos sus principios. Subyace a esta idea de integridad, la de coherencia del sistema, la que su vez es condición de la igualdad, fin último del Estado de derecho que es el de una igual consideración y respeto para todos los miembros de la comunidad política: "Asegura un tipo de igualdad entre los ciudadanos que hace su comunidad más genuina y mejora la justificación moral del poder político" (DWORKIN, p. 96).

Particularmente para la función judicial se abre de tal suerte un modelo alternativo y distinto a los tradicionales, sin pasar por sobre la voluntad política del legislador (arrogándose discrecionalidad en la interpretación y desconociendo derechos preestablecidos). Si a ello se agrega el argumento arriba ya explicitado de que las personas (ciudadanos) no conocen el detalle del ordenamiento jurídico pero sí sus principios, quedan satisfechas

⁷ Se respeta esta expresión utilizada en la obra a que se hace referencia en el presente desarrollo, no obstante no estar incorporada al Diccionario de la Real Academia Española.

tanto la seguridad jurídica (legalidad o razón), cuanto la necesaria decisión política (democracia o voluntad)⁸.

III. LOS FALLOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CÓRDOBA (TSJ) SELECCIONADOS: PERTINENCIA DE LA SELECCIÓN Y PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS

III.1 Pertinencia de la selección

La fuerza de una decisión judicial “justificada” consiste en volver acto concreto a la cultura dominante en el mundo social. Sin embargo, la labor interpretativa que permite discernir cuál es el Derecho que gobierna un caso, aun teniendo claros teóricamente las categorías, reglas y principios presentes en la cultura del Estado de derecho, no es tan sencilla⁹. Una argumentación responsable (DWORKIN, 2014) requiere actuar (adjudicar derechos, en el caso del juez) interpretando e integrando los principios y convicciones expuestos en las justificaciones en el marco de una red de valores (específicamente, la red de valores que conforman el sustrato de las promesas que, para el vivir bien, guían la vida comunitaria en la cultura del Estado de derecho), a los que se presta una adhesión auténtica. ¿Por qué auténtica? Porque se interpretan críticamente las convicciones que llevan a la decisión, develando los conflictos que puedan surgir en la red cuando la interpretamos desde un caso concreto y estableciendo su mejor solución, lo cual es posible porque todos los valores verdaderos forman

⁸ Se difiere en este punto con Kahn (2001). Este autor, al tratar los componentes de razón y voluntad en la cultura del Estado de derecho, entiende que Dworkin es maximalista en el uso de la razón (a diferencia del equilibrio que encuentra en Rawls y el énfasis de la voluntad por sobre la razón en Ely).

⁹ Como bien dice Melero, en la práctica legal “... aparecen continuamente “casos difíciles” donde jueces, abogados y ciudadanos están inmersos en “desacuerdos teóricos”. Estos desacuerdos no versan sobre qué leyes, estatutos o precedentes judiciales regulan una cuestión en particular, sino cuál es la base que sirve para determinar el Derecho en ese caso concreto. Los abogados y jueces de un caso pueden estar de acuerdo, en el sentido empírico, sobre qué afirman los textos legales y las decisiones judiciales pasadas respecto a las cuestiones concretas que plantea dicho caso, y sin embargo estar en completo desacuerdo sobre si dichos textos y decisiones agotan las fuentes pertinentes del Derecho. En este caso, los actores directos de la práctica legal discutirán sobre qué es, o qué requiere o permite, realmente el Derecho de su comunidad jurídica para el caso concreto” (2007, p. 3).

una red interconectada que respalda cada una de las convicciones, en cada dominio del valor. Esto significa que se pueda dar cuenta de por qué se pone en riesgo o prefiere un valor en beneficio de otro.

Se han seleccionado dos fallos del TSJ para indagar sobre los principios o valores que informan a la cultura jurídica en nuestro medio. Ciertamente, con carácter exploratorio y sin pretensiones de generalización ni expectativas a priori de resultados homogéneos en ambos. Se trata de los fallos recaídos en los autos “CET S.A. (Concesionaria de Entretenimientos y Turismo S.A.) c/ Municipalidad de Río Cuarto- Acción declarativa de inconstitucionalidad” (en lo sucesivo, “*caso CET*”) y en los autos “La Voz del Interior S.A. c/ Provincia de Córdoba - Acción declarativa de inconstitucionalidad” (en lo sucesivo, “*caso La Voz del Interior*”).

Justifica la selección la circunstancia de que en ambas causas se debaten derechos a nivel constitucional, lo que exige un especial esfuerzo de argumentación responsable en la tarea de adjudicación. Es decir, tienen en común que la protección de los derechos peticionada es encauzada a través de la excitación de lo que la Constitución de la Provincia consagra en su art. 165 como una de las competencias originarias del Alto Tribunal, esto es, el ejercicio del denominado “control de constitucionalidad directo” de las normas y leyes; la función de control de constitucionalidad es, como expresamente recuerda el TSJ en uno de los fallos analizados citando doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la tarea más delicada que tiene un tribunal de justicia:

“La doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación impone considerar la declaración de inconstitucionalidad de una norma de jerarquía legal como la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, sólo practicable como razón ineludible del pronunciamiento a dictarse, conformando un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico, a la que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados”¹⁰.

¹⁰ Cfr. CSJN, Fallos 248:398; 249:51; 251:455; 252:328; 260:83; 264:364; 303:248; 312:72; 315:923; 321:441; 324:920 y 328:4542; entre otros. Transcripción de la

Refuerza la pertinencia de la selección efectuada, la circunstancia de que las causas muestran de modo claro la confrontación entre un interés privado, canalizado por los actores a través de la invocación (fundamentalmente) al derecho de propiedad, y el interés público, defendido por las personas de derecho público demandadas aduciendo la derrotabilidad del mencionado derecho individual.

Las empresas actoras aluden de manera principal al derecho de propiedad. Asimismo, las dos demandas hacen referencia a que las normas cuya constitucionalidad se cuestiona, violentan la garantía de la seguridad jurídica que debería regir en el marco del Estado de derecho. Frente a los derechos de propiedad y al principio de seguridad jurídica cuya protección reclaman las partes litigantes, se invocan, en un caso, el derecho a un medio ambiente físico y socialmente saludable (en tanto asociable al ejercicio de competencias reglamentarias en pro de la salud y la moralidad pública por parte de la Municipalidad de Río Cuarto) y en el segundo, el derecho a la libertad de expresión en su aspecto colectivo, esgrimido por el Estado provincial demandado.

Se advierte que en sendos conflictos judiciales se enfrentan derechos de naturaleza patrimonial de titularidad de las empresas actoras, con derechos de reciente sanción legislativa invocados por las partes demandadas con una nueva visión de las políticas estatales a efectivizar según interpretación de las necesidades de la ciudadanía. En un caso, a esa interpretación la realiza el Municipio de la más importante ciudad del interior de la Provincia de Córdoba, basándose en la ludopatía que la instalación de las máquinas tragamonedas ha producido y produce en los miembros de la comunidad local; en el otro, el Gobierno de la Provincia de Córdoba, interpreta que el acceso a la información electoral por parte del electorado es condición para la democratización de las campañas electorales. En ambos casos, pues, se está frente a innovaciones dentro de la misma cultura jurídica.

Si se considera al Derecho más allá del sentido formalista clásico de la expresión “sistema jurídico” a la que se tiene tanto apego y se reconstruye su significado desde el marco de la cultura del Estado de derecho expuesta anteriormente, germina con fuerza la complejidad con la que esa cultura

cita efectuada en el fallo “La Voz del Interior S.A. c/Provincia de Córdoba-Acción declarativa de inconstitucionalidad” (Expte. SAC nro. 1798037).

construye las categorías “público/privado”. Desde este par categorial, se perciben concepciones e intereses de identidad individual y social y, por tanto, los derechos y privilegios que esa cultura ha prometido mantener frente a las obligaciones que necesariamente se deben para posibilitar la vida colectiva. Por otra parte y de modo inevitable, público y privado son categorías que subyacen como anclaje de las prácticas interpretativas con las que los jueces argumentan y deciden en controversias judiciales, afectando o restringiendo proyectos de vida privados a favor de un proyecto de vida público o viceversa.

III.2 Presentación y análisis

III.2.1 Caso CET

CET S.A, empresa concesionaria de la explotación de los juegos de azar y slots en todo el territorio de la provincia de Córdoba persiguió, en contra de la Municipalidad de Río Cuarto, la invalidación constitucional del art.2 de la ordenanza 262/09 que el Concejo Deliberante de esta última dictó restringiendo el horario de funcionamiento de las salas de slots (máquinas tragamonedas) y casino en esa ciudad¹¹. El caso comprende dos resoluciones dictadas por el TSJ: el auto nro. treinta y tres (de fecha 6 de mayo de 2009) en virtud del cual se pronunció a favor de la admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad (prevista por el art. 165 de la Constitución de la Provincia de Córdoba –en lo que sigue CCPC–), y la sentencia nro. diez (de fecha 15-08-2014), por la cual el Alto Cuerpo resolvió hacer lugar a la demanda y declarar la inconstitucionalidad de la normativa municipal.

La demandada adujo que la ordenanza aprobada se fundamentaba en razones de salud y moralidad públicas, informando del incremento de la ludopatía sobre todo en los segmentos socio-económicos más bajos, con los consiguientes daños humanos y materiales para los enfermos y la comunidad; desde el punto de vista competencial, se apoya en el ejercicio del poder de policía municipal (art. 186 CCPC), y en el art. 2069 (antes de la reforma de 2015) del Código Civil. Por su parte, la actora esgrimió

¹¹ Procurando evitar en lo posible horarios diurnos, establece la apertura de las salas de 18hs. a 8hs de lunes a jueves, y de 17hs. a 8hs. los sábados y domingos.

una amenaza cierta a su derecho de propiedad, e invoca la competencia exclusiva de la Provincia en la regulación de los juegos de azar (arts. 186 y 104, inc. 39 CCPC). Argumentó la lesión a la buena fe y a la seguridad jurídica, en tanto la Legislatura Provincial creó por ley nro. 8665 la Lotería de Córdoba S.E. la que, junto con el Gobierno Provincial, ha contratado con CET S.A. y el decreto reglamentario de dicha ley (nro. 1130/01) establece que los licenciarios del servicio pueden establecer libremente las horas de funcionamiento de los locales de juego. Adujo además que la Municipalidad de Río Cuarto está entre los once municipios que en el año 2004, ya siendo beneficiaria CET S.A de la licitación convocada por la Provincia, firmó con el Gobierno y la Lotería de la Provincia de Córdoba, un convenio (aprobado por ley provincial nro. 9158 y por ordenanza municipal de la ciudad Río Cuarto nro.1553/04), en la que admitió la potestad provincial en materia de autorización y control de máquinas de juego y declaró conocer la normativa en la materia, antes mencionada.

El *argumento central* por el que el TSJ hizo lugar a la demanda reside en el principio de supremacía constitucional (arts 1, 28 y 31 de la Const. Nac. y art. 161 de la CCPC), a cuyo tenor existen una serie de facultades no delegadas por las provincias a la Nación entre las que se encuentran las relativas a la organización, control y explotación de los juegos de azar. Ello ocurre así en la Provincia de Córdoba, que a tal fin creó por ley la Lotería de la Provincia (LPCSE), y se dictó el decreto reglamentario de tal ley. En el marco de esa facultad, la Provincia llamó a licitación pública nacional e internacional para concesionar las salas de juegos de azar (casinos y salas de slots), resultando beneficiaria la firma actora, la que presentó además, como parte de lo exigido en el pliego licitatorio, el denominado “Plan de Negocios”, en el que se hizo clara referencia a los amplios horarios de apertura de las salas de máquinas de juego como parte de la evaluación que la concesionaria realizó sobre la inversión económica de envergadura que afrontaría. A su vez, destaca el T.S.J. que, si bien por el principio de autonomía municipal consagrado tanto por la Const. Prov. de 1987, cuanto por la Const. Nac. de 1994, los municipios ejercen el poder de policía en determinadas materias “*por estar más cerca de los ciudadanos y conocer mejor los problemas locales*”¹², resalta que la Municipalidad demandada suscribió el acuerdo mencionado supra,

¹² Así lo señala el fallo dentro del Considerando III.

aceptando entonces las condiciones en orden al horario de funcionamiento de las salas de juego, conforme se desprende del análisis integral de toda la normativa vinculada a la cuestión (leyes provinciales, decretos reglamentarios, ordenanza municipal, pliego licitatorio, plan de negocios). En consecuencia, reconoce el Alto Tribunal que si bien la Municipalidad de Río Cuarto, en el ejercicio de su poder de policía (art. 186 Const. Prov.) tendría teóricamente la facultad de reglamentar la temática relativa a los juegos de azar en aspectos accesorios al funcionamiento de los locales o salas en donde están instalados los casinos, bingos y los slots (por ejemplo en temas de salubridad y moralidad pública), en el caso *no puede hacerlo* por haber delegado dicha reglamentación o el ejercicio de su poder de policía a la Provincia de Córdoba al haber suscripto el pacto o acuerdo mencionado, habiendo aceptado así que la determinación del horario de funcionamiento de las salas de juego compete a la propia concesionaria de la explotación, esto es, a CET S.A. Resalta el fallo que “cualquier otra solución sería contraria a elementales imperativos de seguridad jurídica susceptible de ser lesionada por la incertidumbre y falta de previsibilidad de las reglas jurídicas que gobiernan la materia de otorgamiento de licencias para la explotación de juegos de azar.”

Escuetamente, cabe derivar del fallo bajo estudio el siguiente precepto central:

Corresponde declarar inconstitucional una ordenanza municipal que, aduciendo el interés público y sin seguir un proceso expropiatorio, pretende restringir un derecho de propiedad cuya titularidad se apoya en normas jurídicas válidas y vigentes.

¿Resulta justificada esta solución? La respuesta merece las reflexiones que se abordan a continuación:

a) La sentencia contiene una remisión expresa al principio de seguridad jurídica, que derrota al interés público argüido como de defensa de la salud y moralidad pública. Hay un itinerario lógico que permite derivar sin fisuras, según el Alto Cuerpo, la invalidez de la ordenanza, partiendo de la normativa constitucional sobre distribución de competencias en el Estado federal argentino, pasando por las reglas infraconstitucionales hasta llegar a la última de ellas: el convenio firmado por la Municipalidad de Río Cuarto, con el que ésta se comprometió expresamente en los términos

que luego pretende incumplir. Las referencias son a las normas en juego en el caso, así como a doctrina y jurisprudencia en la materia.

b) Ligado a lo anterior, también hay una referencia expresa al principio de la obligación de cumplir con lo pactado. Se está en presencia, en efecto, del tipo de relación performativa, es decir, aquella que tiene su origen en actos concretos (datables) y voluntarios que generan obligaciones y siempre que las incumplimos causamos un daño a nuestra dignidad propia y ajena porque frustramos expectativas creadas voluntariamente por nosotros (DWORKIN, 2014). De modo que el incumplimiento no estará justificado a menos que se den circunstancias particularmente relevantes por su intensidad. ¿Se han dado en el caso estas circunstancias, que habrían permitido avanzar sobre el derecho de propiedad individual convenido? De la sentencia no surge que así lo haya considerado el tribunal, pues si bien no hay una ponderación expresa al respecto, las referencias que hace a las pruebas¹³ con que el Municipio de Río Cuarto pretende articular el interés público de preservar a la población de la ludopatía y sus graves consecuencias psico-sociales, no merecen estudio detallado y ponderación; la única consecuencia que saca de ellas es la de recomendar al Municipio de Río Cuarto que continúe con las negociaciones que ya se han estado llevando a cabo en sede del tribunal con la licenciataria (o sea, a la vez que reconoce que quizás el problema pueda existir, está reafirmando la imposibilidad de modificación unilateral del convenio, esto es, que no

¹³ Estas pruebas son los mismos antecedentes de hecho con que el Consejo Deliberante fundamentó la ordenanza que se cuestiona. Consisten en la calificación de la ludopatía como enfermedad y su potencial epidemiológico grave y reforzador de otras adicciones (droga, alcoholismo), de violencia de género y otros delitos, según fuentes científicas: la Organización Mundial de la Salud, el Manual de Diagnóstico y Estadística de los Trastornos Mentales (DSM-IV) y la Agrupación Iberoamericana de Adicciones. Para la prueba específica del daño que el funcionamiento del casino y slots estaría produciendo en la ciudad de Río Cuarto, se invocan las manifestaciones de informantes claves en ocasión de la audiencia pública convocada previo al dictado de la ordenanza (el expositor por la Clínica de la Familia, quien dijo representar a los profesionales de la salud mental señaló que desde hace cinco años las personas de la ciudad han ido desarrollando ludopatías por apuestas a los tragamonedas y los representantes de un hogar para gente de la calle llamado Asociación Civil Madre de Dios, que relataron experiencias de gente que requiere alimentos por el empobrecimiento que les generan este tipo de juegos) y finalmente, un estudio de la Municipalidad sobre la concurrencia en horas de la mañana a los slots, que constata la alta proporción de trabajadores (80%) y mujeres durante las horas de la mañana y cuya ficha técnica no especifica el fallo.

hay o no están probadas, las circunstancias de intensidad relevante que ameritarían una excepción). Más aún: en el curso de la argumentación sentencial, hace referencia a que los eventuales peligros de la actividad ya se conocían (o debieron ser conocidos) al momento de acordar.

c) Considérese ahora si, - de mano de una especie de test cuantitativo que propone DWORKIN (2014) -la sentencia en el caso *CET* se justifica desde la “ayuda”¹⁴ que, sin violentar la dignidad, pueda ser exigible a la empresa propietaria:

- desde la “métrica del daño”: a estar al texto sentencial (se reitera, a tenor del texto sentencial), no aparece probado que la concurrencia de la población a las salas de juego reduzca las oportunidades habituales de realizar sus proyectos de vida. Podría entenderse entonces que faltan hechos externos que hilados en la argumentación jurídica permitan valorar la solidez de la restricción de derechos a fin de confrontar un peligro que determine el deber moral de ayudar, en base al autorrespeto;

- desde la “métrica del costo”: hay un daño cierto que se produciría en el caso de hacer primar el interés público invocado, que tiene que ver con las inversiones ya realizadas por la empresa SET de acuerdo al plan de inversiones presentado y aprobado en ocasión de la licitación; concre-

¹⁴ Para DWORKIN (2014), la justificación de una toma de posición entre dos valores o principios en pugna, en un conflicto determinado, debe ser sostenida con argumentos a los que es posible incorporar no solo aspectos cualitativos sino también cuantitativos respecto de daños y costos de los sujetos individuales y colectivos implicados en la controversia: “Cualquier test plausible dará cabida a tres factores:

- el daño que amenaza a una víctima, el costo en que incurriría quien la rescatara y el grado de confrontación entre víctima y potencial rescatador. Estos factores interactúan: un resultado muy alto o muy bajo en cualquiera de ellos reducirá o elevará el umbral de impacto de los otros “(DWORKIN 2014:338). En ese sentido, la métrica del daño, en cuanto construcción objetiva, permite evaluar la importancia y el quantum de la necesidad de ayudar a quienes sin nuestra ayuda se verían privados “... de las oportunidades habituales que tiene la gente de realizar cualesquiera ambiciones que prefieran” (DWORKIN 2014:340). Desde quién sufrirá el costo ayudando, la métrica del costo marca un límite a la ayuda ya que se debe ayudar en la medida en que no quede afectado el propio vivir bien (autenticidad). En punto a la confrontación entre víctima y potencial rescatador, “...cuanto más evidente sea quién sufrirá daños sin mi intervención, más sólida será la alegación de que tengo el deber de intervenir” (DWORKIN 2014:342) y que “... cuando más directamente esté confrontado a algún peligro o necesidad, más sólida será la alegación de que tengo el deber de ayudar” (DWORKIN 2014:342), es decir, juegan las dimensiones de la particularización y la proximidad.

tamente, lo que la actora esgrime y resulta, prima facie, acreditable en el juicio, es que, de comenzar a regir la ordenanza cuestionada, habría que prescindir de todo un turno de ocho o nueve horas con personal ya contratado para cubrirlo, conforme al pliego de condiciones que ha servido de base al proceso licitatorio de contratación celebrado entre el Gobierno de la Provincia de Córdoba y la concesionaria CET S.A.

- desde la “confrontación” en sus dos dimensiones (certeza vs. posibilidad y presencia vs. anonimato), tampoco aparece sólida la argumentación a favor del interés público en juego. La falta de certeza resulta de la indeterminación precisa del daño actual y futuro a la población, dada la ausencia de pruebas a través de estudios e informes cuantitativos y cualitativos más exhaustivos y técnicos que los acompañados y que permitieran mensurar directa o indirectamente el daño tanto material cuanto moral causado. Y dado que todo daño genera la obligación de su reparación, surge además la pregunta, quién o quiénes son los damnificados: los ludópatas, o ellos y sus familias, o la Municipalidad de Río Cuarto que ha debido ampliar sus prestaciones de salud preventivas y curativas, o la población en su conjunto colocada bajo el riesgo de una adicción, o algunos o todos ellos? Mirar al colectivo damnificado como “la población en general”, con el sólo aditamento de focalizarla en sus segmentos más humildes y de género femenino, mediatiza a los damnificados colocándolos en el cono de sombra del anonimato.

Como se aprecia, y siempre partiendo de una cultura jurídica que reconoce el derecho a la propiedad privada y el valor de seguridad jurídica, hay fundamentos en la sentencia bajo análisis para que, en el caso, no sea derrotado el derecho de propiedad, confrontado con un interés público insuficientemente argumentado en términos de salud y moralidad públicas (que en este trabajo se ha reconducido válidamente a un derecho al medio ambiente natural y cultural sano)

d) La sentencia en el caso SET puede sin embargo ser pasible de algunas críticas, en punto a su argumentación responsable, atenta la envergadura de la cuestión humana y social que se puso en discusión (prevención de la ludopatía), así como al rol de los tribunales, particularmente de los más altos tribunales, al decidir una cuestión de constitucionalidad.

Desde esa entidad de la causa, hubiera sido importante considerar la posibilidad y alcance de las restricciones estatales al juego frente a la libertad de propiedad y a la libertad en general. Porque ¿qué decisión

correspondería a la luz de nuestra cultura jurídica, de sus normas, principios y prácticas, en una situación hipotética en que, sin ningún derecho de propiedad ya adquirido (como sí se da en el *caso CET*), una jurisdicción local, en uso de su poder de policía, prohibiera totalmente los casinos y slots en nombre de la salud y la moralidad pública? ¿No se estaría en tal caso avanzado sobre la libertad negativa¹⁵ de los individuos, bajo una concepción paternalista de la superioridad de ciertas virtudes que hacen a una vida buena?

Es esa misma debilidad argumentativa con respecto a valores la que lleva al Alto Tribunal a centrarse sólo en la seguridad jurídica, apoyándose en la distribución territorial de las competencias del poder del Estado, complementándolo con la más reciente tendencia de federalismo de concertación, y el agregado de la doctrina de los actos propios como manifestación del principio de buena fe. Reducido a la ingeniería institucional -importante, por cierto, pero insuficiente-, ha eludido en su sentencia abordar el núcleo duro de la discusión, que es la confrontación entre el derecho a un medio ambiente saludable y el derecho de propiedad; es decir, la confrontación entre lo público, lo que es de todos y lo privado. Nada ha dicho sobre que los juegos de azar son una actividad riesgosa para la población, por lo que, precisamente, son regulados a través de la Lotería de la Provincia de Córdoba y otras instancias locales (que, conviene no olvidarlo, paradójicamente tienen en ello una importante fuente de recursos)¹⁶. La sentencia parece tímidamente reconocer que podría haber sobrevenido una situación dañina, pues insta a las partes a seguir sus

¹⁵ Como dice Swift (2016), no hay acuerdo sobre lo que significa “libertad negativa”. Se acepta aquí que “Una teoría de libertad negativa indica las elecciones que deben quedar al margen de las decisiones colectivas si la intención es preservar la responsabilidad personal” (DWORKIN, 2014, p. 444); según este autor, las leyes o normativas coactivas que violan la independencia ética, en el sentido del ejercicio de la responsabilidad personal y, por tanto, de la dignidad se dan en tres casos: a) las que niegan la posibilidad de tomar las propias decisiones acerca de asuntos de fundamento ético: vida humana, religión, intimidación, ideales éticos, morales y políticos; b) las que se justifican suponiendo la superioridad o popularidad de cualquier valor ético controvertido en la comunidad (censura a la literatura sexual, saludo a la bandera, etc.). c) ambos casos anteriores sumados.

¹⁶ Mientras tanto, la gravedad e incremento de la adicción conocida como ludopatía en la Provincia, es de conocimiento público y difundidos particularmente por la prensa. La Lotería de la Provincia de Córdoba incluso ha creado por tal razón un “Programa de Autoexclusión de las salas oficiales de apuestas de la Lotería de Córdoba”.

negociaciones para restringir el horario. Pero nada más. Se limita a referir escuetamente la prueba presentada sin ponderarla, como se dijo más arriba. Los principios que imponen velar por la salud y la moralidad pública (o visto desde la ciudadanía, el derecho a un medio ambiente natural y culturalmente sano), habrían merecido una consideración más detenida de la prueba y una argumentación que no se limitara a la ingeniería institucional de concertación y a la reiteración de principios tradicionales. Porque, en todo caso, la pervivencia de éstos depende de su buena argumentación.

III.2.2 Caso La Voz del Interior

El segundo caso elegido es el planteado por un conocido medio gráfico de comunicación social, el diario “La Voz del Interior S.A.”, en contra de la Provincia de Córdoba, solicitando la declaración de inconstitucionalidad de un artículo del Código Electoral de la Provincia y normas modificatorias y complementarias (art. 215 de la ley 9571 del año 2008 y art. 13 de la ley 10.272 del año 2015), en cuanto establecen la obligación de la actora de ceder gratuitamente durante los diez días previos al inicio de la veda electoral, espacio para publicitar las plataformas o propuestas de los distintos partidos o frentes políticos que participen en la contienda electoral de la Provincia. Invocó la amenaza cierta de una lesión al derecho de propiedad y, complementariamente, al de comerciar libremente y ejercer industria lícita (arts. 14 y 17 CN). La Provincia de Córdoba sostuvo la constitucionalidad en base al art. 51 de la CCPC, que indica “...la información y la comunicación constituyen un bien social”, así como en el art. 71 CCPC que versa sobre los caracteres que deben reunir los impuestos y cargas públicas para ser razonables y complementariamente, en las competencias reglamentarias de la constitución resultantes de los incs. 22, 32 y 41 del art. 104 CCPC. El caso requirió el dictado de dos resoluciones por el TSJ, a saber: el auto nro. cuarenta (de fecha 09-08-2012), por el cual el Tribunal se expide sobre la admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad incoada (art. 165 CCPC) y el auto nro. sesenta y tres (de fecha 22-06-2015) por el cual el Alto Cuerpo resolvió no hacer lugar a la declaración de inconstitucionalidad peticionada por la empresa actora. Los derechos que se presentan enfrentados en el *sub lite* son: el

derecho de propiedad (fundamentalmente)¹⁷, por un lado, y el derecho a la libertad de expresión en su aspecto colectivo, por el otro.

El control de constitucionalidad solicitado colocó en tensión normas referidas a cuestiones patrimoniales, con derechos presentados como pilares fundamentales en la arquitectura del régimen democrático de gobierno. La decisión puso en juego la restricción del derecho individual de propiedad frente a la libertad de expresión colectiva; ésta, en miras a garantizar la equidad y el pluralismo en el acceso a los medios de comunicación gráficos para todas las fuerzas políticas que participan en una contienda electoral y la libertad de expresión colectiva.

Escuetamente, cabe derivar del fallo bajo estudio el siguiente precepto central:

Los derechos individuales (en particular, los de carácter patrimonial) pueden ser restringidos por cargas públicas que contribuyan a optimizar las campañas electorales en los procesos democráticos, a fin de lograr una mejor satisfacción de la libertad de expresión como derecho colectivo y la consecuente formación de una voluntad popular informada, así como un acceso más equitativo de los partidos políticos a los medios de comunicación masivos.

Ahora bien, ¿cómo justificar una acción coactiva del Estado sobre un derecho individual (en este caso, la propiedad), tan fuertemente preservado por textos legales y jurisprudencia? Véase cómo se justifica la decisión judicial analizada:

La argumentación del TSJ enuncia tres principios en tanto sostenedores del orden democrático y de la cultura del Estado de derecho en la controversia concreta. Concibe a estos principios como plataformas necesarias desde las cuales interpretar los textos legales y las decisiones adjudicativas pasadas. Ellos son:

a) El principio del bien común, entendido como vida vivida en democracia pluralista de partidos. La noción de democracia como valor es la perspectiva desde la que se conceptualiza lo público, lo compartido por todos, como significado medular de un modo de vida. Frente a ello,

¹⁷ Se dice fundamentalmente, porque en su extenso fallo el TSJ no se detiene en otro de los derechos que la actora consideró bajo amenaza cierta es el de la libertad de imprenta (arts. 14 y 32 CN), arguyendo su restricción al imponer ciertos contenidos a la publicación.

la propiedad privada es aquello incapaz de ser reconocido como independiente de una situación individual y por lo tanto se presenta más alejado de la conformación del bien común. De ahí que el fallo insista en que:

“Como se sostuvo previamente, el control de constitucionalidad debe realizarse teniendo en cuenta la naturaleza y la entidad de los derechos enfrentados, y en tal sentido, cuando lo que está en juego son normas referidas a cuestiones patrimoniales que sólo restringen derechos de esa naturaleza, el control debe ser menos intenso, pues en este contexto cabe reconocer al legislador un mayor margen de discrecionalidad¹⁸;...” (pág. 23).

b) La libertad de expresión en sentido colectivo como base para el ejercicio de la soberanía popular, con la participación de todos en condiciones de igualdad:

“Por lo tanto resulta indispensable que el ordenamiento jurídico asegure que tales posibilidades informativas se lleven a cabo en condiciones de igualdad para todas las fuerzas políticas que concurren en cada elección, garantizando con ello la máxima libertad al momento de formar el voto propio” (pág.16).

c) El compromiso de todos con el bien común, permite la imposición de ciertas cargas que restringen el derecho de propiedad:

“En el contexto expuesto cabe destacar que la parte accionante, al igual que cada uno de los actores sociales e instituciones comprendidos por el Código Electoral provincial, deben asumir y cumplir el rol que el legislador les ha asignado, con el esfuerzo y compromiso institucional que el sistema democrático exige de ellos. Tal como se encuentra regulada la cesión del espacio publicitario en cuestión, constituye una carga pública impuesta a todos los medios gráficos de edición provincial, no advirtiéndose en los presentes obrados razones valederas para que uno de ellos sea la excepción” (pp. 24-25).

El decisorio judicial cuida, finalmente, de hacer presente el respeto a la “razonabilidad” y a la “adecuación” en la carga impuesta, citando antecedentes legislativos latinoamericanos y teóricos al respecto (sobre la fortaleza de estos apoyos argumentales se volverá luego). En ese orden

¹⁸ Cfr. CSJN, Fallos del 29/10/2013, en autos “Grupo Clarín S.A.”.

de ideas, subraya que frente al bien público perseguido, el derecho de propiedad individual sufre un daño de menor cuantía económica y acotado en el tiempo. También, que lo dispuesto por la legislación electoral provincial resulta pertinente para conseguir el fin deseado de un mayor esclarecimiento de la oferta electoral por parte de los ciudadanos.

¿Bastan los principios enunciados para configurar una argumentación responsable en el fallo bajo análisis? ¿Resulta suficiente resaltar la importancia del bien público en juego para que el derecho privado resulte derrotado? Téngase presente que

“Las asociaciones son valiosas desde el punto de vista ético porque contribuyen a la bondad de nuestra vida y al éxito al vivirla. Pero, junto con los beneficios específicos asociativos, nos hacen vulnerables a un tipo de daño, también específico, derivado del incumplimiento de las obligaciones de parte de aquellos con quienes nos asociamos. Éstos nos dañan si nos tratan como “extraños”, cuando ignoran las obligaciones derivadas de la asociación (DWORKIN, 2014: p. 381)”.

¿La empresa periodística, al resistir la carga impuesta, ha tratado como extraños al resto e ignorado una obligación asociativa política¹⁹? Cabe considerar para una respuesta, utilizando el mismo criterio aplicado en el caso *CET*, si la carga se justifica como una “ayuda” exigible a la empresa propietaria:

- desde la “métrica del daño”: el TSJ argumenta cualitativamente sobre los valores generales de la democracia para el vivir bien pero no avanza sobre una estimación siquiera aproximada del quantum del daño que sufriría la democracia si el diario no contribuyera a una elección partidaria informada (por ejemplo, estudios estadísticos sobre la influencia que la información periodística escrita tiene sobre el grado de concurrencia a los comicios, la orientación del voto, el conocimiento de las plataformas

¹⁹ La carga impuesta por la legislación electoral provincial a los medios de comunicación, puede ser tratada como una obligación política, esto es, como un caso especial de obligaciones derivadas de relaciones asociativas. Es importante comprender para el análisis de fallo que aquí se aborda, que las restricciones a la propiedad y a la libertad solo serán justificadas si son necesarias y eficientes para mantener el objetivo de las más importantes obligaciones asociativas, como sería por ejemplo la participación igualitaria en la democracia en el caso de obligaciones políticas.

y programas partidarios, etc.). La fuerza simbólica de la idea de democracia en sí misma es potenciada para justificar el deber de intervenir por parte del Estado restringiendo una libertad negativa²⁰. Faltan argumentos externos que hilados en la argumentación jurídica permitan valorar cuál sería la entidad del daño a la información de los votantes, que determine el deber moral de ayudar.

- desde la métrica del costo: la apreciación del tribunal es que el costo patrimonial del actor es reducido y en consecuencia “razonable” frente al bien común a obtener. Esto parecería, en principio, plausible.

- sin embargo, desde la “confrontación” en sus dos dimensiones (certeza vs. posibilidad y presencia vs. anonimato), no aparece suficientemente sólida la argumentación a favor del bien común en juego, porque la debilidad en la métrica del daño genera, por una parte, incertidumbre sobre la medida del impacto que la publicación gratuita de las propuestas partidarias pueda tener en la preservación de un valor asociativo como es la democracia; por otra parte, por la naturaleza misma de la carga los destinatarios del presunto beneficio son anónimos (sería el denominado “público político”, que es el sujeto anónimo de la pública).

Más allá de este test cuantitativo, otros aspectos también debilitan una argumentación responsable en este fallo, a pesar de que se extiende notablemente en la referencia a antecedentes de perfiles varios: teóricos, fácticos y jurídicos. En efecto:

- Luego de remarcar la importancia de las campañas electorales en un sistema democrático de partidos y que, en aras de la transparencia y de la igualdad de financiamiento para todas las fuerzas políticas, dicho financiamiento no puede ser sólo privado sino también público, detalla que

“... el financiamiento estatal a los partidos políticos generalmente puede otorgarse bajo tres modalidades: 1) Financiamiento público directo, mediante la entrega de dinero, bonos o préstamos; 2) Financiamiento público indirecto, a través de facilidades en cuanto a servicios, infraestructura, exoneraciones, acceso a los medios de comunicación; o 3) Financiamiento público mixto, el que incluye los dos tipos de apoyos previamente mencionados.

²⁰ Para este concepto, ver nota 12.

En la legislación electoral cordobesa, tal como prevé el Título I del Libro Segundo

de la Ley n° 9571, el mecanismo de financiación vigente es el mixto, pues el aporte estatal no se reduce a la contribución depositada por el Estado en el Fondo Partidario Permanente (arts. 187, inc. 1, y 188), sino que se complementa con el acceso gratuito a los medios de comunicación garantizado por el artículo 215 de la mencionada norma.

Sobre el tema, la doctrina ha señalado que si bien no existe un único patrón de financiamiento público indirecto en los países de América Latina, una de las modalidades de apoyo estatal más importante lo constituye el acceso gratuito de los partidos políticos a los medios de comunicación estatales o privados²¹. Esto es así pues, en aras de contribuir al involucramiento de la ciudadanía y a su mayor formación y capacitación en el ejercicio de su derecho político por excelencia, como es el sufragio, el Estado puede establecer esta clase de cargas a los particulares, siempre que las mismas resulten adecuadas para garantizar el piso de información que requieren los electores y de competitividad entre los candidatos, y razonables para quienes deben soportarlas” (p. 19).

Es decir, el fallo reconoce que existen diversos sistemas de financiamiento, con lo cual la opción por la modalidad mixta es una alternativa posible pero no necesaria; y agrega la referencia a América Latina como antecedente de países en que se ha hecho una opción como la prevista en la ley cuya constitucionalidad se cuestiona. Con una simple nota al pie de un artículo (compilado en un tratado de derecho electoral) y cuyo contenido no se sintetiza, ni siquiera en sus aspectos nucleares, no pueden considerarse respondidas cuestiones como éstas: ¿por qué la región latinoamericana debe ser tomada como referencia y no otros países del mundo?, ¿qué variables (sistema de partidos, sistemas electorales, cargos electivos, etc.) han sido consideradas significativas para tornarlos compa-

²¹ Cfr. LAUGA, Martín y GARCÍA RODRÍGUEZ, Juan I.; “La campaña electoral: publicidad/propaganda, período, prohibiciones” en NOHLEN, Dieter; Zovatto, Daniel; OROZCO, Jesús y THOMPSON, José (comp.); Tratado de derecho electoral comparado de América Latina, ob. cit., p. 766.

rables, con el subsiguiente resultado de equivalencia?, ¿bajo qué fundamentos jurídicos se habrían adoptado soluciones iguales a la contenida en la ley n° 9571?, ¿cuáles han sido los resultados de dichas experiencias?, ¿por qué, en definitiva, el sistema de modalidad mixta elegido sirve para cimentar mejor nuestra democracia y por ello se justifica la imposición de cargas públicas a la propiedad privada?, entre otros varios interrogantes. Y obsérvese que, sin agregar nada, el fallo del Alto Tribunal saca de allí la conclusión de que el Estado puede imponer esta carga a los particulares, para añadir (en un argumento circular), que es posible bajo la condición de que "... las mismas resulten adecuadas para garantizar el piso de información que requieren los electores y de competitividad entre los candidatos, ...": ¿en base a qué criterios o datos juzga la adecuación? A esta objeción podría responderse que es ostensible el cuidado que el TSJ pone en relatar las circunstancias políticas que rodearon la génesis de la ley cuya constitucionalidad en uno de sus artículos se cuestiona, así como en detallar su proceso de elaboración y sanción para destacar su evidente necesidad social, la consulta a expertos, el amplio debate parlamentario y las igualmente amplias instancias de participación ciudadana. Sin embargo, el fallo incorpora estas descripciones en el eje donde argumenta sobre la constitucionalidad por el procedimiento observado y en ningún momento deriva de allí argumento alguno a favor de la adecuación de la decisión legislativa con el objetivo de lograr una mayor información de los ciudadanos en las campañas electorales.

Llegado a este punto, el análisis del fallo se enfrenta a su test quizás más difícil: el de dotar de contenido al objetivo último a alcanzar. Supuesto que resulta justificada la restricción a los derechos individuales porque la carga impuesta sea (según expresiones del propio Alto Tribunal ya antes referenciadas) "proporcional" y "adecuada" (por la escasez del sacrificio patrimonial impuesto y aun cuando el sistema de financiamiento mixto de las campañas electorales no fuera necesariamente el más idóneo para garantizar el derecho colectivo a la información), todo ello se liga al objetivo último a realizar: el ideal democrático.

Al respecto, cabe destacar que no se manifiesta en el fallo una concepción unívoca de democracia sino distintas corrientes teóricas, cuyas consecuencias debieran ser distintas en relación al reconocimiento de un derecho a la información (política), aun cuando llevaran –en el caso– al mismo resultado de intervención del Estado para el financiamiento de

las campañas electorales (PARMIGIANI, 2016). En efecto, por una parte, en el desarrollo de la importancia de las campañas electorales aplica (incluso en la terminología) una concepción pluralista y neo pluralista de la democracia, de la que se desprende un acceso a la información como derecho individual; por la otra, los antecedentes que recoge de otros foros como la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Corte Interamericana de Derechos Humanos y en los que apoya la concepción del derecho de acceso a la información como derecho colectivo, se corresponden con una concepción deliberativa de la democracia (por cierto, en algunas de sus tendencias liberales sin que sea posible establecer cuál de ellas).

Esta suerte de “eclecticismo” cuya adopción doctrinaria no es reconocida y, por tanto, permanece sin justificar en el fallo, no se compadece con la centralidad que tiene la realización de la democracia. Tiende a reducir a ésta a una función simbólica, con alta carga emotiva, lo que debería ser evitado en una argumentación sentencial que se pretenda claramente responsable. Y ello no por purismos teóricos, sino por eventuales consecuencias prácticas para la cultura jurídica y su red de valores; sólo a la manera de ejemplo, piénsese en la diferencia de poder invocar un derecho colectivo a la libertad de expresión, conceptualizado como un derecho de libre acceso a la información, que constituya una precondition del debate democrático y no sólo como un producto reglado del mismo.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

A manera de consideraciones conclusivas, interesa destacar dos cuestiones.

En primer lugar, que la utilización de la concepción integrada del derecho en el análisis de los fallos escogidos, para la que se ha seguido a R. Dworkin, ha permitido remover primeras impresiones formalistas o bien subjetivas, al avanzar sobre la red de valores y principios que se articulan -o debieran articularse- en una decisión judicial responsable enmarcada en la cultura del Estado de derecho. Esto es, se ha evidenciado la fertilidad analítica el enfoque elegido.

Ya sobre los resultados de ese análisis, tanto el *caso CET* como el *caso La Voz del Interior*, manifiestan déficits argumentativos, si bien no llegan al punto de invalidarlos, es decir, a tornarlos normativamente injustificados. En el primero, el tribunal se circunscribe al principio de

seguridad jurídica asociándolo fundamentalmente con el principio de que los acuerdos deben ser cumplidos, pero no asume la responsabilidad de una argumentación valorativa más profunda, relacionada con la posibilidad o no de restringir la libertad individual a través de la regulación de los juegos de azar; es decir, omite avanzar sobre la cuestión de si ello afectaría la dignidad humana en su componente de autenticidad al avanzar sobre los proyectos que cada uno elige para su buen vivir. El *caso La Voz del Interior*, particularmente extenso, denota una mayor debilidad argumentativa atribuible, básicamente, a la dificultad de articular concepciones sobre el derecho a la información como derecho colectivo, ya que recurre a concepciones que abrevan en distintas fuentes doctrinarias. A ello hay que agregar que omite un aspecto no menor, cual es la consideración del derecho a la libertad de imprenta, derecho individual esgrimido por la empresa accionante.

Como una observación final, cuya pertinencia deriva de una profunda preocupación por la efectiva vigencia de la seguridad jurídica en nuestro Estado de derecho, cabe señalar que en ambos casos, en que se discute la constitucionalidad de actos estatales bajo la forma de producción jurídica, la decisión ha sido favorable al Estado (en el *caso La Voz del Interior* de modo directo a favor de la Provincia de Córdoba y en el *caso CET*, a favor de la empresa concesionaria pero indirectamente a favor de la política y procedimientos de concesión instrumentados por el gobierno provincial en materia de establecimientos de casinos y slots —a tal punto que la Provincia fue citada como tercero interesado por el TSJ—; es decir, en el *caso CET* a favor de la instancia jurídico-política de mayor jerarquía). Tales resultados se corresponden con la clara tendencia de decisivos favorables a las personas de derecho público y, entre ellas, a los de mayor jerarquía, en las acciones de amparo y declarativas de inconstitucionalidad, encontrada en el estudio llevado a cabo por un equipo que también integran las autoras del presente y cuyos resultados preliminares constan en el *Informe académico final del Proyecto “La actuación judicial ante la tensión público-privado”* (2016). De tal suerte, replantean la discusión sobre si, en los hechos, el Poder Judicial actúa de manera imparcial o independiente a la hora de constituirse como el garante del ejercicio efectivo de los derechos constitucionales de los particulares (NINO, 1992).

BIBLIOGRAFÍA

- BARBARÁ, J.A. (2013). Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación: la mentada “Constitucionalización” del derecho privado y sus implicancias en torno a la politicidad de la actividad judicial. En M.C. Parmigiani y E. Gómez del Río (Eds), *El derecho en debate: cuestiones jurídicas contemporáneas* (pp. 271-298). Córdoba, Argentina: Ciencia, Derecho y Sociedad Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y Advocatus.
- _____ (2016). Posibles tópicos a utilizar para el análisis de fallos en base al texto *Justicia para erizos* de R. Dworkin. En *Seminario Contextos democráticos y decisiones judiciales*. Programa de Estudios sobre Derecho, Estado y Sociedad. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)
- DWORKIN, R. (1986). *Law's Empire*. Londres, UK: Fontana Press.
- (2014). *Justicia para erizos*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- GARCÍA-PELAYO, M. (1994). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid, España: Alianza Universidad.
- HELLER, H. (1992). *Teoría del Estado*. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- KAHN, P. (2001). *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Barcelona, España: Gedisa.
- KELSEN, H. (1977). *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona, España: Guadarrama.
- MANN, M. (1991). *Las fuentes del poder social*. Madrid, España: Alianza Universidad.
- MELERO, M. C. (2007). Derecho e interpretación en Ronald Dworkin. En *II Taller Derecho y Justicia*. Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia (GDYJ)/ Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10016/14204>.
- MONTESQUIEU (1971). *Del Espíritu de las Leyes*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Claridad S.A.
- MORENO BEAUCHEMIN, E. (1988). *Max Weber-Algunos aportes y desafíos*. Santiago, Chile: Atena.

- NINO, C.S. (1989). *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México D.F., México: Universidad Autónoma de México.
- _____ (1992): *Fundamentos del Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- PARMIGIANI, M.C. (2016). La justificación democrática de la libertad de expresión como derecho colectivo. En *Anuario XVI (2015) Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales- Facultad de Derecho- Universidad Nacional de Córdoba*. Buenos Aires, Argentina: La Ley S.A.E. e I.
- PARMIGIANI, M.C., GÓMEZ DEL RÍO, M.E y otros. (2016). Informe académico final del Proyecto “La actuación judicial ante la tensión público-privado”. Proyecto Código 30720130100043CB. Secretaría de Ciencia y Técnica, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Mimeo.
- PÉREZ LUÑO, A.E. (1993). *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*. Sevilla, España: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.
- SABINE, G. (1978). *Historia de la Teoría Política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- SWIFT, A. (2016). *¿Qué es y para qué sirve la Filosofía Política*. Buenos Aires, Argentina: Grupo Editorial Siglo XXI.
- WEBER, M. (1992). *Economía y Sociedad*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.

Documental

- Auto nro. 33 (06-05-2009) y Sentencia nro. 10 (de fecha 15-08-2014), dictados en los autos caratulados “CET S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE RÍO CUARTO-ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD” (SAC nro. 1804873) (expte. Letra “C”, nro. 7, iniciado el 06-05-2009). Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (Argentina).
- Autos nro. 40 (de fecha 09-08-2012) y nro. 63 (de fecha 22-06-2015), dictados en los autos caratulados “LA VOZ DEL INTERIOR S.A. C/ PROVINCIA DE CÓRDOBA-ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD” (expte. Letra “L”, nro. 7, iniciado el 09-11-2011). Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (Argentina).

EL PARADIGMA DE LA TITULACIÓN INMOBILIARIA: LA PERSPECTIVA DE HERNANDO DE SOTO, POSTULADOS Y CUESTIONAMIENTOS¹

María Florencia Pasquale²

Resumen: El objetivo de este trabajo es realizar una aproximación a los estudios latinoamericanos en materia de regularización de asentamientos urbanos. En particular este trabajo presenta la perspectiva teórica de Hernando de Soto. Se describen sus postulados y algunos de sus cuestionamientos.

Palabras clave: Titulación inmobiliaria – Hernando de Soto – Seguridad jurídica en la tenencia.

1. APROXIMACIÓN A LA INFORMALIDAD DESDE LOS ESTUDIOS URBANOS

Los estudios realizados a nivel latinoamericano en materia de titulación privada y regularización de asentamientos urbanos³ se han con-

¹ Artículo recibido 26/06/2017 – Aprobado para su publicación 27/09/2017

² Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Becaria Posdoctoral – Ceve – Conicet. fpaquale @ceve.org.ar.

Agradezco especialmente la lectura y comentarios que realizaron a versiones anteriores de este trabajo: Horacio Etchichury, Juan Iosa y Gabriel Ventura.

³ Una interesante sistematización de los estudios latinoamericanos en la materia ha sido realizada por Priscilla Connolly (2012) en “La ciudad y el hábitat popular: paradigma latinoamericano” Cátedra Sur. Biblioteca de la Universidad General Sarmiento y la Universidad Autónoma Metropolitana unidad Xochimilco. La autora en este trabajo sistematiza los estudios referidos a políticas de regularización de asentamientos y destaca las teorías a favor y en contra de la regularización dominial. En este sentido afirma que las teorías a favor de la regularización generalmente se derivan de los planteamientos

solidado a partir del análisis de la *informalidad urbana*. En este trabajo nos limitaremos a presentar al denominado “*paradigma de la titulación privada o titulación inmobiliaria*”.

La cuestión de la informalidad urbana, y las acciones del Estado frente a ella, han sido estudiadas por diversos autores en América Latina. Debido a la presencia de conglomerados urbanos con diversas formas de hábitat informal urbano, en países como Perú, Brasil, México y Colombia se han desarrollado mayor cantidad de estudios al respecto⁴.

de los organismos internacionales, tales como el Banco Mundial y Naciones Unidas. Considera que si bien las confrontaciones teórico-ideológicas comenzaron casi desde los inicios de la investigación sobre urbanismo e informalidad, fue determinante para estos debates la publicación de las obras del economista peruano Hernando de Soto: *El Otro Sendero* y *El misterio del capital* (de 1989 y 2000 respectivamente). Connolly afirma que las teorías en contra de la regularización se formulan desde tres posiciones. En primer término, las que se oponen a la regularización como solución habitacional, porque la expectativa de la regularización alienta la formación de más asentamientos irregulares; en segundo término, las que atribuyen a la regularización de la propiedad el aumento generalizado del precio de la tierra urbana, y, por último, las interpretaciones de la regularización como una forma de “privatización” del suelo, la cual permite la mercantilización y correspondiente aumento en los precios de los inmuebles y, por consiguiente, promueve la sustitución de la población pobre original por otra con mayor capacidad económica para enfrentar los costos de la regularización. (CONNOLLY, 2012: 24). Dentro de este último grupo que cuestiona la mercantilización del suelo, podemos ubicar un sub-grupo de estudios que considera inescindible el análisis de las políticas de regularización del análisis de las transformaciones socio-económico-políticas de las sociedades latinoamericanas como consecuencia de los procesos neo-liberales desarrollados a partir de mediados de la década de los '70. En dicha perspectiva ubicamos nosotros la obra del urbanista Emilio Pradilla Cobos, a la cual nos referiremos más adelante.

⁴ Se puede consultar en este sentido: ALFONSIN, Betania (2009) “Regularización de la tenencia de la tierra en América Latina: cuestiones - clave para la agenda de la región”. op. cit.; (2006) “Legalidad e ilegalidad en la producción del espacio urbano: nuevas sendas para superar viejos caminos. Porto Alegre y el Urbanizador social”. Lincoln Institute of Land Policy; ARISTIZABAL Nora y ORTIZ Andrés. “Aproximación innovativa a la tenencia de la tierra para los pobres urbanos en Bogotá”. Material presentado en el curso de Desarrollo Profesional Mercados Informales: Regularización de la Tenencia de Tierra y Programas de Mejoramiento Urbano en América Latina, 18 al 22 de noviembre, 2002. Lincoln Institute of Land Policy; FERNANDES Edesio y SMOLKA Martín O. (2004) “Regularización de la tierra y programas de mejoramiento: nuevas consideraciones”. Land Lines, julio 2004, volumen 16, nro. 3. Lincoln Institute of land policy. p. 12; FERNANDES, Edesio (2011) “Regularización de asentamientos informales en América Latina” Informe sobre Enfoque en Políticas de Suelo. Lincoln Institute of Land Policy;

Martim SMOLKA y Claudia DAMASIO⁵ brindan una caracterización de la informalidad que permite acercarnos a la problemática. Al respecto expresan que la misma es un fenómeno multidimensional que involucra tanto problemas relacionados con la propiedad del suelo urbano; como así también las normas y regulaciones vigentes referidas por ejemplo a tamaños de lotes, tolerancias para espacios públicos, disposición de calles, etc.; el número y calidad de los servicios provistos; la calidad ambiental del área en que tiene lugar el asentamiento, entre otros. Este proceso “informal” se opone al proceso “formal” de desarrollo urbano en el que la ocupación representa la última fase de una secuencia legal, que empieza con la titulación y continúa con el planeamiento y la dotación de servicios.

Una clasificación de la informalidad utilizada comúnmente en los estudios urbanos, distingue entre la informalidad desde el punto de vista “dominial”, e informalidad desde el punto de vista “urbano”. La primera se refiere a la ausencia de títulos de propiedad, mientras que la segunda

CALDERON COCKBURN Julio. “Titulación de la propiedad y mercado de tierras”. Vol. 37, nro. 111, mayo 2011, pp. 47-77, Revista EURE. Chile; CLICHEVSKY, Nora (2000). “Informalidad y segregación en América Latina. Una aproximación División Medio Ambiente y Asentamientos Humanos”. Chile: CEPAL-ECLAC; CLICHEVSKY, Nora (2009). Algunas reflexiones sobre informalidad y regularización del suelo urbano”. Revista Bitácora Urbano Territorial, Vol. 14, Núm. 1, pp. 63-88, Colombia: Universidad Nacional de Colombia. PAYNE Geoffrey y DURAND-LASSERVE Alain (2013) “Holding On: Security of Tenure - Types, Policies, Practices and Challenges”. Research Paper prepared for the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context, Raquel Rolnik, to inform her Study on Security of Tenure. PRADILLA COBOS E.: se pueden consultar obras citadas en nota al pie nro. 4. RIOFRIO, Gustavo, (2001) “Evaluando políticas de formalización: formalidad sostenible para el Perú”, en Mercados informales. Regulación de la tenencia de la tierra y programas de mejoramiento urbano. Lincoln Institute of Land Policy, Massachussets; ROLNIK, Raquel (2012-2013). “Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, y sobre el derecho a la no discriminación a este respecto”. Asamblea General de Naciones Unidas. A/HRC/22/46. Consejo de Derechos Humanos 22º período de sesiones. SMOLKA, Martín O. y MULLAHY, Laura. (2007) “Perspectivas urbanas - Temas críticos en políticas de suelo en América Latina”. Lincoln Institute of Land Policy.

⁵ SMOLKA Martín O. y DAMASIO Claudia. “El Urbanizador Social: Un experimento de política del suelo en Porto Alegre”. Artículo publicado en Land Lines, Abril 2005, volumen 17, número 2, Cambridge, MA: Lincoln Institute of Land Policy.

se refiere al incumplimiento de las condiciones mínimas a nivel urbano y socio-ambiental⁶.

Un rasgo sobresaliente de investigaciones recientes sobre informalidad y regularización, es el re-planteo de la pertinencia de la utilización de categorías opuestas tales como formal-informal, o regular-irregular⁷.

⁶ CLICHEVSKY Nora (2000) “Informalidad y segregación en América Latina. Una aproximación División Medio Ambiente y Asentamientos Humanos”, op. cit. p. 4. Solo a título enunciativo la autora menciona diversos tipos de situaciones informales: a. Desde el punto de vista dominial: “ocupación de tierra pública o privada en villa (...); asentamiento; ocupación de lote individual; loteos clandestinos o “piratas”; loteos irregulares; (...) propiedad de origen social incorporada al área urbana por medio de ventas ilegales; (...)” b. Desde el punto de vista de la urbanización: “Ocupación de inmuebles sin condiciones desde el punto de vista urbano (por ej. construcción de viviendas por fuera de la normativa urbana existente) y ambiental (por ej. presencia de contaminación del suelo, cercanía a basurales clandestinos y hornos de ladrillo, etc), para ser usadas como residenciales. Este tipo de informalidad suele presentar asimismo dificultosa accesibilidad a los centros de empleo, educación primaria, y servicios primarios de salud.

⁷ Entre los autores que plantearon la dualidad formal-informal se menciona a Manuel CASTELLS. Especialmente su obra: “La cuestión urbana” (1985). Dicho autor, es representante de la “Escuela francesa de sociología urbana”, y constituyó durante los años 70 una generación de investigadores sobre cuestiones urbanas en latinoamérica. Autores como Manuel Castells se involucraron en los debates regionales sobre la “*dependencia*”, la “*marginalidad*”, y los movimientos sociales urbanos. Sus elaboraciones teóricas sobre conceptos tales como “*Capitalismo monopolista de Estado*”, ofrecían alternativas conceptuales de análisis. Sin embargo, estos conceptos fueron duramente cuestionados por otra parte de corrientes marxistas. Entre ellos mencionamos la crítica de Emilio Pradilla Cobos (1984, 2013). Este autor cuestiona la asidua recurrencia de las investigaciones urbanas en latinoamérica a los conceptos y descripciones elaboradas por países hegemónicos. A su entender, estas teorías importadas no dan cuenta de nuestra realidad y representan un “colonialismo intelectual”. Entre estas teorías importadas menciona especialmente los debates en torno a “*la dependencia, la urbanización dependiente, la marginalidad, la informalidad, la ciudad dual, las etapas del desarrollo, el Capitalismo monopolista de Estado y los medios de consumo colectivo, la industrialización y la desindustrialización, la teoría de la regulación, la revolución terciaria, la globalización y la ciudad global, la escuela ecológica de Chicago y los contornos urbanos, la ciudad informacional y el espacio de los flujos*” (2013: 1).

Dentro de esta corriente crítica, ubicamos a los estudios que cuestionan e intentan superar la tradicional dicotomía “formal-informal” y desmienten asimismo la distinción tajante entre lo “regular” y lo “irregular”. Consideramos, al decir a Pradilla, que la búsqueda por superar la dualidad formal-informal se centra en el interés de dar relevancia a cierta faceta estructural de las desigualdades en América Latina, no correctamente atendida por dichas conceptualizaciones. Al decir de Pradilla, “(...)

2. ESTUDIOS EN MATERIA DE TITULACIÓN PRIVADA

A continuación se presentará una breve contextualización socio-política de los orígenes de las discusiones en materia de titulación inmobiliaria a nivel latinoamericano. En particular se abordará la perspectiva teórica de Hernando de Soto. Se presentarán sus principales postulados. Asimismo se sistematizarán los resultados de diversas investigaciones empíricas referidas a los efectos de la titulación privada⁸.

no existían, ni existen, dos mundos separados, ni el “proletario” es el remanente de una sociedad desestructurada proveniente de la destrucción de sectores productivos y economías regionales dominadas; se trata de un solo mundo, el del capitalismo en América Latina en la fase imperialista, caracterizado por una desigualdad social lacerante, estructuralmente producida por la lógica de la explotación del trabajo necesario, la acumulación mundializada de la plusvalía, y la miseria del trabajo sobrante. Los proletarios son quienes construyen con su fuerza de trabajo explotada al capitalismo monopolista y al no monopolista, o sobreviven en sus intersticios. No hay dualidad estructural, sino desarrollo desigual y combinado de las formas sociales capitalistas articuladas a las pre-capitalistas sobrevivientes pero subsumidas formal o realmente al capital, porque todo proceso social implica un desarrollo desigual de las partes del todo, de las distintas formas sociales, lo que lleva a la configuración de la totalidad social como combinación de formas desigualmente desarrolladas” (2013: 9). Pradilla denomina a esta perspectiva como “Teoría Marxista del desarrollo desigual y combinado”. Para profundizar sobre la misma se puede consultar: PRADILLA COBOS, Emilio (1984) Contribución a la crítica de la “teoría urbana”. Del “espacio” a la “crisis urbana”, UAM-X, México DF, México; PRADILLA COBOS E. (2013) “La economía y las formas urbanas en América latina”, en Las teorías sobre la ciudad en América Latina, Edición: Primera, Capítulo 5. Compiladores: Blanca R. Ramírez Velázquez y Emilio Pradilla Cobos, Universidad Autónoma Metropolitana, México DF, pp.169-238; (2013) “La ciudad capitalista en el patrón neoliberal de acumulación en América Latina”. Seminario Internacional. A Cidade Neoliberal na América Latina: desafios teóricos e políticos. Rio de Janeiro, 06, 07 e 08 de novembro de 2013. Para una visión crítica del dualismo formal-informal, pero apoyada en una postura diversa a la postura marxista, se puede consultar: CONNOLLY P. (2012) “La ciudad y el hábitat popular: paradigma latinoamericano”. Op. Cit.

⁸ Se debe advertir que un estudio pormenorizado de la mayoría de los temas aquí abordados excedería enormemente el objetivo de este trabajo, motivo por el cual remitiremos a diversas obras y autores en caso de que se tenga interés en profundizar en alguna temática específica aquí presentada.

2.1. Breve contextualización: El urbanismo de la década de los 90 y el rol del mercado

Los cambios socio-políticos y económicos de la década de los 90 en Latinoamérica repercutieron en el manejo de las ciudades, y correlativamente, en las estrategias a la hora de regularizar asentamientos informales. El modelo de los 90 se manifestó en general como una profunda crítica al urbanismo funcionalista⁹ e intervencionista.

El mercado se constituyó como el mecanismo principal de coordinación de la ciudad, sea a través de la privatización de las empresas públicas, sea por la presencia del capital privado en la satisfacción de la demanda residencial y comercial¹⁰.

Uno de los objetivos centrales de la gestión urbana en esta nueva etapa estuvo asociado a la búsqueda del otorgamiento de estabilidad, reducir

⁹ El denominado “urbanismo funcionalista y racionalista”, de las décadas de los años 50 y 60, postulaba un rol central del Estado en la planificación de las ciudades. Los principios rectores fueron la racionalidad y el orden a fin de dirigir a las ciudades hacia la modernidad. Se puede consultar al respecto: JARAMILLO, Samuel (2013) “Acerca de la investigación en mercados de tierra urbana en América Latina”. Serie Documentos del Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico (CEDE). Ediciones Uniandes. Universidad de los Andes. Facultad de Economía. Bogotá. Colombia. Las críticas que se formularon al urbanismo funcionalista pueden resumirse en las siguientes: Primero, la misma práctica de la planificación es tachada de ineficiente debido a su rigidez y poca capacidad de adaptación al nuevo dinamismo que necesita el tratamiento de las ciudades. Este nuevo urbanismo considera que la concepción funcionalista es extremadamente racionalista, lo que le dificulta la comprensión de fenómenos multi-dimensionales y complejos. Esta concepción crítica se asocia al postulado epistemológico del posmodernismo que cuestiona la existencia de verdades absolutas. De esto deriva asimismo, al decir del autor, una importante tendencia en las ciudades orientadas a la dimensión estética y el privilegio del diseño urbano en las intervenciones públicas. Esto lleva, por otro lado, a la renuncia a visiones de conjunto y énfasis en la gestión a fin de mejorar la competitividad y generación de atracciones para inversionistas internacionales. En segundo término, se cuestiona al urbanismo funcionalista por hacer énfasis en la ineficacia de la gestión estatal, derivada de no considerar el rol del mercado inmobiliario en la configuración de la ciudad. Tal como en la crítica anterior, este cuestionamiento lleva a postular como solución la necesidad de atraer a inversionistas privados a fin de que adapten la ciudad a la nueva dinámica posmoderna, y la financien y gestionen eficientemente (JARAMILLO, 2013: 11)

¹⁰ ABRAMO, Pedro. La ciudad com-fusa: mercado y producción de la estructura urbana en las grandes metrópolis latinoamericanas. Revista Eure.201.vol 38 nro.114. mayo 2012. Pp. 35-69. P. 36.

conflictos sociales, y asegurar condiciones favorables para el ingreso y la reproducción de los capitales en las ciudades¹¹. En ese contexto era necesario tomar medidas que contribuyeran a eliminar los obstáculos para el desenvolvimiento de la dinámica del mercado inmobiliario: la presencia de asentamientos informales fue visibilizada por esta perspectiva como un serio obstáculo a este desarrollo.

Cabe mencionarse asimismo que el contexto socio-económico de los 90 influyó considerablemente en el aumento de asentamientos informales durante ese período¹².

Este urbanismo subordinado al mercado ha sido seriamente cuestionado por diversos motivos. Al decir de Jaramillo: “*La producción de vivienda social, debe ser localizada en donde el mercado señale que es compatible con precios de venta muy bajos de las viviendas, es decir en la extrema periferia; la renovación de los centros históricos debe hacerse en función de los usos que se muestran rentables, es decir la hotelería de lujo y el turismo; la reglamentación urbana debe confirmar la división social del espacio, segregadora y excluyente (...)*”¹³.

¹¹ Este nuevo urbanismo denominado postmodernista encontró soporte en la rama de la economía neo-clásica conocida como “Economía Espacial”. La Economía Espacial, es una de las primeras formalizaciones de la lógica espacial de los agentes en el capitalismo desarrollado por sociólogos y geógrafos alemanes a principios del siglo XX (principalmente Von Thunen y Christaller). Los economistas neoclásicos de los años 60, re-interpretan estas nociones y las articulan con el aparato analítico liberal, construyen así un sistema de explicación de la dinámica espacial en términos de mercado. Sus conclusiones les permiten afirmar que el mecanismo mercantil garantiza la estabilidad, la eficiencia y la equidad de las ciudades, por lo tanto se debe procurar dejarlo operar libremente. El urbanismo post-modernista converge así en varios aspectos con la tesis de la economía espacial neo-clásica. En la actualidad la obra de los autores provenientes de la economía espacial neo-clásica ha sido re-interpretada críticamente por el urbanista brasilero Pedro Abramo. Al respecto se puede consultar: ABRAMO, Pedro (2003) La teoría económica de la *FAVELA*: cuatro notas sobre la localización residencial de los pobres y el mercado inmobiliario informal, *Revista Ciudad y Territorios: Estudios territoriales*, Vol. XXXV, España.

¹² CLICHEVSKY, Nora (2006) “Regularizando la informalidad del suelo en América Latina y el Caribe. Una evaluación sobre la base de 13 países y 71 programas”. División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos Humanos. Serie Manuales. CEPAL. Naciones Unidas. Santiago de Chile. p. 8.

¹³ JARAMILLO, Samuel. (2013) Op. cit. “Acerca de la investigación...” p. 12.

2.2 El paradigma de la titulación

En el contexto anterior surge la perspectiva que considera que la forma de dinamizar la informalidad es incluyéndola en el mercado mediante la promoción de supuestas “potencialidades empresariales”¹⁴ de la pobreza. Surgen así los programas de titulación masiva, y el denominado “*paradigma de la titulación*”¹⁵ en materia de regularización de asentamientos informales. El mismo considera que el otorgamiento de títulos de propiedad es un “motor o catalizador” para promover la inversión privada en la vivienda propia, facilitar el acceso al crédito oficial de las familias, y, en términos generales, aliviar la pobreza¹⁶.

Un rasgo que caracterizo a los programas de titulación de los años 90 fue el origen del financiamiento. Los mismos surgieron especialmente fomentados por programas de organismos internacionales de crédito¹⁷. La actuación en materia de informalidad fomentada por dichos organismos desplazó el eje que hasta entonces promovía el denominado urbanismo funcionalista: de un tipo de intervención planificada sobre un conjunto amplio de factores, se pasó a focalizar la atención casi exclusivamente en la titulación privada. Siendo así, las intervenciones promovidas por las agencias multilaterales de crédito se caracterizaron por lo que críticamente se denominó como un perfil meramente “paliativo”. Esto en tanto se centraron en remediar las *consecuencias* del problema, sin cuestionar las *causas* de la informalidad¹⁸.

¹⁴ JARAMILLO, Samuel (2013) Op. cit. “Acerca de una investigación...” p. 12.

¹⁵ Terminología utilizada por FERNANDES E. (2011) Op. cit. “Regularización de asentamientos...”

¹⁶ FERNANDES, E. (2011) op. cit. “Regularización de asentamientos informales...” p. 29.

¹⁷ Principalmente el BIRF- Banco Internacional de reconstrucción y fomento-, organización que forma parte del grupo del Banco Mundial, y el BID - Banco Interamericano de Desarrollo.

¹⁸ Sobre el carácter “curativo o paliativo”, Raúl Fernández Wagner afirma que la misma terminología utilizada por estos organismos a la hora de hacer referencia a la problemática evidencian el enfoque asistencial de estos programas, en tanto surgen bajo lemas de: “reducción de”, “lucha contra”, “alivio de” la pobreza urbana. Los programas de regularización de asentamientos informales en América Latina, surgieron como dispositivos para enfrentar la pobreza urbana y dejaron de lado condicionamientos estructurales tanto políticos y económicos de la problemática de la informalidad y la pobreza. FERNANDEZ WAGNER, Raúl. “Elementos para una revisión crítica de las políti-

El denominado “*paradigma de la titulación*” ha sido aplicado en numerosos países. Ha sido Perú¹⁹ el caso modelo de la región. Es relevante en la materia la influencia del economista peruano Hernando De Soto. Las principales obras de De Soto son “El Otro Sendero”²⁰ y el “El Misterio del Capital”²¹ En líneas generales De Soto considera que la pobreza y el subdesarrollo económico se pueden reducir eliminando las barreras legales e institucionales que dificultan tanto el acceso a la propiedad, como la transferencia de activos económicos producidos informalmente²².

La propuesta de De Soto toma como punto de partida la estrecha relación entre los derechos de propiedad y la promoción de la prosperidad económica²³.

cas habitacionales de América Latina”. Capítulo del libro: “Assentamentos informais e Moradia Popular: subsídios para políticas habitacionais mais inclusivas”, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada -IPEA-, Ministerio de Planejamento, Orçamento e Gestio, Brasília , Brasil.

¹⁹ La experiencia de Perú tiene su antecedente en el programa mexicano CORETT (desde 1974) que más tarde se denominó PROCEDE. Estos programas promovieron la regularización de asentamientos informales por medio de expropiaciones y titulaciones en México. Perú ha sido el caso más difundido. En 1996 Alberto Fujimori crea la Comisión para la Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI). Se financió con fondos nacionales, internacionales y del Banco Mundial. Los resultados del programa arrojaron los siguientes números: “entre 1996 y 2006 otorgó casi 1,6 millones de títulos de propiedad a un costo promedio de 64 dólares por hogar” (FERNANDES E., 2011, op. cit. p.3) Sobre la experiencia de Perú se pueden leer innumerables trabajos, recomendamos aquí: CALDERON COCKBURN Julio, (2009), op. cit. “Títulos de propiedad, mercados y políticas urbanas”.

²⁰ DE SOTO, Hernando (1986) “El Otro Sendero – La revolución informal” Instituto Libertad y democracia. Editorial El Barranco. Perú.

²¹ DE SOTO, Hernando (2009) “El misterio del capital”. Grupo Editorial Norma. Perú. La primera edición data de septiembre del 2000.

²² FERNANDES, Edesio (2011) op. cit. “Regularización de asentamientos...”. p. 31.

²³ Hernando De Soto, es considerado precursor del neo-institucionalismo económico en Latinoamérica. En este sentido considera a las instituciones como mecanismos de minimización de los costos de transacción derivados del intercambio económico (CALDERÓN COCKBURN, op. cit. “Titulación de propiedad y mercado de tierras”. p. 49.).

2.2.1 El misterio del capital

Hernando De Soto comienza su obra “El misterio del capital” con la siguiente pregunta: ¿Por qué el capitalismo triunfa en occidente y fracasa en el resto del mundo?²⁴ El autor considera que el principal problema de los países en desarrollo es que los pobres carecen de un fácil acceso a los mecanismos de propiedad que les permita aprovechar legalmente el potencial económico de sus activos²⁵. Siendo así, recomienda que se deben incorporar los sistemas informales a la formalidad.

La propuesta es presentada como una *revitalización del “capital muerto”, que busca ser transformado en “capital líquido”*²⁶ De Soto afirma que los pobres en Latinoamérica tienen gran capacidad de ahorro e inversión, pero que no pueden materializarla debido a que la posesión de sus bienes es defectuosa. Las casas que poseen están construidas sobre lotes con derechos de propiedad que no están adecuadamente definidos. En sus palabras, “Sin derechos adecuadamente documentados estas posesiones resultan activos difíciles de convertir en capital”²⁷ Al decir de De Soto, no pueden ser comercializados fuera de los estrechos círculos locales donde la gente se tiene confianza mutua. Tampoco sirven como garantía de un préstamo ni como participación de una inversión.

El economista afirma, en términos generales, que la titulación de los derechos de propiedad beneficia a los sectores pobres en los siguientes efectos: 1- la promoción de la inversión privada de las familias titulari-

²⁴ DE SOTO, Hernando (2009). op. cit. “El misterio...” p. 19.

²⁵ DE SOTO, Hernando. “El misterio del capital”, Revista Finanzas y desarrollo, marzo 2001. p. 30.

²⁶ En 1997, De Soto estimó la totalidad del valor del “capital muerto” retenido por los países del tercer mundo, y los que salen del comunismo, en 9,34 trillones de dólares. Este capital, afirma De Soto, son recursos que por su inseguridad no pueden ingresar en el sistema de transacciones del mercado. Esto se observa vgr. en el acceso a créditos utilizando un inmueble como garantía: Los costos que representa para el prestamista asegurarse que la propiedad se encuentra bajo el control de quien solicita el crédito, y de este modo, asegurarse la posibilidad de cobro en caso de incumplimiento, aumentan la tasa de interés cobrada y llevan a que la operación, en muchas oportunidades, no sea conveniente para ninguna de las partes. WILLIAMSON, Claudia. “The two sides of the Soto: Property rights, land titling and development. October, 2011. The Annual Proceedings of the wealth and well-being of Nations, p. 95, Emily Chamlee-Wright, ed., Beloit College, p. 98.

²⁷ DE SOTO, Hernando. op. cit. “El misterio...” p. 19.

zadas; 2- la facilitación del acceso al crédito oficial; y 3- el alivio a la pobreza²⁸. Asimismo, los sistemas formales de propiedad en Occidente producen a su entender *seis efectos* que repercuten, no solo ya sobre los sectores pobres, sino sobre las transacciones de capital en general. Los mismos son: 1. La fijación del potencial económico de los activos; 2. La integración de la información dispersa en un solo sistema; 3. La responsabilización; 4. La fungibilidad de los activos; 5. La facilitación de las Interacciones; y 6. La protección de las transacciones²⁹.

2.2.2 Evaluaciones empíricas de la titulación

Investigaciones empíricas han demostrado que existe cierta relación entre las políticas de formalización y los aumentos en las tasas de nutrición infantil, mejor grado de educación y menor absentismo escolar³⁰; y aumento de participación en la fuerza laboral³¹. Sin embargo, considerando, que en general la disminución de la pobreza implica inversiones constantes y significativas en bienes públicos como infraestructura, educación, política social, y también en estrategias de empleo y generación de ingresos, los vínculos causales entre la titulación inmobiliaria y la disminución de la pobreza son indirectos³².

De este modo puede considerarse que si bien algunos resultados empíricos, como los mencionados, muestran que la titulación de la propiedad

²⁸ Véase: CLICHEVSKY, Nora (2003) “Pobreza y acceso al suelo urbano. Algunas interrogantes sobre las políticas de regularización en América Latina”; CEPAL Serie Medio Ambiente y Desarrollo; N° 75; LC/L.2025-P/E; Santiago. p. 60.

²⁹ Sobre el significado que brinda De Soto a estos efectos, se puede consultar: DE SOTO, op. cit. “El misterio...” p. 64 y ss.

³⁰ GALIANI Sebastián y SCHARGRODSKY Ernesto, (2005). “Property rights for the poor: effects of land titling”. Centro de Investigación en Finanzas. Escuela de negocios. Documento de Trabajo 06/2005. Universidad Torcuato Di Tella. p. 24. Conc. FERNANDES E. (2011) op. cit.

³¹ FIELD, Erica (2007) “Entitled to Work: Urban Tenure Security and Labor Supply in Peru” Journal of Economics, November 2007, v. 122, iss. 4, pp. 1561-1602. Conc. FERNANDES E. (2011) op. cit.

³² FERNANDES, E. (2011) op. cit. “Regularización de asentamientos...” p. 34.

trae una mejora, aunque modesta, en el nivel de vida de los propietarios³³, los resultados en su mayoría han relativizado los efectos positivos de la titulación privada considerada como medida aislada. Asimismo, otros estudios han considerado influencia determinante del costo de “mantenerse” en la formalidad como una de las principales falencias de los programas de titulación masiva³⁴.

Numerosas investigaciones ponen en duda las iniciativas de titulación a partir de los resultados de trabajos empíricos, y mediante la relativización de alguno de los tres puntos principales sobre los que De Soto estructuró las ventajas de la titulación para los sectores de escasos recursos. Estos son: el acceso al crédito, la inversión en vivienda y el alivio de la pobreza.

En lo referente al acceso al crédito, se afirma que los programas de titulación no han producido cambios significativos en el acceso al cré-

³³ GALIANI Sebastian y SCHARGRODSKY Ernesto, (2005). “Property rights for the poor: effects of land titling” op. cit.

³⁴ Es interesante mencionar los resultados del estudio de GALIANI, Sebastián y SCHARGRODSKY, Ernesto, denominado “Land De-Regularization and Titling Premium” (November 30, 2011). Allí se realiza una evaluación empírica en la ciudad de San Francisco Solano (Quilmes) provincia de Buenos Aires. Los autores evidenciaron un proceso espontáneo de “des-regulación” o “vuelta a la informalidad” de un barrio que, paradójicamente, había reclamado tenazmente ser regularizado años anteriores. Diferentes causas individuales tales como divorcio, fallecimiento del titular dominial, ventas informales, etc, hicieron que los habitantes volvieran, luego del transcurso de unos años, a encontrarse en una situación de informalidad. Estas causas individuales son explicadas por Galiani y Schargrotsky en los altos costos de mantenerse en la formalidad, dado la “prima de titulación” y el bajo valor de estos inmuebles. Los autores consideran “prima de titulación” (*titling premium*) es la diferencia en el valor de mercado de una casa con títulos *versus* una casa similar sin títulos. El valor promedio de los inmuebles de la muestra (datos tomados durante 2010-2011) es de AR \$ 46,824 (alrededor de US\$ 11.700), lo que da una prima de titulación de aproximadamente US\$ 2.164. Al consultar los costos de transacción legal en Quilmes dependiendo el caso, esto es, juicio sucesorio, divorcio, venta mediante escritura pública, etc. Los mismos varían entre US\$ 2.300 y US\$ 3.184. Se observa entonces como los costos de mantenerse en la formalidad son demasiado altos para el bajo valor de estos paquetes y la prima de la titulación. Estos costos legales también son altos en relación con el niveles de ingresos de estos hogares, según los autores. Se observa aquí el motivo por el cual las familias pobres no son capaces de pagar la legalidad. Vemos asimismo como la internalización de los costos se produce solo en casos en que los costos de transacción son menores.

dito formal de las familias pobres³⁵. La situación laboral parece ser más importante para obtener un crédito que el título de propiedad. Al decir de Fernádes, se ha demostrado que los trabajadores con título tuvieron un mayor acceso al crédito que los desempleados con título, e incluso que los trabajadores empleados sin títulos de propiedad tuvieron más acceso al crédito formal que los desempleados con títulos³⁶.

Las investigaciones también muestran que la mayoría de las personas que viven en asentamientos informales muchas veces no desean un crédito oficial de los bancos comerciales, sino que prefieren acudir a otras fuentes de crédito informal más flexibles que les facilitan sus redes sociales. Más aún, tienen temor a los riesgos que conlleva dar su única propiedad en garantía, generalmente la casa familiar, para obtener el financiamiento ofrecido por los bancos comerciales³⁷.

A diferencia del supuesto que afirma que otorgar títulos “disminuye los costos de transacción” investigaciones empíricas han demostrado que, por el contrario, existen “altos costos de transacción” para los sectores de escasos recursos que desean obtener préstamos, asociados a los criterios financieros y técnicos utilizados por los bancos comerciales, la burocracia asociada y los comprobantes de ingresos exigidos³⁸.

Debe resaltarse que los resultados empíricos han logrado determinar fehacientemente aumentos en valores de propiedades producidos a partir de la titulación. CALDERÓN COCKBURN³⁹ realiza un estudio en el que analiza la relación entre la tenencia de títulos de propiedad y los mercados inmobiliarios en zonas de la ciudad que tuvieron un origen informal o ilegal. Las conclusiones muestran que en asentamientos no consolidados la tenencia de un título de propiedad contribuye a un mayor valor de los predios con relación a aquellos no titulados.

³⁵ Se puede consultar: DEININGER, Klaus, y Gershon FEDER. 2009. “Land registration, governance, and development: Evidence and implications for policy”. *The World Bank Research Observer* 24 (2): 233–266. FERNANDES, E. (2011) op.cit. p. 32.

³⁶ Véase: FERNANDES E. (2011) op. cit. p.32.

³⁷ FERNANDES, E. (2011) op. cit. p.33. FIELD, Erica, y TORERO, Máximo (2006). Do property titles increase credit access among the urban poor? Evidence from a nationwide titling program. Working Paper. Cambridge, MA: Harvard University.

³⁸ Véase: FERNANDES E. (2011) op. cit. p. 33.

³⁹ CALDERÓN COCKBURN, Julio. (2011) op. cit. “Titulación de la propiedad y mercado de tierras”.

En relación a la inversión en vivienda, se afirma, en sentido crítico, que en numerosos casos no es necesario contar con título de propiedad a la hora de incentivar los esfuerzos individuales a mejorar las viviendas y el entorno, bastando la mera “seguridad de la tenencia”⁴⁰. En este sentido se menciona que la seguridad en la tenencia no está dada únicamente por el título de propiedad, ya que, como se dijo, hay gran cantidad de factores que interactúan en la problemática de la informalidad y dan cuenta de la limitación de los abordajes parciales. En este sentido, las condiciones de inserción social, económica, política, cultural y territorial de los individuos y familias, sus niveles de organización social y política, el rol del Estado en materia de políticas públicas, representan factores que influyen directa o indirectamente en la “seguridad en la tenencia”⁴¹.

⁴⁰ Por “Seguridad en la Tenencia” entendemos, siguiendo la Obs. General Nro. 4: El derecho a una vivienda adecuada, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Desc), la seguridad de no ser desalojado del lugar en que se habita, independientemente de que dicha protección se deba al hecho de gozar de un título que otorga la mera tenencia (vgr. contrato de locación), o al hecho de gozar de un título que otorga la posesión.

En similar sentido a la crítica referida a la innecesariedad del título, la jurista brasilera ALFONSIN Betania en “Regularización de la tenencia de la tierra en América Latina: cuestiones - clave para la agenda de la región”. Boletín Cohre. (Centro por el derecho a la vivienda y contra los desalojos) Año 2 Nro. 3 Julio 2009, afirma que “*es falso presentar el título pleno de propiedad como un único camino*”. A su entender, el derecho de propiedad tiene en el contexto legal y social latinoamericano una extraordinaria fuerza simbólica y cultural, pero el objetivo de regularización dominial debería asociarse al *derecho humano a la vivienda* y no exclusivamente al derecho de propiedad. Dicho de otro modo, el título de propiedad pleno es uno de los tantos otros asociados a la idea de garantizar la seguridad de la tenencia y tutelar el derecho humano a la vivienda. Para mencionar opciones a este podemos citar las herramientas utilizadas en el caso brasilero, como: la concesión de uso especial para fines de vivienda, del derecho de superficie, etc. La autora se refiere además a la inconveniencia de adoptar medidas de titulación en el sentido de que favorece la reproducción de la propia urbanización capitalista. Como tela de fondo afirma que necesariamente se debe responder a la pregunta sobre *lo que estamos tutelando con la regularización fundiaria ¿es el “valor de uso y derecho a la vivienda” o “valor de cambio y derecho de propiedad”?*.

⁴¹ RODRÍGUEZ Ma. Carla y DE VIRGILIO Ma. Mercedes, et. al. (2007) “Producción social del hábitat en el AMBA”, Documento de trabajo. IIGG, Buenos Aires.

En similar sentido a los análisis críticos que venimos reseñando, investigaciones como las de PAYNE, DURAND-LASSERVE y RAKODI⁴² han evaluado si los programas de titulación de tierras han logrado los beneficios postulados por sus defensores y concluyen afirmando que por lo general han fracasado en hacerlo. Según sus resultados, la inversión en tierra y vivienda, el acceso al crédito formal, y los ingresos, no han aumentado más que en otros regímenes de tenencia no segura como serían los asentamientos informales o las villas de emergencia. Esto significa, que si bien la titulación proporciona seguridad en la tenencia, muchas otras formas de tenencia informal también proporcionan altos niveles de seguridad. Asimismo afirman que no hay evidencia significativa de los niveles de pobreza se reducen.

3. NECESIDAD DE POLÍTICAS INTEGRALES Y DE UN “ENFOQUE DE DERECHOS”

Las propuesta de De Soto en referencia a la relevancia de la titulación de la propiedad a la hora de contribuir al desarrollo económico, puede ser interpretada de dos modos diversos, que representan, a su vez, dos concepciones opuestas sobre la relevancia de la titulación privada: Una primer concepción que afirma que el título de propiedad es una “*condición necesaria pero no suficiente*” para el desarrollo económico. En esta perspectiva se considera la relevancia de otros factores además del título, tales como políticas socio-económicas, de vivienda, de infraestructura y de planificación urbana, que deben acompañar ineludiblemente a una política de titulación. Este tipo de presentación de la propuesta es en general menos vulnerable a críticas.

Una segunda concepción referida al rol de la titulación en el desarrollo económico, considera que la misma es “*condición suficiente*” para llevar adelante los beneficios de una economía de mercado. Esto significa, que la mera titulación alcanza para motorizar un desarrollo a nivel integral. Esta perspectiva es, tal como se viene presentando en este apartado, vulnerable a diversos tipos de críticas.

⁴² PAYNE Geoffrey, DURAND-LASSERVE Alain y RAKODI Carole. “The limits of land titling and home ownership” Environment and Urbanization, Octubre 2009, Vol. 21, No 2, pp. 443-462.

Si bien es esta última interpretación la que comúnmente se ha atribuido a De Soto, la misma puede relativizarse. De Soto parece estar de acuerdo, en algunos momentos, con la concepción que afirma que la titulación es “necesaria pero no suficiente”, por lo que por sí sola no podrá llevar a “los pobres de los países en desarrollo” hacia los beneficios de una economía de mercado. Dicho en sus palabras:

“No estoy diciendo,” afirma DE SOTO, “que otras reformas no son necesarias. Simplemente estoy diciendo que un sistema de derechos de propiedad es una principal reforma, sin la cual las demás reformas son difíciles de manejar. Es bastante claro que el derecho de propiedad por sí solo no resuelve los demás problemas. Pero para mí, lo que también es muy claro es que sin el derecho de propiedad, usted nunca será capaz de realizar otras reformas de manera sostenible”⁴³.

Más allá de las manifestaciones del autor, lo cierto es que a la hora de observar los programas que han seguido los lineamientos teóricos de De Soto, aplicados tanto en Latinoamérica como en el resto del mundo, la práctica ha parecido reiterar la recurrencia casi exclusiva a la formalización de la propiedad como “condición suficiente” para alcanzar los beneficios de una economía de mercado. Esta propuesta ha sido cuestionada tanto por sus resultados empíricos, ya mencionados, como así también por el modelo socio-económico-político que supone.

Respecto a esta última crítica, vinculada al modelo socio-económico-político que subyace en la propuesta de titulación, debe decirse, en primer término, que la indagación en las causas del fracaso de las políticas de titulación es presentada comúnmente a partir de una contextualización de la propuesta del economista peruano dentro del modelo neoliberal. Tal como hemos intentado presentar en los primeros apartados de este trabajo, se puede observar que las políticas de titulación tuvieron su surgimiento y apogeo en el contexto de la aplicación de políticas neoliberales y de ajuste económico de la década de los 90⁴⁴. En dicho contexto primó la interpretación de la necesidad de titulación considerando que “*mientras el gobierno debía formalizar la ciudad informal, el mercado inmobiliario*

⁴³ CLIFT Jeremy, “Hearing the Dogs Bark”, Entrevista de Jeremy Clift a Hernando de Soto. Revista Finance & Development, Diciembre 2003, p.11.

⁴⁴ CALDERÓN COCKBURN J., (2009) “Títulos de propiedad, mercados y políticas urbanas”. op. cit. p. 48.

formal debía atender la demanda de vivienda”⁴⁵. A la idea de que el Estado no se preocupe por articular las políticas de regularización con políticas de vivienda, se sumó la escasa relevancia que se dio a la necesidad de prevenir, mediante el ofrecimiento de programas de acceso a suelo urbanizado, la generación permanente de asentamientos informales.

Esta doble omisión, en materia de políticas de vivienda y en materia de políticas urbanas, representa actualmente una de las principales críticas a toda perspectiva que se presente como excesivamente “optimista” respecto de las ventajas de las políticas de titulación. CALDERÓN COCKBURN⁴⁶ afirma que la consideración de esta doble carencia ha derivado en un “círculo vicioso de informalidad”, el cual se manifiesta por la persistencia o aumento de los asentamientos informales a pesar de haber adoptado políticas de titulación⁴⁷.

En este marco, los intentos de superación del enfoque de la titulación en general reconocen la necesidad de que el Estado despliegue una *política integral* que busque la convergencia entre políticas urbanas, de vivienda, de acceso al suelo, de regularización y principalmente de control del mercado de suelo urbano.

Las perspectivas que han buscado superar los cuestionamientos mencionados se han estructurado, en su mayoría, a partir de un “*enfoque de derechos*”⁴⁸. Bajo el mismo la “seguridad jurídica en la tenencia” es solo una *dimensión*, entre varias, del *derecho a la vivienda*. Desde esta perspectiva, “una política de regularización no puede agotarse en la mera entrega de títulos de propiedad, sino que debe promoverse la regularización

⁴⁵ CALDERÓN COCKBURN, (2009) op. cit. p. 48.

⁴⁶ CALDERÓN COCKBURN, (2009) op. cit. p. 48.

⁴⁷ La ciudad de Lima fue un claro ejemplo de dicho problema: si bien “entre 1996 y 2000 se distribuyeron medio millón de títulos de propiedad, entre 1992 y 2002 se formaron por invasiones unos 400 mil lotes, impulsados por gente que no tenía alternativas en la formalidad” Calderón Cockburn, op. cit. p. 48.

⁴⁸ Sobre las implicancias de un “enfoque de derechos” se puede consultar, entre otros: ETCHICHURY Horacio Javier (2015) “El aporte del derecho en el enfoque de derechos” en Encuentros y desencuentros entre las políticas públicas y los derechos sociales. Coord. Horacio Etchichury y Magdalena Inés Álvarez; ABRAMOVICH Víctor y PAUTASSI Laura (2009) “El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales” en La revisión judicial de las políticas sociales. Estudios de casos. Editores del Puerto.

física de los barrios para generar las condiciones para un acceso igualitario a la ciudad en el marco de su integración socio-espacial”⁴⁹.

Desde el paradigma de la titulación que hemos presentado en este trabajo, por el contrario, la seguridad jurídica en la tenencia no constituye una mera dimensión del derecho a la vivienda, sino que se presenta como *El derecho mismo* que estructura la intervención estatal: la titulación privada comienza y finaliza con la satisfacción del *derecho a la propiedad privada*.

Una política integral, en cambio, no limita sus objetivos a un derecho en particular, sin atender a los demás. Por el contrario: obliga a definir un marco más amplio, donde la finalidad de cada intervención estatal es garantizar, en diferentes áreas de acción, el goce efectivo y simultáneo de los derechos en juego, partiendo de su indivisibilidad e interdependencia.

Bajo esta concepción, el Estado diseña e implementa sus programas, etapas e instrumentos orientándolos al cumplimiento de sus obligaciones de respetar, proteger y promover en forma conjunta los derechos. Esos son los criterios para evaluar, tanto desde el Estado como desde la población general, el éxito o fracaso de una política pública.

⁴⁹ TERRITORIALE Agustín y TEDESCHI Sebastián. “Para terminar con la ciudad elitista. Herramientas y recomendaciones”. Centro de Estudios Legales y Sociales CELS “Derecho a la tierra y a la vivienda, aportes al consenso nacional para un hábitat digno”. 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales CELS, 2015. p. 61.

LA IDEA DE LIBERTAD COMO CONEXIÓN ENTRE ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA¹

Matías Pedernera Allende^{2 3}

Resumen: Los conceptos de democracia y de Estado de Derecho cumplen en la actualidad una importante función de evaluación de las instituciones públicas. Sin embargo, la conexión entre ambos no parece clara. Más aún, pareciera que se trata de dos elementos en tensión. En este trabajo se procurará identificar una conexión y posible complementariedad entre ambos conceptos a partir de la idea de libertad en su sentido republicano.

Palabras clave: Estado de Derecho - democracia - libertad - republicanism.

INTRODUCCIÓN

Hay al menos dos conceptos normativos que sirven para determinar la calidad de un gobierno: el concepto de democracia y el de Estado de Derecho⁴. Básicamente –y dependiendo del modelo que se tome– la democracia tiene en cuenta la participación de los miembros de la comunidad política en la toma de decisiones colectivas. Por otro lado, el ideal del Estado de Derecho implica en un sentido formal, que las reglas que se dictan en y para la comunidad deben tener determinada forma a fin de evitar que éstas sean manipuladas para fines sectoriales.

¹ Artículo recibido 11/06/2017 – Aprobado para su publicación 27/08/2017.

² Abogado (UNC), maestrando en Derecho y Argumentación (UNC). Becario de pregrado del CIJS (2012/2013).

³ Un agradecimiento a las Dras. Pilar Zambrano (U. de Navarra) y Ma. Isabel Urquiza (UNC).

⁴ A los fines de este trabajo se tomará a la expresión “Estado de Derecho” como sinónimo de “*Rule of Law*”.

Sin embargo, aun cuando estas dos exigencias son imprescindibles en la evaluación de un gobierno determinado, no es clara la conexión entre ellas. Es más, pareciera que se trata no sólo de conceptos absolutamente diversos, sino también de ideas en tensión. Esto ya que si bien por un lado la democracia confía en la idea de autogobierno para manejar los asuntos que conciernen a todos, el ideal de Estado de Derecho pareciera presentar en su forma conceptual más básica, cierta desconfianza en aquella idea. En efecto, una de las sentencias que lo identifica ha sido aquella que señala el valor de un “gobierno de leyes, no de hombres”.

La asunción de un conflicto entre ambas ideas, acarrea consecuencias prácticas. En efecto, la experiencia política contemporánea –en particular en Latinoamérica– ha mostrado cómo las exigencias del Estado de Derecho han sido consideradas, en varias ocasiones, como un obstáculo para el logro de ciertos objetivos políticos. Así, se ha buscado en la legitimidad democrática, una excusa para evadir los límites que de suyo implica un régimen político sometido al Derecho.

Con este trabajo se procurará identificar una conexión entre estos ideales que parecen en conflicto. Ese punto de contacto se buscará entorno a la idea de libertad, en particular, la esbozada por el republicanismo. Por otro lado, a partir de esta idea común, se explorará la posibilidad de identificar cierta complementariedad entre Estado de Derecho y democracia.

LA CONCEPCIÓN REPUBLICANA DE DEMOCRACIA

La concepción republicana de la democracia, es una de las posibles opciones de concebir a ese ideal de gobierno en el ámbito de la filosofía política, y quizá, la más antigua. Dicha concepción es aquella que se asienta en las premisas fundamentales del republicanismo⁵ como opción política.

⁵ La noción de republicanismo hace referencia a una corriente de pensamiento que hunde sus raíces en el pensamiento clásico. Esta corriente presenta como característica principal es ser “anti tiránica”, es decir, contraria a todo tipo de dominación y favorable a la existencia de un Estado “libre”. Junto a ello, el republicanismo se ha caracterizado por la defensa de una serie de virtudes cívicas, tales como el patriotismo, la igualdad o la honestidad, como condiciones necesarias para la vida en la sociedad. Uno de los principales representantes de esta línea de pensamiento hoy en día es el irlandés Philip Pettit.

Tal como se ha señalado, el punto de partida en la identificación del republicanismo tiene que ver con la idea de libertad por oposición a toda forma de dominación o modelo tiránico de poder⁶. Así, por ejemplo, podría considerarse la situación de una esposa que se considera libre porque su marido no la golpea ni ejerce violencia contra ella, pero que hace su voluntad por temor a un castigo. O la posición de un trabajador que considera que es libre porque firmó un contrato de trabajo que establece derechos y obligaciones para las partes, pero que hace lo que el empleador quiere por la amenaza del despido. También podría tenerse en cuenta la situación del ciudadano que cree ser libre porque ejerce su derecho al sufragio, sin embargo no participa en la toma de decisiones colectivas y es gobernado por grupos a los cuales no puede controlar⁷.

Para la tradición republicana, en ninguna de las situaciones consideradas hay libertad en sentido propio. Ello, porque aun cuando los sujetos en cuestión gozan de una serie de derechos –lo cual constituye, de alguna manera, la esencia de la tradición liberal–, están sometidos a la voluntad de otros. Estos vínculos de dependencia hacen que finalmente ninguno de ellos sea libre, porque en definitiva hay una serie de intervenciones en sus vidas que hacen que no puedan decidir por sí mismos cómo quieren vivir⁸.

Así, la idea de libertad como no dominación se basa en los siguientes supuestos:

- a) El agente en cuestión no depende de otros para vivir (autonomía social garantizada).
- b) La intervención ilícita (injustificada) en la autonomía del sujeto está prohibida.
- c) La intervención pública en la autonomía del agente está justificada, siempre que el agente se encuentre en relación de igualdad con los demás ciudadanos.
- d) El modo de evaluar hasta qué punto está justificada la intervención (pública o privada) en la autonomía del agente tiene que ver con

⁶ Cfr. MARTÍ, José L. – PETTIT, Philip, *A political philosophy in public life. Civic Republicanism in Zapatero's Spain*, Princeton U.P., Nueva Jersey, 2010, p. 34.

⁷ Cfr. RAVENTÓS, Daniel – DE FRANCISCO, Andrés, “Republicanism y renta básica de ciudadanía”, en AA. VV., *Republicanism y Democracia*, Miño y Dávila, Bs. As., 2004, pp. 258-259.

⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 259.

cómo queda el sujeto en relación a los demás a causa de la intervención: si éste queda en una situación de dependencia respecto de otros, la intervención está injustificada.

- e) El agente goza de un núcleo de derechos protegidos que nadie debe afectar, ni el mismo puede desprenderse, sin perder su condición de ciudadano libre. Los derechos constitutivos de la persona se encuentran garantizados⁹.

El núcleo de las condiciones precedentes tiene que ver, como se dijo, con la idea de no dominación o no dependencia¹⁰. Ahora, si bien esta idea es aplicable en principio a cada ciudadano individualmente considerado; también es aplicable a la comunidad política que integran esos ciudadanos. La traducción de la idea de no dominación al conjunto de la comunidad se realiza a través de la noción de autogobierno colectivo.

De ese modo, si a nivel individual la libertad se valora, no tanto por los derechos que uno posee, sino más bien por la capacidad de tomar sus propias decisiones, de planificar y diseñar sus propios planes de vida; a nivel político la idea de autogobierno implica que son los propios miembros de la comunidad los que deciden y planifican en conjunto cómo quieren vivir.

De esta idea de democracia republicana se siguen una serie de condiciones. Por un lado, la noción de democracia deliberativa. Se ha caracterizado a esa idea como aquel modelo que “incluye la toma de decisiones con la participación de todos los que han de ser afectados por la decisión o sus representantes” y esa toma de decisiones se da “por medio de argumentos *por* y *para* los participantes que están comprometidos con los valores de la racionalidad e imparcialidad”¹¹.

⁹ Cfr. BERTOMEU, María J. – DOMÈNECH, Antoni, “Algunas observaciones sobre método y substancia normativa en el debate republicano” en AA. VV., op. cit., p. 31-32.

¹⁰ La idea de libertad como no dominación corre el riesgo de identificar libertad moral con un poder radical de autodeterminación en el cual el deseo se constituye en parámetro último de moralidad. Esta concepción apareja algunos problemas tales como “la tendencia a la confrontación de las libertades y derechos fundamentales, entre sí y con relación al interés general; la incapacidad de los criterios de interpretación judicial para resguardar estas libertades y derechos frente a posibles embates utilitaristas o paternalistas, y la índole esencialmente relativa de la concepción de persona”, ZAMBRANO, María del Pilar, *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político*, Ábaco, Bs. As., 2005, pp. 293-294.

¹¹ ELSTER, John, *La democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 25 [énfasis añadido].

Es que tomarse en serio el principio que excluye las intervenciones ilícitas en la vida de los ciudadanos requiere que éstos tengan parte en las discusiones sobre el propio destino personal, que se da en el contexto de la comunidad política. Entonces, cada agente debe poder tomar parte en la discusión, y ésta debe darse en un “lenguaje” accesible a todos los participantes.

Asimismo, otra de las condiciones de la democracia republicana es la igualdad política. En este sentido, si lo que se quiere evitar es la dominación de unos sobre otros, el camino para ello es evitar que algunos “sean más libres que otros”¹². Como se señaló en un ejemplo anterior, a nivel político el ciudadano es realmente libre cuando es capaz de controlar a los grupos que ejercen influencia en las cuestiones institucionales que atañen a todos. Así, si determinado poder fáctico ejerce influencia, por ejemplo, en el contenido de la legislación para proteger sus intereses, el ciudadano se encuentra en una posición políticamente desigual porque la condición de influencia del actor fáctico no es compartida por el ciudadano común.

De ello se siguen toda una serie de instituciones que preserven la igual influencia política, la paridad en la toma de decisiones. Una de ellas es, como se dijo, la idea de democracia deliberativa. Pero además se requieren mecanismos como la publicidad de los actos de gobierno, la libertad de expresión, o instrumentos de control público que aseguren a todos los ciudadanos que nadie tiene mayor capacidad de influencia política sobre los demás. Lo contrario supondría aceptar que algunos tienen mayor capacidad de decisión política que otros, lo que se traduce en la creación de vínculos de dependencia.

Otra de las condiciones de la democracia republicana tiene que ver con el ejercicio de virtudes cívicas por parte de los ciudadanos. Se trata de la traducción de la idea de virtud personal al plano político. De ese modo, si a nivel personal la virtud implica el gobierno de la razón por sobre los impulsos de las pasiones; a nivel colectivo, la virtud política implica el gobierno del interés público, respetuoso de la libertad de las personas, por sobre el interés privado o sectorial. Éste último, a semejanza de los vicios a nivel personal, supone la corrupción del sistema público, cuya consecuencia es la dominación¹³.

¹² MARTÍ, José L. – PETTIT, Philip, op. cit., p. 49.

¹³ RAVENTÓS, Daniel – DE FRANCISCO, Andrés, op. cit., pp. 260-261.

Estas virtudes políticas suponen un compromiso con la comunidad basado en la imparcialidad y la deferencia hacia la “cosa pública”. Así, tanto los ciudadanos como quienes los representan no sólo deben considerar “qué les conviene, cuáles son sus propios intereses, sino también cuál será la mejor forma de beneficiar a la comunidad en general”¹⁴.

Tales son, en resumidos términos, las cualidades que presenta la democracia en términos republicanos. A continuación se describirá la idea de Estado de Derecho en términos republicanos. Luego se intentará identificar algunas tensiones y posibles armonizaciones entre ambas exigencias políticas.

EL VALOR DEL ESTADO DE DERECHO

Una manera de vincular el ideal del Estado de Derecho con el principio democrático tiene que ver con la reducción de la manipulación de las instituciones públicas. En palabras de Pettit:

*“Si queremos, como exige la libertad republicana, que el Estado republicano no asuma una forma arbitraria y dominante, entonces, los instrumentos empleados por el Estado deben ser, tanto como sea posible, no manipulables. Diseñados para perseguir determinados fines públicos, debe maximizarse su resistencia a ser empleados sobre una base arbitraria, quizás faccional. Ningún individuo o grupo debería tener discrecionalidad a la hora de establecer cómo usar este instrumento. No se debería permitir que nadie pudiese apropiárselo: ni alguien que sea completamente benéfico e inspirado por el bien público, ni, desde luego, alguien responsable de interferir por sus propios objetivos faccionales en las vidas de sus conciudadanos. Las instituciones y las iniciativas implicadas no deberían poder ser manipuladas al capricho de nadie”*¹⁵.

Una manera de reducir la posibilidad de manipulación de la ley tiene que ver con ciertas cualidades formales que ésta debe cumplir. Así, una de las caracterizaciones más difundidas y discutidas acerca del *Rule of*

¹⁴ SUNSTEIN, Cass, *The partial Constitution*, Harvard UP, Cambridge, 1993, p. 153.

¹⁵ Cfr. PETTIT, Philip, “La libertad republicana y su trascendencia constitucional”, en AA.VV, op. cit., p. 49.

Law ha sido la propuesta por Lon L. Fuller. Este autor identificó ocho principios que el Derecho debe respetar para ser tal: (1) las reglas deben ser prospectivas, no retroactivas, (2) no deben ser imposibles de cumplir; (3) deben ser reglas promulgadas, (4) deben ser claras, (5) deben guardar coherencia entre sí; (6) deben ser lo suficientemente estables para que la gente pueda orientarse por su contenido; (7) deben ser reglas generales; y (8) debe haber coherencia entre las acciones oficiales y las reglas generales¹⁶.

El valor de un Derecho que cumple con esas exigencias puede considerarse tanto desde un punto de vista activo como pasivo. Desde la óptica activa, aquellas exigencias formales se erigen en instrumentos de evaluación del accionar gubernamental que se vale de normas legales para impulsar un programa de gobierno. El cumplimiento de las exigencias del Estado de Derecho, tiene a reducir la discrecionalidad política. La estructura de las reglas sugiere la idea de gobierno imparcial que evita –por razones morales o prudenciales– emplear al Derecho para fines no públicos.

Desde la óptica pasiva, la cualidad de agentes racionales de los ciudadanos se erige en justificación de las reglas del Estado de Derecho. Así, a diferencia de un grupo de animales guiados por un granjero a donde éste mejor le parezca, con la posibilidad de cambiar de ruta, de retroceder o de avanzar sin el consentimiento de los sujetos pasivos del mandato; el gobernante humano tiene frente a sí, un límite derivado de una cualidad esencial de los gobernados: la racionalidad¹⁷.

Esta cualidad implica que el ciudadano es capaz de deliberar entre varias opciones posibles y elegir la mejor conforme a una finalidad: su propio desarrollo personal. El Estado, en consecuencia, tendrá frente a sí la tarea de garantizar “un conjunto de condiciones que capacita a los miembros de una comunidad para alcanzar por sí mismos objetivos razonables”¹⁸.

El modelo de Estado republicano se halla conectado con la garantía de elección de una serie de bienes humanos fundamentales. La idea de

¹⁶ Cf. FULLER, Lon, *La moral del derecho*, trad. de F. Navarro, Trillas, México D.F., 1967 [1964], p. 43 y stes.

¹⁷ GEORGE, Robert P., “Reason, freedom and the Rule of Law: their significance in western thought”, *Regent University Law Review*, vol. 15, 2002, p. 192

¹⁸ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, C. Orrego (trad.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000 [1980] p. 184.

dominación que repele el concepto de libertad, se hace presente cuando el ciudadano no puede elegir entre opciones posibles porque esa opción viene dada desde fuera del sujeto. De este modo, hablar de ciudadanos racionales implica hablar también de ciudadanos libres.

El accionar estatal puede verse limitado en al menos dos direcciones: *qué* decisiones se toman, y *cómo* se toman esas decisiones. Ambas se relacionan con el carácter racional y libre de los gobernados y con el conjunto de condiciones que deben ser resguardadas por el Estado.

Respecto al contenido de la decisiones que se toman (o qué decisiones se adoptan), éstas no podrían desconocer el carácter fundamental de ciertos bienes humanos básicos. Sin éstos, no podría darse la deliberación propia de un ciudadano libre. Por otro lado, el procedimiento de toma de las decisiones (o cómo se adoptan) asegura la inteligibilidad de las normas legales emanadas del Estado, a fin de que el ciudadano pueda planificar su vida. En la órbita de esta última dirección se hallan las exigencias del Estado de Derecho.

Aunque se trate de un ideal formal, un alto grado de adhesión a las exigencias del *Rule of Law* presenta efectos positivos en lo referente a la protección de la dignidad de los ciudadanos. Es que “adherir al imperio del derecho siempre tiende a reducir la eficiencia para el mal de un gobierno malo, pues limita sistemáticamente la libertad de maniobra del gobierno. La idea del imperio del derecho se basa en la opinión de que una cierta clase de interacción entre gobernante y gobernado, que implique reciprocidad y justicia procesal, es muy valiosa por sí misma; no es simplemente un medio para otros fines sociales, y no puede ser sacrificada a la ligera por esos otros fines”¹⁹.

De este modo, se observa cuán importante es el seguimiento de los principios del Estado de Derecho: se trata de un modo de respetar al ciudadano en su carácter de agente racional y libre. Esto es así, porque la condición de agente racional y libre, supone como contrapartida la disponibilidad de una serie de bienes humanos básicos para que el agente pueda deliberar respecto de ellos y elegir el mejor conforme a sus preferencias.

Pero además de la disponibilidad de ciertos bienes humanos básicos, el Estado de Derecho tiende a reducir las posibilidades de dominación y de interferencias ilícitas en la vida de los ciudadanos. Se trata de una

¹⁹ FINNIS, John, op. cit., p. 302.

constricción que impide que el poder pueda usarse antojadizamente y que necesariamente las decisiones que se adopten deban pasar por el tamiz de la legalidad.

Así, en principio, las decisiones que adopte quien detente el poder político deberán ajustarse a las prescripciones generales de la ley. Para esta perspectiva la reducción de las posibilidades de decisión particularista es también la reducción de posibilidades de dominación y arbitrariedad²⁰. Las condiciones formales descritas anteriormente gozan de una presunción de imparcialidad y apego al interés público.

ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA: TENSIONES Y ARMONÍA

Las ideas de Estado de Derecho y de democracia se hallan vinculadas por la noción de libertad como no dominación. Ambas exigencias se erigen en mecanismos que tienden a evitar interferencias injustificadas en la libertad de las personas mediante la manipulación de las instituciones públicas. Podría afirmarse que cada una de dichas exigencias se da en diferentes instancias: la democracia legitima el origen del poder, asegura el control y la participación del ciudadano en la toma de decisiones. El Estado de Derecho implica una serie de condiciones formales en el modo en que se toman y aplican decisiones de gobierno.

Ahora bien, de la clásica sentencia que identifica al Estado de Derecho como “gobierno de leyes, no de hombres”, pareciera derivarse cierta tensión entre ese ideal y el ideal democrático. En efecto, más allá de lo que precisamente signifique esa sentencia, ciertamente podría hablarse de una tensión en este sentido: si se valora la idea de autogobierno, las decisiones tomadas por la mayoría de los miembros de la comunidad que han contado con la participación y el debate de los afectados, serían valiosas por sí mismas. Sin embargo, hablar luego de la necesidad de colocar una serie de limitaciones formales para evitar el uso arbitrario de las leyes –modo en que se vehiculizan las decisiones–, pareciera revelar cierta desconfianza en la misma idea de autogobierno.

Las posiciones opuestas al respecto han sido asociadas al liberalismo, por un lado, y al populismo, por el otro. La primera, enfatiza la necesidad

²⁰ Cfr. PETTIT, Philip, *op. cit.*, p. 50.

de la limitación legal de las decisiones mayoritarias. La segunda, promueve la primacía de la regla mayoritaria. Así, se ha asociado la idea de gobierno mayoritario con las ideas de arbitrariedad o dictadura de las pasiones²¹. Asimismo, se ha señalado la posibilidad de encontrar puntos de contacto entre ambas posiciones que tienen en cuenta las críticas y aportes de cada una de ellas²².

Una de las razones para conectar la idea de mayoritarismo con la de arbitrariedad está relacionada con la oposición que algunos defensores de la regla de mayoría han presentado respecto al sistema de frenos y contrapesos. Sin embargo, los ejemplos históricos de esa oposición no necesariamente implican una defensa del ejercicio del poder arbitrario. Más bien esas oposiciones se han fundado en la necesidad de tomar la idea de autogobierno en serio. Así, la oposición no necesariamente se ha dirigido al control en sí mismo, sino a la idea de cualquier control revelador de una desconfianza a veces injustificada en el sistema de mayoría²³.

Otro modo en que se expresa la tensión señalada tiene que ver con la cuestión del control de los funcionarios públicos. Así, aquellas posiciones que menos confianza tienen en las decisiones mayoritarias, sostendrían la idea de controles externos fuertes que rodeen a los funcionarios con

²¹ La noción de Estado de Derecho, hunde sus raíces en la Filosofía clásica. Así, el propio Aristóteles señalaba la tensión entre el gobierno de la ley o de las pasiones: “Así, pues, el que defiende el gobierno de la ley parece defender el gobierno exclusivo de la divinidad y la inteligencia; en cambio, el que defiende el gobierno de un hombre añade también un elemento animal; pues tal es el impulso afectivo; y la pasión pervierte a los gobernantes y a los hombres mejores. La ley es, por tanto, razón sin apetito”, ARISTÓTELES, *Política*, libro III, 1287a.

²² Cfr. GARGARELLA, Roberto, “The Majoritarian Reading of the Rule of Law”, en MARAVALL, José M. – PRZEWORSKI, Adam (eds.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, 2003, p. 152.

²³ *Ibid.*, p. 154 y stes. El autor, hace referencia a la desconfianza de ciertos actores clave en los procesos de formación constitucional de muchos países americanos. Tal, por ejemplo, el caso de James Madison en Estados Unidos: “No hay máxima, en mi opinión, que esté más expuesta a ser aplicada incorrectamente, y que por lo tanto más necesite elucidación que la corriente consistente en que el interés de la mayoría es el estándar político de lo correcto e incorrecto. Sería el interés de la mayoría en cada comunidad expropiar y esclavizar a las minorías de individuos; y, en una comunidad federal, hacer un sacrificio similar de la minoría de los Estados que la componen”, MADISON, James, “Carta a James Monroe, 5 de octubre de 1786”, *The Papers of James Madison*. Ed. R. Rutland y W. Rachal, University of Chicago Press, Chicago, 1975, vol. 9, pp. 140-2.

legitimidad democrática. Sin embargo, aun cuando ésta es una posibilidad aceptable, previamente hay una opción más deferente a la regla de mayorías: la posibilidad de control interno, como el rol que juegan las minorías parlamentarias²⁴. La combinación de ambas alternativas llevaría a la cuestión más cerca del punto medio de los polos en tensión.

Desde otro punto de vista –aunque con ciertas coincidencias con las tensiones precedentes– se han señalado otros puntos problemáticos en la relación entre Estado de Derecho, democracia y libertad. Uno de esos puntos tiene que ver con cierta “afinidad” entre la idea de Estado de Derecho y cierto modelo económico. En efecto, uno de los efectos de la observancia de las exigencias del *Rule of Law* es la existencia de un marco de previsibilidad tanto en el contexto de decisiones personales como colectivas.

Por esa razón, en muchas ocasiones se ha identificado la noción de Estado de Derecho con la de “seguridad jurídica”. Así, se ha dicho que “[c]on el principio de legalidad se procura afianzar el sentimiento de seguridad; el hombre moderno necesita sentirse seguro, saber de antemano qué es lo que debe hacer, qué es lo que tiene que obedecer, qué es lo que le pueden mandar que haga u omita. Con la certeza de que la voluntad individual de los gobernantes no podrá darle órdenes o imponerle obligaciones que no dimanen de la ley, se siente ya liberado de las sugerencias de la duda, de la desconfianza, de la intranquilidad”²⁵.

Dadas aquellas condiciones, las ventajas del Estado de Derecho traducidas al esquema económico constituirían un ambiente propicio para el desarrollo de una economía de mercado. En este sentido se ha afirmado que “libertad bajo la ley, implica libertad económica”²⁶. Así, libertad política sería inseparable de libertad económica.

Dada esta relación de afinidad entre Estado de Derecho y mercado, un frente de crítica ha sido el de los derechos económicos, sociales y

²⁴ Ibid., p. 157 y stes.

²⁵ BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho constitucional, realidad, normatividad y justicia*, Buenos Aires, Ediar, 1966, p. 111, citado en BIANCHI, Alberto, *Dinámica del Estado de Derecho. La seguridad jurídica ante las emergencias*, Buenos Aires, Ábaco, 1996, p. 93.

²⁶ HAYEK, Friedrich, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*. Routledge, Londres, 1978, p. 132.

culturales. La fuerza de esta crítica está dada por el rol que la consideración de los derechos tiene en los sistemas políticos contemporáneos. Así, se ha señalado que los derechos “configuran los límites exteriores de la competencia legal de las instituciones políticas” y que ayudan “a definir lo que está bien o mal que el gobierno haga”²⁷. Asimismo, se ha asociado el amplio goce de derechos, con una idea robusta de democracia²⁸.

En este sentido, se ha señalado que “[l]a combinación del *rule of law* liberal y de una economía de consumo habrían significado la construcción de sociedades postpolíticas, las cuales han abandonado el componente político para reemplazarlo por un mecanismo procedimental que sólo otorga legitimidad a una elite política y económica”²⁹. Se trata de un frente de crítica conformado por los teóricos políticos del llamado populismo. Así, la traducción de estos elementos teóricos a las prácticas políticas, condujo a la consideración de las restricciones del Estado de Derecho, como límites impuestos por un modelo económico de mercado, de marcado carácter negativo.

En consecuencia, ciertos líderes políticos han empleado las categorías de “democracia” y “derechos” como vehículos para llevar a cabo objetivos partidarios sin sujeciones. Así, por ejemplo, ha sido común que este tipo de democracias asuma la forma del tipo llamado “delegativo”. El fenómeno se ha caracterizado a partir de la premisa de “quien sea que gane una elección presidencial tendrá el derecho a gobernar como él (o ella) considere

²⁷ ATRIA, Fernando, “Legalismo, derechos y política”, en SABA, Roberto (ed.), *Los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 108.

²⁸ En este sentido se ha dicho: “El valor epistémico de una democracia requiere que se cumpla con ciertos prerequisites sin los cuales no existiría una razón para diferenciar los resultados de la democracia. (...) Estos derechos, prerequisites para el apropiado funcionamiento del proceso democrático, pueden ser considerados ‘derechos a priori’. El respeto por estos derechos a priori promueve y provee el valor epistémico de la democracia. A la inversa, si estos derechos no fueran respetados, por ejemplo, por las decisiones democráticas, una persona guiada por el razonamiento práctico no tiene ninguna razón para esperar el resultado del proceso”, NINO, Carlos S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press New Haven, 1996, p. 192.

²⁹ BUSTAMANTE KUSCHEL, Gonzalo, “Racionalidad populista versus democracia representativa”, *Revista Cultura Económica*, Año XXX, n° 83, 2012 p. 22.

apropiado, restringido sólo por la dura realidad de las relaciones de poder existentes y por un período en funciones limitado constitucionalmente³⁰.

En lo que respecta a la tensión central entre derechos y *Rule of Law* se han señalado al menos, dos puntos problemáticos. Por un lado, los derechos serían objeto de una suerte de subestimación. Esto, porque la idea de seguridad jurídica traería aparejado un énfasis sólo respecto de los derechos de propiedad y de libertad de contratar. Esta mayor consideración se daría en detrimento de restantes derechos fundamentales, tales como los derechos sociales³¹.

Por otra parte, se ha sostenido que algunas de las exigencias del *Rule of Law* (identificadas con seguridad jurídica) traerían como consecuencia una limitación de la intervención estatal en la economía. Esto sería problemático para la protección de derechos sociales, por cuanto es sabido que dicha clases de derechos precisa de una intervención activa del Estado, lo que incluye el campo económico³².

Más allá de las tensiones señaladas, hay un núcleo común cuya consideración puede arrojar luz sobre la problemática. Estado de Derecho y democracia como exigencias normativas, contienen en sí mismas la idea de libertad como no dominación, como se señaló previamente. Se trata de diversas maneras de asegurar que ningún ciudadano quede a merced de otro. Esta idea, sirve como criterio armonizador de presuntos conflictos: ninguna de las exigencias debe ser procurada sobre la otra, sino que ambas deben ser optimizadas en la mayor medida posible.

En otras palabras, ambas exigencias tienden a resguardar aspectos diversos y complementarios del desarrollo institucional. Así, resulta dificultoso concebir un Estado que tome en serio la idea de autogobierno mediante mecanismos de elección popular y que a la vez, menosprecie la inteligibilidad de las normas legales y la posibilidad de planificar la propia vida que aseguran los principios del Estado de Derecho.

³⁰ O'DONELL, Guillermo, "Democracia Delegativa", *Journal of Democracy en español*, vol. 1, julio 2009, p. 12.

³¹ Cfr. ETCHICHURY, Horacio J., "La 'seguridad jurídica' como restricción a los derechos sociales", en *Anuario XIV (2012)* - Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales - U.N.C., Córdoba, La Ley, 2014, pp. 66-67.

³² Cfr. *Ibid.*, p. 73.

Por otro lado, si bien las reglas formales del Estado de Derecho no dicen nada acerca de cómo se legitima el poder, hay razones que sugieren su afinidad con la idea de democracia. Una de ellas tiene que ver con la manipulación de las instituciones públicas que el seguimiento del Estado de Derecho evita. Esa preservación no sólo se proyecta en la autonomía del ciudadano individualmente considerado, sino también al conjunto de los ciudadanos. Ello implica que no sólo las decisiones personales y libres son valiosas, sino también las decisiones que la comunidad adopta como cuerpo colectivo.

Ciertamente, tomar en serio la preservación de la cosa pública a través del Estado de Derecho, no parece compatible con un ejercicio de las instituciones públicas completamente desvinculado en su origen o en su ejercicio con las decisiones acerca de cómo vivir en sociedad que la comunidad adopta. Así, no parece lógico rechazar la dominación en un aspecto de la vida del ciudadano y admitirlo en otro. Máxime cuando la idea de democracia deliberativa tiene a asegurar que cada ciudadano toma parte en asuntos que le concierne.

Ello, implica –por supuesto– la aceptación de la justificación y la necesidad de ambos ideales. Ese compromiso hará posible que la deferencia hacia los derechos fundamentales y la democracia se encaucen a través de límites formales que guardan un alto contenido sustancial: evitar la dominación. Y viceversa, tomarse al Estado de Derecho en serio implicará no coartar la disponibilidad de opciones a elegir por la libertad, sino por el contrario, garantizar derechos fundamentales como precondiciones de una democracia real. Todo ello, nuevamente, como un modo de lograr que la libertad sea resguardada, que unos ciudadanos sean dominados por otros.

CONCLUSIÓN

Una posible consideración de la democracia es la idea de democracia republicana. Ésta se basa en la premisa central del republicanismo que consiste en la idea de libertad como no dominación. Éste ideal exige que ningún ciudadano esté a merced de la voluntad de otros en su desarrollo personal y en la planificación de su futuro. Ello no excluye sin embargo, la intervención del Estado. Ésta se ve justificada cuando hay un interés público que asegure que unos agentes no queden en peor situación que otros.

De la idea de no dominación en el plano personal, se sigue la idea de autogobierno en el plano colectivo. Son los propios miembros de la comunidad política los que toman las decisiones acerca de ese destino compartido. En este ámbito, las nociones de igualdad política, democracia deliberativa y virtud cívica, juegan un papel fundamental y complementario de la libertad como no dominación.

Por otro lado, la idea de Estado de Derecho puede justificarse también desde la noción de libertad como no dominación. En efecto, se trata de limitar que la herramienta legal sea usada para intereses partidarios o sectoriales. Más bien, el Estado de Derecho a través de sus requisitos formales tiende a reducir la arbitrariedad de un gobierno que no es deferente hacia intereses públicos.

Así, la idea del Estado de Derecho considera la racionalidad de la persona y su dignidad, como agente capaz de planificar y diseñar su futuro. En particular, evita que el derecho lesione la dignidad generando falsas expectativas y asegurando la posibilidad del propio diseño del plan de vida. En otras palabras, tiene la capacidad de asegurar la libertad como no dominación evitando que la legalidad se emplee como método de intervención ilícita en los planes de vida.

Finalmente, una posible tensión entre ambos ideales señala cierta desconfianza en la idea de autogobierno. Sin embargo, esa aparente desconfianza en el control, no necesariamente implica una aceptación de la arbitrariedad en el gobierno. Ambas exigencias son necesarias para la vigencia de la libertad como no dominación. Para ello es preciso mantenerse en un justo lugar que tome en serio la regla de la mayoría y que a su vez cuide de las restricciones formales que eviten la manipulación de las leyes como instrumento de gobierno.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., *Anuario XIV (2012)*, - Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales – U.N.C., Córdoba, La Ley, 2014
- AA. VV., *Republicanismo y Democracia*, Miño y Dávila, Bs. As., 2004.
- BIANCHI, Alberto, *Dinámica del Estado de Derecho. La seguridad jurídica ante las emergencias*, Buenos Aires, Ábaco, 1996.

- BUSTAMANTE KUSCHEL, Gonzalo, "Racionalidad populista versus democracia representativa", *Revista Cultura Económica*, Año XXX, n° 83, 2012 p. 20-35.
- ELSTER, John, *La democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2001.
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, C. Orrego (trad.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000 [1980].
- FULLER, Lon, *La moral del derecho*, trad. de F. Navarro, Trillas, México D.F., 1967 [1964].
- GEORGE, Robert P., "Reason, freedom and the Rule of Law: their significance in western thought", *Regent University Law Review*, vol. 15, 2002, p. 188-194.
- HAYEK, Friedrich, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*. Routledge, Londres, 1978.
- MARAVALL, José M. – PRZEWORSKI, Adam (eds.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, 2003.
- MARTÍ, José L. – PETTIT, Philip, *A political philosophy in public life. Civic Republicanism in Zapatero's Spain*, Princeton U.P., Nueva Jersey, 2010.
- NINO, Carlos S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press New Haven, 1996.
- O'DONELL, Guillermo, "Democracia Delegativa", *Journal of Democracy en español*, vol. 1, julio 2009, p. 7-22.
- SABA, Roberto (ed.), *Los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- SUNSTEIN, Cass, *The partial Constitution*, Harvard UP, Cambridge, 1993.
- ZAMBRANO, María del Pilar, *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político*, Ábaco, Bs. As., 2005.

¿DEBE EL ESTADO FINANCIAR FÚTBOL PARA TODOS?¹

Guillermo Francisco Robles²

Resumen: El artículo presenta el conflicto político respecto de si el Estado debe o no financiar la televisación gratuita del fútbol en la República Argentina. Posicionado desde el liberalismo político se intenta reconstruir la polémica y las dos posturas antagónicas, para finalmente dar una respuesta utilizando una teoría de la justicia.

Palabras clave: liberalismo político - fútbol - teoría de la justicia

1. INTRODUCCIÓN

La polémica respecto del programa estatal Fútbol para Todos (en adelante FPT) sigue vigente en la Argentina, luego que el gobierno de la Alianza Cambiemos decidiera no continuar financiando la televisación gratuita del fútbol. Sigue siendo (en la Argentina contemporánea) un interrogante normativo preguntarse si -y en qué medida- éste o cualquier otro gobierno se encuentra facultado para financiar un programa como el analizado, en un contexto de aguda escasez de recursos.

En este trabajo me propongo en primer lugar establecer una pequeña síntesis (muy simplificada) respecto de los hechos que motivan la discusión. En segundo lugar intentaré establecer una base para resolver la controversia, de una manera que definiré como *públicamente aceptable*. De este modo intentaré dar una respuesta respecto a si el Estado debe, o no debe financiar la televisación gratuita del fútbol. Respecto a este último interrogante, entenderé que el Estado *debe* financiar FPT si exis-

¹ Artículo recibido 02/08/2017 – Aprobado para su publicación 03/11/2017.

² Abogado (UNC), Becario CIN (SECYT-UNC). guifranrob@gmail.com.

ten argumentos *públicamente aceptables* respecto a que es preferible un estado de cosas tal que FPT sea financiado por el Estado a otro estado de cosas en que no.

2. LOS HECHOS

FPT nace en 2009, durante el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner, y tiene su origen en un contrato asociativo³ celebrado entre la Asociación del Fútbol Argentina (en adelante AFA) y la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación. El fin del contrato es básicamente permitir que la población, a través de la televisión abierta, tenga acceso libre y gratuito a los encuentros de los torneos de fútbol organizados por AFA. Se estableció también que ese contrato duraría diez años 2009-2019 y se aseguró a la AFA un ingreso mínimo anual de \$600.000.000. La popularidad de FPT fue inmediata y AFA pidió revisar los contratos, elevándose el monto de ingreso mínimo a \$825.000.000 anuales⁴. En síntesis, desde que FPT comenzó y hasta el año 2012 (último momento del cual tenemos acceso a información pública) se afectaron fondos por \$2.967.556.300,12 (unos 197 millones de dólares).

Con el cambio de color político del gobierno nacional producto del triunfo electoral de Mauricio Macri y en medio de una situación económica muy complicada en la Argentina, se plantea la discusión respecto a si está justificado que el Estado “*gaste*” o bien, “*invierta*” (dependiendo el término de a quién se le pregunte) en la televisión gratuita de los partidos de fútbol.

Este problema, por supuesto continuaría (y seguramente se plantea en términos análogos) en sociedades donde no existen crisis económicas de la envergadura de las que existen en la Argentina. Pero este tópico se vuelve particularmente relevante en la situación argentina actual, en medio de aumentos generalizados de los servicios públicos, muy probable suba de edad jubilatoria, recortes al presupuesto de salud, educación y ayuda social, etcétera. Con este panorama político, se vuelve sumamente

³ Expedientes 4641/09 y 321701/10 Jefatura de Gabinetes de Ministros de la Nación.

⁴ Informe de Auditoría General de la Nación Resolución 105 Año 2015.

necesario interpelar las razones que podrían justificar las vías de acción en este tema para cualquier gobierno.

3. ESTRUCTURA DE LA POLÉMICA

En primer lugar, me posicionaré desde el liberalismo político⁵. El liberalismo político, tal como lo entiendo, es una corriente de la filosofía política que intenta dar cuenta respecto a tres interrogantes políticos fundamentales: ¿Qué debe hacer el Estado frente a una sociedad en la que existen múltiples creencias diferentes?⁶ ¿Cómo hacemos frente a la escasez de bienes primarios? ¿Qué nos debemos los unos a los otros como parte de una sociedad?

La forma de lograr la coexistencia política de personas que sostienen diversas creencias es para el liberalismo posible por medio de la distinción *entre lo público y lo privado*.

Respecto de la distinción entre lo público y lo privado, es un tema bastante controvertido, cuyo contenido vamos a estipular del siguiente modo. Cuando hablamos de lo *público* hacemos referencia a decisiones que –en algún sentido– afectan a lo *colectivo*, como por ejemplo cómo el Estado gasta o invierte el dinero público, el contenido de las leyes que se dictan, etcétera. Cuando hablamos de lo *privado* nos referimos a decisiones que –en principio– no afectan a nadie más que al *individuo* que decide obrar en ese sentido, como por ejemplo salir a correr, andar en bicicleta, o teñirme el pelo color verde.

Esto, que nos parece bastante emparejado con nuestras intuiciones, es relativamente moderno en términos históricos. Hoy afortunadamente nos parece relativamente normal (en las democracias occidentales al menos) que existan personas heterosexuales y homosexuales; de diversos credos religiosos o de ninguno; radicales, peronistas y socialistas (e incluso anarquistas); gente que piensa que el Estado debe invertir en FPT y gente que piensa que no, etcétera; todas y todos viviendo en una misma sociedad.

⁵ Liberalismo político no es liberalismo económico, existe entre dichas corrientes una mera homonimia. El liberalismo económico tiene más bien que ver con la corriente filosófico-política del libertarianismo.

⁶ RAWLS, (1980): xiii-xvii.

Dado que existen entre nosotros estas diferencias, es que a) algunas personas piensan que el Estado debe financiar FPT y b) algunas personas piensan que no. No existe un estado de cosas posible en el mundo tal que se satisfagan las expectativas del grupo a) y del grupo b) simultáneamente. Aunque no tengamos claro si el Estado debiera decidir por a) o por b), sabemos que tiene que decidir por alguna opción porque ambas son fácticamente excluyentes.

En este punto caemos en la cuenta que el Estado necesita un criterio para la toma de decisiones. El problema es el siguiente: una sociedad democrática está caracterizada no simplemente por la coexistencia de personas del grupo a) y del grupo b), sino por la *incompatibilidad* fáctica de que públicamente se haga tanto a) como b)⁷. Digo con esto que no hay un estado de cosas tal en el mundo de manera que *el Estado financie FPT y el Estado no financie FPT*.

Volvemos entonces a la idea liberal: es necesario distinguir entre lo público y lo privado, y nos atrevemos a adelantar que las razones privadas para pertenecer a los grupos a) o b) (es decir las que tiene cada individuo para pertenecer a cada grupo) no son ni debemos esperar que sean pasibles de resistir el mismo análisis que deben sortear las razones de decisión -por a) o por b)- que esperamos del Estado respecto de lo público.

Doy un ejemplo: puedo perfectamente decir que a) *el Estado debe pagarlo porque a mí me gusta el fútbol* o b) *el Estado no debe pagarlo porque a mí no me gusta el fútbol*. Esto es perfectamente posible desde la óptica privada, cualquiera de nosotros podría decirlo sin tener que justificar mucho más y sin generar ningún reproche.

Desde lo privado tenemos *distintas formas de ver el mundo* (distintos gustos, hábitos y preferencias). Es esperable que así sea y no tenemos más motivos que dar que el hecho de que *así somos*. En tanto y en cuanto no perjudiquemos a terceros, parece ser que tenemos razones para elegir entre cualquiera de las distintas formas de ver el mundo.

La pregunta que debemos hacernos es, en todo caso, si, partiendo de la base que a mí me gusta el fútbol ¿Eso constituye -por sí solo- una razón pública para que el Estado financie FPT? Y por supuesto, vale para preguntarnos lo contrario: puesto que a mí no me gusta el fútbol ¿Eso constituye -por sí solo- una razón pública para que el Estado *no* financie FPT?

⁷ RAWLS, (1980): xvi.

A estas *distintas preferencias* las llamaré –siguiendo a RAWLS⁸- *concepciones de “lo bueno”*. Es decir, en la esfera privada puedo sostener tanto a) o b) porque me parece *lo bueno*. En definitiva, cuando nos referimos a “lo bueno” nos referimos a lo que es *bueno para nosotros*, es decir, un criterio para la toma de decisiones en *lo privado*.

Siguiendo esta línea, podríamos imaginarnos a un ciudadano que dice *el fútbol lo tiene que pagar el Estado, porque a mí me gusta ver los partidos*. O bien, podemos imaginarnos otro ciudadano diciendo lo contrario. Nos parecería respetable su punto de vista, y aún más su decisión de pasar el domingo mirando el clásico, o haciendo otra cosa absolutamente diferente.

Ahora bien, supongamos ahora que el Presidente Macri dicta un decreto donde dice “*El Estado debe financiar FPT porque a mí me gusta el fútbol*”, o bien dicta uno que dice “*El Estado no debe financiar FPT porque a mí no me gusta el fútbol*”, es sencillo ver que tendremos un problema. Pensaremos que simplemente perdió la cordura o es un déspota sin remedio ¿Qué sucedió, que las razones que nos parecían correctas desde lo privado ya no nos convencen tanto, cuando es alguien que habla “*en nombre del Estado*” quien las utiliza?

Si ahora, el Presidente dicta un decreto donde dice “*El Estado no financiará FTP porque con ese dinero se realizarán obras para que los pueblos originarios tengan acceso al agua potable*”, quizás estemos o no estemos de acuerdo como individuos. Quizás como individuos no nos parece bien el decreto, supongamos porque vivimos en una ciudad, no conocemos a nadie a quien vaya a beneficiar la obra de agua potable, y simplemente nos parecía *bueno* poder ver los partidos de Primera División gratis.

Caemos en la cuenta que las razones privadas no necesariamente satisfacen el estándar que esperamos de las razones públicas. Parece que de las razones públicas esperásemos *algo más*⁹. La decisión privada respecto a una elección acerca de lo bueno no tiene mayores problemas, al menos en el tema que estamos tratando. Una persona puede perfectamente argumentar por a) o por b), y tal elección lucirá -en principio- como razonable.

Entiendo que esto está bastante emparejado con nuestras intuiciones, dado que *los seres humanos tenemos varias facultades y capacidades, cuya*

⁸ RAWLS, (2006): 406.

⁹ GARRETA LECLERCQ, (2012).

*totalidad es irrealizable por parte de una persona*¹⁰. Podemos invertir un domingo en descansar, por qué no mirar FPT, trabajar, o leer un libro; y en principio, no hay mayor problema respecto a cuál actividad elijamos.

Pero desde lo público, dado que ni a) ni b) son posibles *simultáneamente*, es esperable que *una u otra alternativa sea propuesta como la más razonable*. Digo que tales alternativas no son posibles *simultáneamente* porque vivimos en un contexto de escasez, donde existen necesidades básicas insatisfechas por parte de amplios segmentos de la población. Es decir, el dinero podría invertirse en FPT o en un plan de nutrición infantil –por ejemplo–, pero es lo uno, o es lo otro.

Es decir, aquellos que proponen a) o b), deben pensar que al menos es razonable para quienes proponen lo contrario, aceptar lo que en definitiva se termine decidiendo, *como ciudadanos libres e iguales y no como dominados o manipulados o bajo la presión causada por una posición política inferior*¹¹.

La solución que propone el liberalismo para que las decisiones públicas sean adecuadas, es el establecimiento de una idea de *justicia*. De esta forma *la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales*¹² y constituye el criterio de *corrección de las decisiones públicas*. Es decir, las decisiones públicas, para ser *correctas* deben adecuarse a una idea (públicamente aceptable) de lo que es la justicia. De esta manera, y para ser más claros, tomamos los términos “lo justo” y “lo correcto” como equivalentes.

Así, las diversas *elecciones* respecto de *lo bueno* son en principio privadas, de modo tal que puedo decidir si el libro, trabajar, si FPT o si tomar un paseo con mi perro. *Pero la situación es enteramente distinta en la justicia: aquí exigimos no sólo unos principios comunes, sino unos modos bastante similares de aplicarlos en los casos particulares, de modo que pueda definirse un ordenamiento final de pretensiones opuestas*¹³.

Creo que hasta aquí hemos dejado claro que “lo bueno” y “lo justo” (lo que sea que eso signifique) corresponden a *planos diferentes* o distintas

¹⁰ RAWLS, (2006): 406.

¹¹ RAWLS, (1999): 14.

¹² RAWLS, (2006):17.

¹³ RAWLS, (2006): 406.

dimensiones. También supongo que podríamos decir que *lo justo* tiene que ver con *lo público*, y *lo bueno* tiene que ver con *lo privado*.

Pero si bien se trata de planos diferentes, a lo largo de este texto hemos visto que estas dos dimensiones guardan entre sí algún tipo de relación. Los ejemplos que propusimos sirven para dar cuenta que el hecho que *me guste el fútbol* será una buena razón para que dedique mi domingo a mirar el clásico en mi televisor, pero no será una buena razón por sí sola para que el Estado deba invertir fondos públicos en financiarlo.

Los ejemplos que hemos analizado –que elegí intencionalmente por la forma simple en que muestran lo que pretendo probar- no deben hacernos creer que lo que es *bueno* necesariamente no es *justo*. La relación es bastante más sutil, pero no me interesa complejizar innecesariamente éste aspecto de la discusión. Basta con decir que reconocemos una prioridad de *lo que es justo* por sobre *lo que es bueno*.

Doy un ejemplo muy sencillo: si considero que es bueno (porque me divierte) arrojar piedras a la gente desde mi balcón, de ello no se deriva que *debe el Estado permitirme* hacerlo. Ahora bien, si considero que es bueno leer a Arthur Conan Doyle (porque me apasionan los policiales), quizás podemos decir sin esfuerzo que *debe el Estado permitirme* leerlo (sin que por ejemplo me detenga la policía); pero de ello quizás tampoco se deriva que tengo derecho a que el Estado me traiga a mi domicilio las obras completas del autor.

Creo que hasta aquí hemos tratado de manera más o menos pormenorizada la diferencia de planos entre lo que es *justo* y lo que es *bueno*. Resumiendo lo dicho hasta aquí, creemos que lo justo tiene que ver con el estándar de justificación de las decisiones públicas y que lo *bueno* con la justificación de las decisiones privadas.

No hemos dicho nada aun respecto a *qué hace que las decisiones públicas sean justas*. Simplemente hemos intentado emparejar nuestras intuiciones a ejemplos más o menos evidentes. En lo que sigue vamos a ir respondiendo si *el Estado debe o no financiar* FPT.

Dijimos que para la adopción de decisiones *públicas*, éstas deben tomarse conforme un criterio de *justicia*. Este criterio de justicia estará gobernado por *principios* que deberán verificarse en el caso concreto, *habrán de gobernar la asignación de derechos y deberes en* [las] *instituciones y*

que habrán de determinar la correcta distribución de los beneficios y las cargas de la vida social¹⁴.

Tomaré de RAWLS los dos principios de su *teoría de la justicia*¹⁵ de manera tal que intentaremos aplicarlos a la decisión pública por a) o por b) para responder de esta forma si *el Estado debe o no financiar FPT*.

Según el *primer principio cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás*¹⁶.

Tanto la decisión pública por a), como por b) superan este test del primer principio. En el caso de la financiación pública de FPT no está en absoluto afectado el esquema de libertades básicas (política, de expresión, detención arbitraria, etc.). Distinto sería el caso de un gobierno que por ejemplo *obligara* a ver FPT, o que lo *prohibiera*, que claramente no superarían el umbral de este primer principio. En conclusión, pareciera ser que hasta aquí, el financiamiento público de FPT se adapta a estándares de justicia.

Según el *segundo principio*, también conocido como *de la diferencia: las desigualdades sociales y económicas habrán de establecerse de tal modo que sean tanto a) para el mayor beneficio de los menos aventajados, como b) ligadas con cargos y posiciones asequibles a todos en condiciones de justa igualdad de oportunidades*¹⁷.

En este punto hay bastante que decir. En primer lugar *¿Podemos decir que el financiamiento público de FPT constituye una desigualdad económica de un grupo en desmedro de otro?* Si decimos que no, no hay mucho más que decir y debemos concluir en que es políticamente correcto (justo) el financiamiento público de FPT y fin de la discusión. Pero parece ser que sí constituye una desigualdad económica, toda vez que el Estado tiene un presupuesto *limitado* para hacer frente a necesidades *ilimitadas*.

Quiénes creemos que en política, pese a que podamos discrepar, siempre existe una *respuesta correcta*¹⁸, tenemos deber de argumentar

¹⁴ RAWLS, (2006): 62.

¹⁵ RAWLS, (2006): 67-68.

¹⁶ RAWLS, (2006): 67.

¹⁷ RAWLS, (2006): 88.

¹⁸ ATIENZA, (2009): 13-26.

una justificación (la mejor posible) que *pueda ser públicamente aceptada* por una comunidad que no necesariamente comparte los mismos valores entre sí (o en otros términos, tiene distintas concepciones de *lo bueno*).

Insisto, dado que dijimos al principio que a) y b) son fácticamente excluyentes, el requisito que debemos sortear es que se trate del *mejor argumento posible*.

Por esta razón es que cuando al principio de este trabajo hicimos una síntesis de los hechos, fuimos cuidadosos en decir que desde el año 2009 hasta 2012 se gastaron en FPT unos 197 millones de dólares (no tenemos datos del lapso 2012-2016 pero nos imaginamos que se trata de montos inclusive mucho mayores). Si la inversión hubiera sido mínima (supongamos de \$10) quizás el tema hubiera guardado algún interés desde lo teórico, pero sería casi irrelevante para cualquier trabajo que pretenda dotar a lo público de razones políticas para decidir por a) o por b).

Con esto quiero decir que 197 millones de dólares es una cifra relevante como para que podamos hablar de una desigualdad económica de un grupo en desmedro de otro. Digo esto porque esos 197 millones de dólares que se invirtieron de ese modo, podrían ser invertidos de otro.

En definitiva, el problema central que estamos discutiendo es (en términos de justicia) si un Estado con recursos limitados, en contextos de crisis o ajuste, debe o no financiar con dineros públicos una actividad que responde a “gustos privados”. En otras palabras, a la sociedad argentina le influye si a) o si b).

Ahora bien, aceptando que estamos ante una desigualdad económica, en el sentido que invertimos en FPT y ese costo de oportunidad implica que no podamos disponer de ese dinero para invertir en otra cosa, debemos preguntarnos respecto de esa desigualdad: *¿está constituida en favor de los más desaventajados?*

Aquí la respuesta no es tan clara. Se podría decir que el fútbol es un deporte sumamente popular, y ello permite dotar de una fuente de esparcimiento a quienes la más de las veces no pueden pagar por servicios de televisión por cable. Y esto es muy cierto. Pero ¿hay algo más que pueda decirse? ¿De qué hablamos cuando decimos *en favor de los más desaventajados?*

De lo que hemos estado hablando cuando decimos que a) y b) son fácticamente excluyentes es respecto de dos esquemas *distintos* de asignación de recursos públicos. Estamos hablando de destinar 197 millones

de dólares a la televisación gratuita del fútbol o destinarlos a otra cosa. Éste es el núcleo de toda la discusión, a mi entender. Y en este marco, creo que podríamos reformular la opción b), es decir: podemos decir que el Estado haga a), o podemos decir que el estado haga no-a), i.e. b), pero lo que hemos predicado respecto de b) hasta aquí está incompleto.

Podemos decir que el Estado no debe financiar FPT (opción que hemos caracterizado como b)), pero no hemos dicho que debiera hacer el Estado con ese dinero, y aquí caben varias opciones, de manera *meramente* ejemplificativa:

b1) Plan de agua corriente en todo el país (pensemos por ejemplo la inaccesibilidad al agua potable de los pueblos originarios).

b2) Plan de vivienda para quienes se encuentran en situación de emergencia habitacional.

b3) Plan de salud pública.

b4) Cobrar menos impuestos en virtud de la disminución del gasto público.

Imaginemos un estado de cosas tal que b1), b2) y b3) no fueran realmente necesarios en virtud de la excelente prestación pública. La decisión sería entonces entre a) y b4). En ese caso sí creo que a) sería una respuesta adecuada al criterio de justicia que hemos establecido. Si en el mismo caso a) significara por ejemplo, financiación pública para televisar (por caso) el polo o el golf, quizás b4) sería la *respuesta correcta*.

Pero ninguno de estos ejemplos son parecidos al menos a la Argentina contemporánea. En el país que nos ocupa tanto b1), como b2) o b3) son desigualdades económicas que se establecerían en favor de los más desaventajados. Cuestión aparte es la discusión por cuál de ellas en particular sería la *más correcta*, pero podemos decir que *prima facie* cualquiera de ellas corresponde a un estado de cosas mejor que a).

En una Argentina donde existen alarmantes cifras de indigencia¹⁹ ²⁰, donde los pueblos originarios no tienen siquiera acceso al agua potable,

¹⁹ *Informe Económico Especial – Pobreza e indigencia en Argentina (2003-2014)* Centro de Estudios Económicos y Sociales Scalabrini Ortiz. Disponible en <http://www.ceso.com.ar/informe-economico-especial-pobreza-e-indigencia-argentina-2003-14-abril-2015>

²⁰ *Agenda por la infancia y la adolescencia 2016-2020*, UNICEF. Disponible en http://www.unicef.org/argentina/spanish/COM_agenda2016-2020.pdf

donde la salud pública se encuentra francamente colapsada, parece un poco cínico pretender que el financiamiento público de la televisación del fútbol sea una desigualdad económica *en favor de los más desaventajados*.

Dado que la opción a) no supera el test propuesto respecto de las condiciones que debe reunir una decisión pública correcta, debemos concluir que dado el estado de cosas en la Argentina actual, *no puede decirse que el Estado deba financiar Fútbol Para Todos*.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ATIENZA, Manuel (2009) <<*Sobre la única respuesta correcta*>>; en Dialnet Universidad de Alicante. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3192066.pdf>
- GARRETA LECLERCQ, Mariano (2012) <<*Liberalismo político y reciprocidad*>>; en Isegoría Revista de Filosofía Moral y Política N°46. Disponible en <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/784/783>
- HOLTUG, Nils (2002) <<*Harm principle*>>; en Ethical Theory and Moral Practice 5, Netherlands: KAP.
- LOCKE, John (2008) *Carta sobre la tolerancia*, Madrid: Tecnos.
- RAWLS, John (1980) *Political liberalism*, New York: Columbia University Press.
- _____ (1999) *The Law of Peoples*, Cambridge: Harvard University Press.
- _____ (2006) *Teoría de la justicia*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

EL REMEDIO PARLAMENTARIO AL FALLO DE LA CORTE¹

*Valentina Huais² - Florencia Rodriguez Nasuti³
Hugo Omar Seleme⁴*

Resumen: Tras la Sentencia dictada en el caso “Muiña” se extendió la idea de que la Corte Suprema había actuado de forma correcta al conceder el beneficio del cómputo de “2x1” a un condenado por delitos de lesa humanidad. Esta afirmación descansa en la creencia de que la consecuencia reprochable del fallo no se debió a un error de la Corte sino a una laguna del sistema normativo, la que fue subsanada por la ley N° 27362 dictada por el Congreso días después. El objetivo de este trabajo es mostrar que, contrariamente a esta opinión, el fallo no fue el resultado de un vacío legal sino de una interpretación incorrecta de las normas por parte de la Corte. Por tanto, la ley dictada por el Congreso no tuvo como objetivo suplir una laguna sino corregir este error mediante una interpretación auténtica del material normativo. Asimismo, se intenta mostrar que la interpretación restaurada por el Congreso es la correcta por ser la que mejor se adecua a nuestra historia institucional en materia de persecución y condena de delitos de lesa humanidad.

Palabras claves: Cómputo de la pena - Delitos de lesa humanidad - Laguna normativa - Interpretación auténtica

¹ Artículo recibido 15/06/2017 – Aprobado para su publicación 10/10/2017.

² Abogada. Maestranda en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC). Becaria doctoral CONICET. Docente adscripta de las Cátedras de Ética y Derecho Privado VI de la Facultad de Derecho (UNC).

³ Abogada. Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Maestranda en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC). Becaria doctoral de CONICET. Docente adscripta de las Cátedras de Ética y Derecho Privado IV de la Facultad de Derecho (UNC).

⁴ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Investigador independiente de CONICET. Profesor titular de la Cátedra de Ética de la Facultad de Derecho (UNC). Profesor del Heidelberg Center for Latin America. Director de la Maestría en Derecho y Argumentación de la Facultad de Derecho (UNC).

I. INTRODUCCIÓN

Con motivo del fallo “Muiña” hemos presenciado una forma casi inédita de diálogo entre dos poderes del Estado: el legislativo y el judicial. La Corte ofreció una interpretación de las leyes del Parlamento según la cual correspondía conceder el beneficio del cómputo de “2x1” a un condenado por delitos de lesa humanidad, y el parlamento días después ofreció una interpretación auténtica que corregía la brindada por la Corte. Esta forma de diálogo, donde el Parlamento busca restaurar la interpretación de una norma debido a una interpretación errónea por parte de la Corte no ha sido usual en nuestro medio, aunque sí lo es en otros sistemas jurídicos.

En Estados Unidos, por caso, existen múltiples ejemplos. Uno de los más resonantes fue provocado por una interpretación errónea de la Corte Suprema estadounidense acerca de la libertad religiosa. Según la interpretación de la Corte, brindada en el caso *Employment Division v. Smith*⁵, la libertad religiosa podía ser restringida con la sola condición que se hiciese a través de leyes generales, aplicables a todos los ciudadanos por igual y no dirigidas a una comunidad religiosa en particular. Esta interpretación era contraria a la que establecían los propios precedentes de la Corte en la materia. Adicionalmente, el fallo provocaba una consecuencia que a todas luces parecía violatoria de la libertad religiosa: permitía que se le negase el fondo de desempleo a un nativo americano que había sido despedido de su trabajo por el consumo ritual de peyote, al que se lo enmarcaba como consumo de estupefacientes. Ante la interpretación incorrecta de la libertad religiosa por parte de la Corte, el Parlamento dictó una ley, la *Religious Freedom Restoration Act*⁶, en la que restauraba la interpretación correcta de dicha libertad fundamental. Específicamente, establecía que la libertad religiosa sólo podía ser limitada cuando existieran “intereses apremiantes” probados por el Estado y, por tanto, todas las leyes generales restrictivas de esta libertad deberían ser sometidas a un escrutinio estricto por parte de los jueces. De esta forma, la consecuencia escandalosa de la interpretación errónea de la Corte, se evitaba.

⁵ Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/494/872>. Consultado con fecha 19 de mayo de 2017.

⁶ Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/chapter-21B>. Consultado con fecha 19 de mayo de 2017.

Lo sucedido entre el fallo “Muiña” dictado por la Corte Suprema argentina y la Ley N° 27362 sancionada días después por el Congreso de la Nación tiene características semejantes. Frente a una interpretación del material normativo por parte de la Corte que tenía una consecuencia claramente ilegal – la reducción de la pena de un condenado por delitos de lesa humanidad – el Parlamento dictó una norma interpretativa que corregía el error de la Corte y restauraba la interpretación correcta de nuestro sistema normativo.

Sin embargo, tal vez por lo novedoso de este tipo de diálogo para nuestro entorno jurídico o quizás para disimular el error de la Corte, otra interpretación de lo sucedido ha cobrado fuerza. Según esta interpretación equivocada de los hechos, la Corte falló bien en el caso “Muiña”. Si la consecuencia del fallo era repugnante esto no se debía a un error de la Corte, sino a un déficit del sistema normativo que contenía una laguna o vacío. Prueba de que este era el problema, es que días después el Congreso se vio en la obligación de dictar una ley que subsanase el vacío legislativo que había obligado a la Corte a dictar su fallo repugnante.

El objetivo de este trabajo es, en primer lugar, mostrar que contrario a una opinión extendida, la Ley N° 27362 no viene a subsanar un vacío legal sino a corregir la interpretación errónea de las normas existentes que la Corte hizo en el fallo “Muiña”. En segundo lugar, y una vez establecida la interpretación restaurada por el Congreso, intenta mostrar que se trata de la interpretación correcta del material normativo por ser ésta la que mejor se adecua con nuestra historia institucional en materia de persecución y condena de delitos de lesa humanidad.

II. EL CARÁCTER INTERPRETATIVO DE LA LEY N° 27.362

Existen múltiples razones para sostener que lo que hizo el Congreso para corregir el fallo “Muiña” dictado por la Corte no fue introducir una nueva norma al sistema jurídico – subsanando un vacío legal que explicaba el carácter aberrante del fallo – sino ofrecer una interpretación de normas ya existentes. Específicamente, existen razones para sostener que el Congreso brindó una interpretación de una norma vigente en el pasado y ya derogada – la ley 24390 que estuvo en vigor entre los años 1994 y 2001, la cual establecía el beneficio del “dos por uno” – y la Ley N° 27156, actualmente vigente, según la cual bajo ningún concepto puede reducirse la pena de los condenados por delitos de lesa humanidad.

Las pruebas no son demasiado sofisticadas, de allí que resulte llamativo que se insista con la tesis de que la norma vino a llenar un vacío legal agudamente identificado por la Corte. La primera razón para sostener el carácter interpretativo de la ley no debe buscarse lejos. Basta con leer su texto que en el art. 3 señala que la ley: "...es la interpretación auténtica del art. 7 de la Ley N° 24390...". De modo que para el Congreso el problema no está en la ley 24390 que contiene una laguna axiológica – según lo interpreta la Corte – sino en la interpretación errónea que la Corte ha hecho del texto normativo.

La segunda razón para afirmar que se trata de una norma interpretativa, al igual que la anterior, tampoco requiere demasiado andamiaje teórico. La idea de que el Congreso ha modificado la Ley N° 24390 introduciéndole nuevas excepciones, pasa por alto un detalle: esta ley fue derogada en el año 2001 y desde entonces no pertenece más a nuestro sistema jurídico. Dado que no pertenece, es imposible reformarla o enmendarla. Dicho con una metáfora, si está muerta desde el año 2001 no puede ser curada o mejorada en el 2017. Interpretar que lo que ha hecho el Congreso es corregir un defecto de nuestro sistema jurídico, específicamente de la Ley N° 24390, no sólo es contrario al texto de la norma que acaba de dictar sino que es absurdo y contradictorio. No puede reformarse una norma derogada.

Lo que ha hecho el Congreso con la Ley N° 27.362 ha sido restaurar la interpretación correcta de las Leyes N° 24.390 y N° 27.156. Ha debido restaurar la interpretación de estas normas porque la misma había sido dañada por la interpretación que de ellas había ofrecido la Corte en el fallo "Muiña". Antes de presentar la interpretación que de estas normas dio el Congreso es preciso detenernos en la interpretación errónea ofrecida por la Corte en su fallo.

III. LA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE DE LA LEY N° 24.390

La Ley N° 24.390, tal como surge de su articulado, estaba destinada a regular los plazos y el cómputo de la prisión preventiva. Ello a fin de establecer un límite temporal al encarcelamiento preventivo del imputado, regular el cómputo de la prisión preventiva cuando, habiendo sentencia condenatoria, se hayan incumplido dicho límite y satisfacer la exigencia contenida en el art. 7, punto 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, referido al derecho que tiene toda persona detenida o

retenida de ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que el proceso continúe. Para hacer frente a estas exigencias, el art. 7 de la Ley N° 24.390 dispone que en caso de que el encarcelamiento preventivo se haya extendido por más de dos años sin condena firme, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión.

La cuestión que la Corte debió decidir en el caso de Muiña, es si correspondía aplicar la Ley N° 24.390, hoy derogada, al cómputo de la detención y de la pena que debía cumplir el imputado. Los elementos relevantes del caso eran los siguientes: i) La Ley N° 24.390 tuvo vigencia entre los años 1994 y 2001; ii) Muiña cometió el hecho por el que se lo imputa (1976) con anterioridad a la vigencia de la Ley N° 24.390; iii) Muiña fue procesado (2003), detenido preventivamente (2007) y condenado (2011) con posterioridad a la derogación de la Ley N° 24.390.

La pregunta que surge entonces es si lo relevante a fin de que la Ley N° 24.390 resulte aplicable al caso es:

- a) *la vigencia de esta norma en un periodo intermedio entre la comisión del hecho delictivo y su condena; o*
- b) *la vigencia de esta norma durante la materialización de la prisión preventiva.*

La decisión por uno u otro apartado determinará el *presupuesto fáctico* que debe cumplirse para que la ley resulte aplicable al caso: en el apartado a) será la comisión del *hecho delictivo* durante la vigencia de la norma, y en el apartado b), será el *hecho de estar detenido preventivamente* durante la vigencia de la norma.

La Corte optó por la opción a). El voto de la mayoría hizo hincapié en que la Ley N° 24.390 estuvo vigente en un tiempo intermedio entre la comisión del hecho delictivo y la sentencia condenatoria, y que la detención preventiva de Muiña superó el plazo de dos años mencionados en dicha ley, por lo cual el cómputo de la pena debía realizarse de acuerdo a su art. 7.

Según este voto, lo que torna aplicable el art. mencionado es que el *hecho delictivo* haya sido cometido durante su vigencia, con independencia de que Muiña *no haya estado detenido preventivamente* durante ese tiempo. A fin de fundar su tesis, señalaron en primer lugar, el principio de la ley penal más benigna consagrado en el art. 2 del Código Penal (C.P.) y en Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 15.1 del Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos); en segundo lugar, el carácter material de las reglas referidas al cómputo de la prisión preventiva, lo cual torna aplicable a dicha materia el principio antes referido; y en tercer lugar, que la primera fuente de interpretación de una norma debe ser su letra, y que cuando “no exige esfuerzo de comprensión”, debe aplicarse literalmente “con prescindencia de consideraciones ajenas al caso que aquella contempla”. Al relacionar estas tres cuestiones, concluyeron que tanto la lectura del art. 2 del C.P. como del art. 7 de la Ley N° 24.390 debe ser realizada ateniéndose a las palabras de la ley, lo cual impide realizar excepciones y distinciones valorativas que no se encuentren establecidas explícitamente en su texto. En relación al principio de la ley más benigna, ello implica adoptar la norma que regule de manera más favorable al imputado el cómputo de la prisión preventiva, sin excluir de su ámbito de aplicación delitos que no estén explícitamente exceptuados en su texto. Así, es que consideran que tal principio es aplicable a todos los delitos, inclusive los delitos permanentes (como lo es el de la causa) y que la Ley N° 24.390, es aplicable también a los delitos de lesa humanidad.

IV. LA INTERPRETACIÓN RESTAURADORA DEL CONGRESO DE LA NACIÓN

Como respuesta a la incorrecta interpretación que la Corte realizó del art. 7 de la Ley N° 24.390, es que el Congreso se vio obligado a sancionar, siete días después de dictado el fallo, la Ley interpretativa N° 27.362. La interpretación correcta que restaura la ley del Congreso, señala: a) Que la Ley N° 27.156 – que refiere al estatuto de Roma – excluye el beneficio del dos por uno a los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra; y b) Que el art. 7 de la Ley N° 24390 – que establece el beneficio del dos por uno – se aplica a quienes tuvieron en prisión preventiva desde su promulgación en el año 1994 hasta su derogación en el año 2001.

El primer punto lo fija el art. 1 que señala: “De conformidad con lo previsto en la ley 27.156, el art. 7° de la ley 24.390 — derogada por ley 25.430 — no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional.” El segundo punto lo fija el art. 2 que establece: “El cómputo de las penas establecido en su oportunidad por el art. 7° de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— será aplicable

solamente a aquellos casos en los que el condenado hubiere estado privado de su libertad en forma preventiva durante el período comprendido entre la entrada en vigencia y la derogación de aquella ley.” De este modo, el Congreso a diferencia de la Corte, considera que lo relevante a fin de que la Ley N° 24.390 resulte aplicable al caso es que se haya materializado la prisión preventiva durante su vigencia, que corresponde a la segunda opción detallada en el apartado anterior.

V. RAZONES A FAVOR DE LA INTERPRETACIÓN PARLAMENTARIA

La primera razón para sostener que la interpretación ofrecida por la Corte es incorrecta tiene que ver con los objetivos que perseguía la Ley N° 24.390. La norma en cuestión intentaba articular una política carcelaria que permitiese que el Estado argentino satisficiera las exigencias sobre detenciones sin condena que había fijado la Convención Americana de Derechos Humanos. La medida del dos por uno, en consecuencia, tenía dos finalidades: reducir la población carcelaria y limitar los plazos de duración de la prisión preventiva. Adicionalmente, otorgaba una especie de compensación a quienes en ese momento se encontraban en prisión preventiva y superaran el plazo de los dos años sin la obtención de condena firme. En definitiva, la ley tenía como propósito encontrar una solución para un problema concreto que estaba afectando a un grupo de individuos en particular en un momento determinado.

Con base en esta idea, se podría decir que cuando el art. 8 de Ley N° 24.390 establecía que las modificaciones previstas por la ley se aplicarían sólo a los casos comprendidos por ella, se estaba haciendo referencia sólo a quienes se encontraban privados de la libertad durante ese periodo. En consecuencia, contrariamente a lo resuelto por la Corte, el presupuesto fáctico relevante para la aplicación de la norma es el *hecho de la prisión preventiva* y no la comisión del *hecho delictivo*. Por lo tanto, Muiña no podría haberse visto beneficiado por el cómputo del dos por uno ya que durante todo el período en que la ley estuvo vigente se encontraba en libertad y fue detenido con posterioridad a su derogación.

La manera correcta de interpretar el art. 7 de la ley 24.390 era conocida a los ministros de la Corte. En efecto, los dos ministros que quedaron en minoría señalan que “(...) resulta claro que esta disposición estaba destinada a compensar a quienes, durante su vigencia, se encontraban

detenidos en prisión preventiva por un periodo superior a dos años (...) De este modo, el extremo relativo al momento en que se materializó la detención preventiva deviene en absolutamente relevante teniendo en cuenta que la inteligencia de las leyes debe practicarse atendiendo al contexto general y a los fines que la informan (...). Por tanto, "(...) no puede perderse de vista que en el sub examine la detención de preventiva de Muiña no se materializó durante la vigencia del art. 7 de la ley 24.390 sino, antes bien, varios años después de su derogación por parte de la ley 25.430 (...)". Esta interpretación minoritaria en el voto de la Corte es la que a través de la Ley N° 27.362 restauró el Congreso con el voto casi unánime de diputados y senadores.

La segunda razón para sostener que la interpretación de la Corte es incorrecta e inclinarse por la ofrecida por el Congreso se vincula con nuestra historia institucional. La interpretación ofrecida por la Corte no encaja con nuestra historia institucional y, por lo tanto, no presenta a la Ley N° 24.390 como parte de un sistema jurídico unitario que es fruto de una comunidad política que se extiende en el tiempo.

Para conocer la historia institucional en la que se inserta este fallo, es necesario repasar brevemente la estructura política existente, analizar el orden político y, en consecuencia, observar el camino institucional que la legislación y los precedentes jurisprudenciales ha demarcado.

Previo al retorno de la democracia, el Poder Ejecutivo de facto dictó la Ley N° 22.924, denominada "Ley de Pacificación Nacional". Mediante esta ley se extinguieron las acciones penales emergentes de los delitos cometidos con motivación o finalidad terrorista o subversiva desde mayo de 1973 a junio de 1982, como también aquellas acciones tendentes a prevenir, conjurar o poner fin a dichas actividades.

Con el retorno a la democracia, a días de haber asumido la presidencia, Ricardo Alfonsín dictó el Decreto N° 158 por el cual se dispuso procesar a las juntas militares. Por su parte, el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 23.040 que declaró insanablemente nula la Ley N° 22.924 y estableció que ella carecía "de todo efecto jurídico para el juzgamiento de las responsabilidades penal, civil, administrativa y militar emergentes de los hechos que ella pretende cubrir, siendo en particular inaplicable a ella el principio de la ley penal más benigna establecido en el art. 2° del Código Penal(...)".

Luego, en el año 1984 Argentina ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y en el año 1986, ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). En ambos Tratados, los Estados se comprometieron a hacer efectivos los derechos allí reconocidos con el propósito de asegurar la protección del individuo y consolidar las instituciones democráticas.

Con posterioridad, en un contexto de agitación política y a fin de mantener la paz social, se sancionaron las denominadas “Leyes del Perdón”: Ley N° 23.492 conocida como “Ley de Punto Final”, sancionada en diciembre de 1986 y Ley N° 23.521 conocida como “Ley de Obediencia Debida”, sancionada en junio de 1987. La primera ley, reguló la extinción de la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos previstos en el art. 10 de la Ley N° 23.049 (Código de Justicia Militar), en las condiciones allí previstas. Asimismo, dispuso la extinción de la acción penal en relación con la comisión de delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el mes de diciembre del año 1983. La segunda ley, estableció la presunción *iuris et de iure* según la cual quienes a la fecha de la comisión del hecho delictivo ocupaban cargos jerárquicamente inferiores dentro de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no eran punibles por los delitos contenidos en el art. 10.1 de la Ley N° 23.049, por haber obrado en virtud de obediencia debida.

En la misma línea, en los años 1989 y 1990, el Presidente Carlos Menem dictó una serie de decretos por medio de los cuales indultó a civiles y militares de diferentes rangos procesados y condenados por delitos cometidos durante la dictadura militar del año 1976. Los decretos, de acuerdo a lo dispuesto en sus considerandos, no significaban negar o fingir cínicamente que los hechos ocurridos durante la dictadura militar, sino intentar recuperar los lazos comunitarios rotos y lograr la pacificación y la unión nacional.

Luego, en la década de los 90, a partir de la reforma de la Constitución Nacional se reconoció jerarquía constitucional a la CADH, al PIDCP y a la Convención Interamericana de Desaparición Forzada de Personas (CIDFP), por la que se declara la imprescriptibilidad de este tipo de delitos. Además, Argentina ratificó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (CICG-CLH), en la cual los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas

legislativas o de otra índole que sean necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes de guerra y de lesa humanidad, y en caso de que exista, que sea abolida. Posteriormente, en el año 1998, la Ley N° 24.952 derogó las Leyes de Punto Final y de Obediencia Debida.

En el año 2001 Argentina ratificó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el cual creó la Corte Penal Internacional como institución permanente y complementaria de las jurisdicciones penales nacionales, con el propósito de asegurar que los responsables por la comisión de crímenes graves de trascendencia internacional sean juzgados y, de ser encontrados culpables, cumplan su condena de manera íntegra y efectiva. Luego se dictó la Ley N° 26.200 a fin de implementar las disposiciones del Estatuto de Roma y regular las relaciones de cooperación entre el Estado Argentino y la Corte Penal Internacional.

Para finalizar con este breve repaso histórico, corresponde agregar que en el año 2003 se otorgó jerarquía constitucional a la CIGCLH y la Ley N° 25.779 declaró insanablemente nulas las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida. En el año 2007 se sancionó la Ley N° 26.298 que aprueba la Convención Internacional para la Protección de las Personas contra las Desapariciones Forzadas de Personas. Por último en el 2015 se dictó la ley 27.156 que en su art. 1 establece: “Las penas o procesos penales sobre los delitos de genocidio, de lesa humanidad y crímenes de guerra contemplados en los arts. 6°, 7° y 8° del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, no pueden ser objeto de amnistía, indulto o conmutación de pena, bajo sanción de nulidad absoluta e insanable del acto que lo disponga.”.

En cuanto a los precedentes jurisprudenciales, tras el retorno de la democracia y previo a la reforma constitucional del año 1994, la Corte cuando tuvo oportunidad de pronunciarse, declaró constitucionales la Ley N° 23.040 - que había anulado la Ley N° 22.924 - y las Leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, puesto que consideró que estaba dentro de las atribuciones del Congreso dictar tales normas. Además, reafirmó que el objetivo de dichas leyes fue la reconciliación y la unificación de la sociedad mediante esos remedios excepcionales.

Años después, y luego de la reforma constitucional y de la jerarquía constitucional otorgada a ciertos Tratados Internacionales, en la primera

oportunidad de expedirse la Corte estableció la imprescriptibilidad de este tipo de delitos en función del derecho internacional público de origen consuetudinario (fallo “Arancibia”, del año 2004). En tal sentido, la Corte resolvió que son imprescriptibles los crímenes cometidos antes de que la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad fuera aprobada, puesto que la imprescriptibilidad ya era la regla por costumbre internacional. Por tanto, la Convención sólo vino a reconocer una norma de *ius cogens* que ya se encontraba vigente antes de su sanción.

En el fallo “Simón” del año 2005, la Corte declaró constitucional la Ley N° 25.779 e inconstitucionales las Leyes de Punto Final y de Obediencia Debida. En relación a éstas entendió que eran contrarias a las disposiciones de la CADH y al PIDCP y que teniendo en miras que dichos Tratados establecen la obligación positiva de los Estados de adoptar las medidas necesarias tendientes a hacer efectivos los derechos y libertades allí reconocidos, ello implica revisar la legislación vigente y adecuarla a los compromisos asumidos. Por lo tanto, en caso de que dicha legislación sea contraria al sistema de protección de derechos establecidos en dichos Tratados, ello haría incurrir al Estado en responsabilidad internacional. Además concluyó que tal obligación de protección y garantía de dichos derechos y libertades compete a los tres poderes del Estado.

En el fallo “Mazzeo” del año 2007, la Corte declaró inconstitucionales los indultos concedidos a procesados y condenados partícipes de cometer delitos de lesa humanidad, puesto que ello implicaría transgredir el deber internacional que tiene el Estado de investigar, sancionar y establecer responsabilidades adecuadas a la naturaleza de tales crímenes. Además, en consonancia con los dos fallos anteriormente citados, se hace hincapié en que la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional (art. 118) permite considerar que existe un sistema de protección de derechos que resulta obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones, a quienes vincula y que es conocido como *ius cogens*.

Como queda reflejado, a lo largo de nuestra historia institucional la inestabilidad política y social en ciertas situaciones exigió postergar la sanción efectiva de los delitos de lesa humanidad o reducir su condena, a fin de preservar las propias instituciones democráticas. No obstante, eso no importa que no haya existido una consistencia en cuanto a la valora-

ción de este tipo de delitos como especialmente graves y a la necesidad de perseguirlos adecuadamente y de castigarlos de manera efectiva e íntegra. En efecto, conforme a nuestro sistema jurídico actual, ya no es posible negar que el Estado argentino tenga la obligación de perseguir y sancionar de forma adecuada los delitos de lesa humanidad. Así, en el fallo “Arancibia”, la Corte resolvió que“(…) el derecho internacional humanitario y los derechos humanos, en diversos tratados y documentos, prescriben la obligación por parte de toda la comunidad internacional de perseguir, investigar y sancionar adecuadamente a los responsables de cometer delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos y esa obligación resulta perentoria en la jurisdicción argentina (...)”. Consideramos que tanto la condena como su efectivo cumplimiento integran esta obligación. Por lo que mecanismos que puedan desnaturalizar el cumplimiento de la pena quedan excluidos.

En el caso concreto de Muiña, la interpretación incorrecta que la Corte efectuó del art. 7 de la Ley N° 24.390, implicó una alteración en el modo de computar la pena. Ello se tradujo en una reducción sustancial de la condena que le había sido impuesta, condena que al momento de su imposición era considerada adecuada para sancionar el delito cometido. La interpretación ofrecida por la Corte al Estado argentino de una línea de conducta que desde el avenimiento de la democracia en 1983 se esforzó por cumplir: perseguir y sancionar adecuadamente los delitos de lesa humanidad. Esta línea de conducta adoptada por nuestra comunidad política queda plasmada en las leyes y fallos reseñados. El fallo de la Corte quebraba esta línea histórica y desgajaba a nuestro sistema jurídico de un pasado institucional que no sólo nos mantiene unidos como comunidad política sino que nos honra, haciendo que esa comunidad que decidió perseguir y castigar a los genocidas posea un carácter moralmente valioso que la vuelve digna de permanecer en el tiempo.

VI. CONCLUSIÓN

Hemos sido testigos del diálogo entre dos poderes del Estado y dada la importancia institucional del evento es necesario no desfigurarlo. Interpretar de manera equivocada lo sucedido conduce a un entendimiento erróneo del problema que la Ley N° 27.362 vino a subsanar, distorsiona los errores cometidos por la Corte, y evita atribuir responsabilidades de

manera adecuada. Con relación a lo primero, la Ley N° 27.362 vino a subsanar un error interpretativo. No vino a corregir una laguna axiológica de nuestro sistema normativo. Con relación a lo segundo, la Corte ofreció una interpretación de la Ley N° 24.390 que era contraria a los fines propios de la ley y a la historia institucional de nuestra comunidad política plasmada en una sucesión de leyes y fallos. En consecuencia, y vinculado con el tercer asunto, la responsabilidad por el riesgo institucional causado por el fallo “Muiña” y la interpretación errónea del derecho en la que se funda recae íntegramente sobre la Corte.

El diálogo institucional ha dejado a la Corte en una encrucijada. Quienes votaron por la mayoría enfrentan una disyuntiva de profundas consecuencias hacia el futuro. Si cambian su posición en un caso futuro y revierten la jurisprudencia sentada en el caso “Muiña”, y lo hacen simplemente sobre la base de la ley interpretativa dictada por el Congreso, entonces estarán reconociendo que la Corte ha dejado de ser la última intérprete del derecho en nuestro sistema jurídico. Si cambian de posición y adhieren a la interpretación establecida por el Parlamento, pero lo hacen por razones independientes al acto legislativo, entonces deberán reconocer que estas razones interpretativas ya existían antes del dictado de la Ley N° 27.362 y fueron indebidamente no tenidas en cuenta a la hora de emitir su voto en el caso “Muiña”. De este modo preservarán el carácter de la Corte como intérprete último a costa de sacrificar su propia idoneidad como ministros de la Corte.

Una salida elegante donde todo sigue igual para que algo cambie sería la siguiente. Supongamos que llega a la Corte un nuevo caso donde alguien condenado por delitos de lesa humanidad recurre la sentencia que le niega la aplicación del dos por uno tal como sucedía en “Muiña”. Si alguno de los tres jueces que votaron por la interpretación del derecho desacreditada por el Congreso se encontrase de licencia, estuviese jubilado o hubiese renunciado, la Corte estaría constituida temporalmente por cuatro miembros. Dos de ellos a favor de la interpretación errónea de la ley establecida en el caso “Muiña” y dos en contra. Como la posibilidad de empate no ha sido contemplada en nuestro sistema normativo quedarían abiertas dos posibilidades para decidir ahora de manera opuesta a lo resuelto en “Muiña” sin que ningún ministro de la Corte cambie su voto. Podría argumentarse que existiendo empate, la Corte no ha alcanzado la mayoría necesaria para revertir la decisión recurrida y, por lo tanto, quedaría firme la sentencia de la instancia anterior que negaba el benefi-

cio del dos por uno. Esta solución tiene la virtud de ser la adoptada por la Corte Suprema de Estados Unidos, modelo que sirvió de inspiración al argentino. Una segunda alternativa sería proceder a la designación de conjuces con la esperanza de que estos adhieran a la solución correcta defendida por el voto de minoría en el caso “Muiña” y constituyan una nueva mayoría que lo revierta.

Sólo si se advierte el tenor del diálogo establecido entre la Corte y el Congreso, puede tomarse conciencia de lo que se encuentra en juego. Sólo cuando se advierte que el carácter de la ley dictada por el Congreso es interpretativo, se vuelve visible que lo que se encuentra en juego es determinar si la Corte sigue siendo o no la intérprete última del derecho en nuestro esquema institucional. Esperemos que a la hora de corregir su error la Corte no cometa otro que tenga consecuencias todavía más imprevisibles que el primero.

RESPUESTAS DE LA CORTE SUPREMA A LAS MINORÍAS SEXUALES. UNA LECTURA DESDE EL MODELO JURIDICO MULTIDIMENSIONAL¹

*María Isabel Urquiza*²

Resumen: La Corte Suprema unas veces se adelantó y otras se retrasó en el reconocimiento y ampliación de derechos. En el caso de las minorías sexuales, los fallos clave son: CHA (1991) y ALITT (2006). Por lo que procuraré, mediante análisis de discurso sociolingüístico desde una perspectiva multidimensional, mostrar las pugnas de poder en el interior de la Corte en los dos momentos, la influencia y circulación de la Corte de 1991 en CHA y su impacto en el caso ALITT en una Corte diversa, en 2006. Presentaré, asimismo, las respuestas del Alto Tribunal a las minorías sexuales hasta el presente.

Palabras clave: Corte Suprema - minorías sexuales - derechos - fallos clave

1. INTRODUCCIÓN³

“Si el Gobierno no se toma los derechos en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el derecho.”⁴

Desde 1991 hasta 2016, la Corte Suprema falló en relación a las minorías sexuales en cuatro oportunidades: CHA (1991), ALITT (2006), Rachid (2010) y P.A. (2011). La Corte, influida por el movimiento del

¹ Artículo recibido 12/06/2017 – Aprobado para su publicación 04/09/2017.

² Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesora adjunta de Introducción al Derecho con extensión a Sociología Jurídica y a Seminario Interdisciplinario sobre Modelos Jurídicos y Minorías en la Corte Suprema (FDCyS, UNC). Directora del Proyecto de Investigación “Minorías y Constitución” (SeCyT, UNC). Mail de contacto: marisaurquiza@gmail.com

³ Dedico este artículo a Carlos y Diego.

⁴ DWORKIN, Ronald. 1993. *Los derechos en serio*. Planeta – De Agostini, Barcelona, p. 303.

neoconstitucionalismo debatió acerca de la personería jurídica de colectivos sexuales minoritarios en CHA, tres años antes de la reforma constitucional y en el otro (ALITT), se retrasó doce años. La conformación del Máximo Tribunal era distinta en cada sentencia. Por lo que procuraré, mediante análisis de discurso sociolingüístico⁵ desde una perspectiva multidimensional⁶, mostrar las pugnas de poder en el interior de la Corte en

⁵ Los estudios interdisciplinarios de Teun Van Dijk (n. 1947) se centran, entre otros aspectos, en la vinculación entre las formas discursivas y el sentido, las funciones del estilo y la retórica en el contexto de la comunicación. Este autor remarca la relación entre discurso (oral y escrito), cognición social y sociedad.

Recurriré asimismo, a fuentes de este autor John B. Thompson (n. 1950) y a Irene Vasilachis de Gialdino, quien proyecta esta línea metodológica en sus investigaciones.

* Cfr. THOMPSON, John 2002. *Ideología y cultura moderna. Teoría Crítica social en la era de la comunicación de masas*. Universidad Autónoma Metropolitana, México.

* Cfr. VAN DIJK, Teun:

- 2003. *Ideología y discurso. Una introducción multidisciplinaria*. Ariel, Barcelona.

- 2006. A. *El discurso como estructura y proceso*. Gedisa, Barcelona.

- 2006. B. *Ideología. Una aproximación multidisciplinaria*. Gedisa, Barcelona.

* Cfr. VASILACHIS DE GIALDINO, Irene:

- 1992. *Enfermedades y accidentes laborales. Un análisis sociológico y jurídico*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

- 1997. *La construcción de representaciones sociales. Discurso político y prensa escrita. Un análisis sociológico, jurídico y lingüístico*, Gedisa, Barcelona.

- 1999. "Las acciones de privación de identidad en la representación social de los pobres. Un análisis sociológico y lingüístico", en *Discurso & Sociedad, Vol. 1 (1), 1999:55-104*, Gedisa, Barcelona.

- 2007. "Condiciones de trabajo y representaciones sociales. El discurso político, el discurso judicial y la prensa escrita a la luz del análisis sociológico-lingüístico del discurso", en *Discurso & Sociedad, Vol. 1 (1), 2007: 148-187*. Disponible en: www.dissoc.org (10/1/2012).

⁶ El modelo jurídico multidimensional fue elaborado por Fernando Martínez Paz (1927-2008), quien fuera mi maestro; entre sus obras más salientes pueden citarse:

- 1995. *La enseñanza del Derecho (modelos jurídico-didácticos)*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Educación.

- 2003. *La construcción del mundo jurídico multidimensional*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Este modelo se encuadra en el paradigma de la complejidad que formulara Edgar Morin: "Un paradigma es un tipo de relación lógica (inclusión, conjunción, disyunción, exclusión) entre un cierto número de nociones o categorías maestras. Un paradigma privilegia ciertas relaciones lógicas en detrimento de otras, y es por ello que un pa-

los dos momentos y posteriormente; también, la influencia y circulación de la Corte de 1991 en CHA y su impacto en el caso ALITT en una Corte diversa, en 2006 y más adelante en 2010 y 2011.

2. PARADIGMA DE LA COMPLEJIDAD Y MODELO JURÍDICO MULTIDIMENSIONAL FORMULADO POR FERNANDO MARTÍNEZ PAZ

Por razones de brevedad, me referiré sólo a aspectos clave de esta temática que he adelantado en la cita a pie N° 5. A lo largo del presente trabajo los conceptos están operacionalizados a través de reflexiones, relaciones y análisis discursivo de los fallos seleccionados.

El paradigma de la simplicidad, aun dominante en la ciencia, se proyecta en el mundo jurídico a través de los modelos jurídicos unidimensionales.⁷ Según Fernando MARTÍNEZ PAZ: *“los modelos jurídicos unidimensionales son construcciones teóricas cerradas, cuyo núcleo lo constituyen la norma y el sistema jurídico. El derecho expresa la tesis de la denominada autosuficiencia del fenómeno normativo, se considera una construcción coherente, unitaria, completa y solidificada.”*⁸ Veremos que el fallo CHA refleja este paradigma y este modelo en particular.

Frente a la necesidad de estudiar el mundo jurídico actual, ubicado en un contexto de inseguridad, incertidumbre y anomia, los modelos jurídicos unidimensionales entran en crisis, perdiendo legitimidad; ya

radigma controla la lógica del discurso. El paradigma es una manera de controlar la lógica y, a la vez, la semántica.” MORIN, Edgar. 2005. *Introducción al pensamiento complejo*. Gedisa, Barcelona, pp. 154-155.

Respecto de la complejidad, se trata de *“la unión de los procesos de simplificación que implican selección, jerarquización, separación y reducción, con otros contra-procesos que implican la comunicación, la articulación de aquello que está disociado y diferenciado.”* GRINBERG, Miguel 2002. *Edgar Morin y el pensamiento complejo*. Campo de ideas, Madrid, p. 74.

⁷ *“Así es que el paradigma de la simplicidad es un paradigma que pone orden en el universo, y persigue al desorden. El orden se reduce a una ley, a un principio. La simplicidad ve a lo uno y ve a lo múltiple, pero no puede ver que lo Uno puede, al mismo tiempo, ser Múltiple. El principio de simplicidad o bien separa lo que está ligado (disyunción), o bien unifica lo que es diverso (reducción).”* MORIN, Edgar. 2005. Op. cit., p. 89.

⁸ MARTÍNEZ PAZ, Fernando. 2001. *El modelo jurídico multidimensional*. Mediterránea, Córdoba, p. 5.

que su estructura y componentes no serían aptos para dar respuestas a la complejidad reinante. Frente a ellos, enrolados en el paradigma naciente de la complejidad, se erigen los modelos jurídicos multidimensionales y entre ellos, el formulado por mi maestro el Prof. Emérito Dr. Fernando Martínez Paz.⁹ Éste se caracteriza por estudiar a los fenómenos jurídicos en forma multidimensional, a través de la interdisciplinariedad. Ésta última se define como “(...) *la interacción entre dos o más disciplinas, que sin perder su identidad, buscan una síntesis integradora. Se caracteriza, además, por el movimiento continuo que surge de los marcos conceptuales y de las cuestiones prácticas del desarrollo de las ciencias y en este caso, de las ciencias jurídicas.*”¹⁰

De acuerdo con las ideas anteriores, el presente trabajo, al abordar el fenómeno jurídico multidimensional de las respuestas de la Corte a las minorías sexuales, se abordará interdisciplinariamente, recogiendo, entre otros, los aportes de la sociología jurídica, de la sociolingüística, de la ciencia jurídica en relación con la ética jurídica, pero, como aclaré *ut supra*, los conceptos, relaciones y estrategias discursivas y sus correspondientes reflexiones, se presentarán operacionalmente e integradas.

3. MINORÍAS, NEOCONSTITUCIONALISMO Y REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

La reforma constitucional de 1994 amplió en forma considerable los derechos, sobre todo con la incorporación de los tratados de derechos humanos con rango constitucional a través del artículo 75, inciso 22. Los derechos constitucionales adquirieron mayor relevancia, operatividad y un desarrollo mucho mayor al contenido en la primera parte del texto

⁹ “*La conciencia de la multidimensionalidad nos lleva a la idea de que toda visión unidimensional, toda visión especializada, es pobre. Es necesario que sea religada a otras dimensiones; de allí la creencia de que podemos identificar la complejidad con la completitud.*

“En un sentido, yo diría que las aspiración a la complejidad lleva en sí misma la aspiración a la completitud, porque sabemos que todo es solidario y multidimensional. Pero en otro sentido, la conciencia de la complejidad nos hace comprender que no podremos escapar jamás a la incertidumbre y que jamás podremos tener un saber total: ‘la totalidad es la no verdad’.” MORIN, Edgar, op. cit. pp. 100-101.

¹⁰ MARTÍNEZ PAZ, Fernando. 2001. Op. cit., p. 10.

constitucional. En particular, las minorías se vieron ampliamente favorecidas con dicha reforma, ya que su vulnerabilidad unida a su invisibilidad social, se vieron abiertamente compensadas con la nueva protección jurídica, fruto de dicha reforma.

En relación con las minorías, cabe decir que la superioridad en número es percibida como una jerarquía, pero también si no se encaja en la norma dominante aun cuando numéricamente un colectivo pertenezca a la mayoría se padece estigmatización, pobreza, maltrato, exclusión, opresión, condena moral, descalificación, invisibilidad e indiferencia naturalizadas que han venido sufriendo los distintos colectivos minoritarios a lo largo del tiempo. Sin embargo, en las sociedades actuales, abiertas, plurales, multiculturales, el reconocimiento de los derechos específicos de estos grupos, de sus identidades, se inscribe en una nueva concepción universal de los derechos humanos, que comienza en 1948, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que se basa en el respeto a la diversidad humana.

En este sentido, después de la Segunda Guerra Mundial, en Europa, a medida que comenzaron a funcionar tribunales constitucionales, surgió el movimiento del neoconstitucionalismo¹¹, que se vincula a la temática de los modelos jurídicos multidimensionales, entre otros aspectos, por procurar humanizar y dotar de mayor contenido ético a las diversas respuestas jurídicas, especialmente las de mayor alcance a los ciudadanos. Para esta concepción, los derechos fundamentales pasan a tener un papel

¹¹ Ver, entre otros autores a:

- BERNAL PULIDO, Carlos. 2006. *El neoconstitucionalismo a debate*. Instituto de estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

- COMANDUCCI, Paolo. 2002. "Formas de (Neo) Constitucionalismo: un análisis meta-teórico", en *Isonomía*, N° 16, abril 2002, pp. 89 - 112. Disponible en: http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/comanducci-formas.pdf (19/7/2015).

- SANTIAGO, Alfonso. 2008. A. Neoconstitucionalismo. Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires. Disponible en: <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> (10/7/2015).

- SANTIAGO, Alfonso. 2008. B. "Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo", en *Dikaion*, año 22, núm. 17, diciembre de 2008, Chia, Colombia, pp. 131-155.

central, extendiéndolos al ordenamiento jurídico y a la vida cotidiana a través de diversidad de relaciones.

Asimismo, el Estado de derecho deja de estar centrado en la ley, para pasar a centrarse en la Constitución, eje de todo el ordenamiento jurídico y del Estado, que ahora es entendido como constitucional de derecho. Todo ello impacta en el papel de la magistratura, que acrecienta su importancia y protagonismo. En manos de los jueces, el derecho se vuelve anti-formalista y maleable. La cultura jurídica basada en normas y en deberes jurídicos se transforma, concentrándose en el afianzamiento, garantía y vigencia plena de los derechos. Los jueces de los tribunales constitucionales o de la Corte Suprema, como en Argentina, en sus fallos, comienzan a formular recomendaciones, a fijar plazos para adecuaciones constitucionales, entre otras acciones, para coordinar el accionar judicial con los otros poderes del Estado. Fruto del activismo judicial, a estas sentencias, más flexibles que las tradicionales, se las denominó aditivas y exhortativas. En síntesis, la propia concepción del papel y protagonismo en materia de protección de derechos, por parte del Máximo Tribunal muta.

Sin embargo, la amplia positivación constitucional a través de tratados de derechos humanos, ¿es receptada en igual medida por la Corte Suprema respecto de las minorías sexuales¹²? ¿Cómo fueron las respuestas de la Corte en esta temática, antes de la reforma constitucional de 1994 y posteriormente a dicha reforma?

4. COMUNIDAD HOMOSEXUAL ARGENTINA (CHA)¹³

El 22 de noviembre de 1991, la Corte Suprema dictó sentencia en la causa Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución de Inspección

¹² En cuanto a la expresión “minorías sexuales”, ésta fue propuesta por activistas y colectivos referidos a la sexualidad y al género, como una forma de abarcar una diversidad de grupos y comportamientos estigmatizados sin tener que enunciarlos a todos. Asimismo, dicho término es compatible con los discursos sobre derechos humanos. Para profundizar en esta cuestión, ver: PETCHESKY, Rosalind P. 2009. “El lenguaje de las ‘minorías sexuales’ y las políticas sobre la identidad”, en *Reproductive Health Matters* 2009; 17(33):105-110.

¹³ La CHA fue creada el 16 de abril de 1984. Fue la primera organización argentina que llevó a cabo una campaña preventiva respecto del VIH-SIDA con apoyo financiero de la Organización Panamericana de la Salud (ONU). Está integrada por personas gays,

General de Justicia s/ personas jurídicas y recurso de hecho deducido por la actora en la causa Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución de Inspección General de Justicia.¹⁴ El fallo es heterogéneo. Redactó el voto mayoritario el ministro Ricardo Levene (h) y si bien los siguientes ministros lo suscribieron, cada uno de ellos votó individualmente con fundamentos diversos, generando minorías nómicas: Mariano A. Cavagna Martínez, Rodolfo C. Barra, Augusto C. Belluscio, Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor y Antonio Boggiano. Votaron en disidencias individuales Enrique S. Petracchi y Carlos S. Fayt.

Las ideas de Émile Durkheim, proveniente del paradigma de la simplicidad, se ven reflejadas en el voto mayoritario y en cada uno de los votos individuales emitidos bajo la modalidad de “según su voto”.

En el voto mayoritario, considerando 3º) al comienzo del tercer párrafo, la Corte reproduce, narrativizando, argumentos de la actora:

*“3º) (...) Cuestionó también la asimilación de conceptos que efectúa el pronunciamiento apelado entre la denominada moral media de la población y el concepto de ‘bien común’, posición que según expresa, desconoce el derecho de las minorías.(...)”*¹⁵

Estas expresiones se repiten como eco que resuena una y otra vez, en los votos individuales de los ministros Cavagna Martínez¹⁶, Barra¹⁷,

lesbianas, transexuales, travestis y bisexuales (GLTTB), quienes trabajan *ad honorem* por la no discriminación e inclusión de las personas en razón de su orientación sexual e identidad de género. Su sitio web es: www.cha.org.ar

Para conocer detalles “tras bambalinas” de este fallo ver: VERBITSKY, Horacio. 1993. *Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control*. Planeta, Buenos Aires, pp. 310-319.

¹⁴ *Fallos*, 313:1531.

¹⁵ El destacado en negrita no aparece en el texto original. Corresponde a la autora de este trabajo.

¹⁶ Considerando 3º), tercer párrafo del voto del ministro Cavagna Martínez.

¹⁷ Considerando 3º), tercer párrafo del voto del ministro Barra.

Nazareno¹⁸ y Moliné O'Connor¹⁹; quienes ya habían votado por la mayoría. También se repite en la disidencia del ministro Fayt.²⁰

En el voto mayoritario, considerando 9º, sexto párrafo, los ministros continúan narrativizando y en este caso, relatan lo expresado por la Cámara:

*“9º (...) Asimismo, destacó el informe de la Academia Nacional de Medicina (ver fs. 18/22), en cuanto esta entidad dictaminó que la homosexualidad es considerada como una desviación del instinto sexual normal. (...)”*²¹

Estas afirmaciones se repiten en el voto individual del ministro Belluscio, en el considerando 6º) pero con variantes respecto de la mayoría:

“6º (...) Independientemente del juicio moral que pueda merecer una desviación del instinto sexual cuyos orígenes no están bien precisados, tal discriminación no se da en nuestro país, donde –a diferencia de otros, inclusive algunos estados de los Estados Unidos, donde la sodomía es delito cuya represión ha sido admitida como constitucional por la Corte Suprema (Bowers v. Harwick, 478 U.S. 186)- nunca ha existido punición penal de la homosexualidad, y personas que padecen tal desviación han ocupado destacados lugares en la vida artística, literaria y aun científica. La ausencia de interés social es marcada, pues algunos son totalmente ajenos al legislador –que no podría, por ejemplo- so color de impedir la discriminación religiosa, imponer a una comunidad religiosa la aceptación de sacerdotes homosexuales- y otros resulta difícil interpretarlos, ya que no se comprende en qué consiste la ‘discriminación en lo familiar’, pues tampoco parece aconsejable, ‘verbi gratia’, poner en un pie de igualdad a personas de conducta social desviada frente a instituciones como la adopción

¹⁸ Considerando 3º), tercer párrafo del voto del presidente de la Corte, Nazareno.

¹⁹ Considerando 3º), tercer párrafo del voto del ministro Moliné O'Connor.

²⁰ Considerando 2º), cuarto párrafo de la disidencia del ministro Fayt.

²¹ El destacado en negrita no aparece en el texto original. Corresponde a la autora de este trabajo.

o la tutela, aunque no se llegue al extremo de legalizar uniones homosexualesseudomatrimoniales. (...). ”²²

En el voto individual del ministro Boggiano se hacen referencias a las minorías. Así, en el considerando 11º), segundo párrafo, afirma:

*“11º) (...) Una minoría tolerada requiere siempre de una mayoría tolerante. Pero se podría llegar a una situación en la cual tantas minorías reclamasen tolerancia que ya no pueda haber mayoría ninguna. La democracia requiere un **sustrato** de valores comunes. Y la desintegración de estos valores puede conducir a erosionar la cohesión de la sociedad indispensable para su gobierno mismo. La permisividad que viene rechazada de la instancia anterior pudo razonablemente haberse considerado como una fractura esencial de aquellos valores comunes, pues si el abuso del poder lleva a la tiranía, el abuso de la libertad conduce a la disolución.”²³*

En el voto disidente del ministro Petracchi, en el considerando 18º), primero a tercer párrafo, respondiendo a la mayoría, respecto de la “desviación”, se afirma en un primer momento, narrativizando y a la vez analizando lo expresado por la Cámara:

“18º) (...) la... Academia (Nacional de Medicina) expresa que ‘la homosexualidad masculina y femenina no es considerada a la luz de la psiquiatría contemporánea como una enfermedad psiquiátrica’;

²² El destacado en negrita no aparece en el texto original. Corresponde a la autora de este trabajo.

²³ El destacado en negrita y subrayado no aparecen en el texto original. Corresponde a la autora de este trabajo.

Entre los recursos de poder, se destaca la oposición “minoría tolerada” y “mayoría tolerante”, acompañada de la expresión “permisividad”, conducen al rechazo de dicha minoría; reforzado éste por la frase final: “el abuso de la libertad conduce a la disolución”. Así también, las metáforas orgánicas, como: “sustrato”, “desintegración”, “erosionar”, “fractura esencial” oscurecen el discurso. Asimismo, el recurso del contexto catástrofe, subrayado en el texto, destinado a producir rechazo de la “minoría tolerada”, impide la circulación de la verdad. Todo el despliegue retórico anterior procura legitimar la decisión de la Cámara, remarcado por término: “razonablemente”.

pero, ‘sí, en cambio, es considerada como una desviación del instinto sexual normal’.

“En efecto, el a quo extrae del informe que al ser una ‘desviación’: a) ‘su pública defensa no se compadece con las exigencias del bien común’; y b) ‘las conclusiones de la Inspección General de Justicia acerca de que tal condición importa una ‘anomalía psicológica’ y afecta además, considerada en sí misma la moral y las buenas costumbres así como las bases de la institución familiar, por lo que aquella pública defensa no se compadece con las exigencias del bien común, en modo alguno resulta arbitraria. (...)”

“En segundo término, tanto la lectura que realizan los jueces a quo del párrafo ‘desviación del instinto sexual normal’, cuanto su invocación como criterio de autoridad científico, prescinden del examen deliberado y prudente que la cuestión merece, y convierten al informe en tal, sólo en la segunda acepción castellana de la palabra.”²⁴

En el mismo considerando del voto del ministro Petracchi, en los párrafos cuarto, sexto, octavo y décimo, plantea su disidencia respecto de *lo normal y lo desviado*:

“18º) Al respecto, cabe señalar que lo que fuere el ‘instinto sexual normal’ no es asunto susceptible de una determinación científica concluyente, a menos que se parta de la premisa de que ‘instinto sexual normal’ es el que tiende a la procreación, con lo cual la conclusión de

²⁴ El destacado en negrita no aparece en el texto original, así como el subrayado. Éstos corresponden a la autora de este trabajo.

El término “homosexualidad” fue acuñado en 1869, por un médico húngaro, Benkert. Desde entonces, esta cuestión comenzó a estudiarse clínicamente como una patología causada por una degeneración biológica o por conflictos familiares. El tratamiento propuesto iba desde la castración hasta el psicoanálisis.

Sin embargo, desde 1973, la Asociación Americana de Psiquiatría eliminó la homosexualidad del listado de patologías. Concomitantemente, desde el plano político de los movimientos sociales se reemplazó la denominación médica de “homosexual” por la de “gay”. Millones de personas y organizaciones comenzaron a identificarse con la nueva denominación. Cfr.: GIDDENS, Anthony. 1997. *Sociología*. Alianza Universidad Textos, Madrid, pp.226-236. MACIONIS, John y Ken PLUMMER. 1999. *Sociología*. Prentice Hall, Madrid, pp. 367-370.

que lo que se aparta de esta definición es una ‘desviación’, no sería más que un truismo. Esta Corte interpreta que lo único que puede significar la expresión (de la Academia varias veces aludida) ‘desviación del instinto sexual normal’ es que ella es el resultado de una encuesta ficta de lo que sería la elección de la mayoría de las personas.

“(...) Ocurre empero, que de una interpretación ponderada del mencionado dictamen de la Academia parece extraerse algo bien distinto a lo que afirma la Cámara, esto es, que de las actuales aseveraciones de la ciencia médica no surgen criterios que permitan sustentar la opinión sobre el carácter de desviación (como patología) de la condición homosexual. (...)

“(...) Por su parte, F. Alonso Fernández –autor también citado en el informe- (...) expresa que ‘para deslindar, en la esfera psicosexual, la normalidad de la anormalidad, disponemos de dos puntos de referencia: la norma estadística y la norma ideal’, para concluir, renglones más adelante: ‘Pero ambas normas, la estadística y la valorativa, en cuanto puntos de referencia para determinar si un fenómeno psíquico o somático es anormal o no, sólo tienen una validez parcial: la norma estadística, a causa del relativismo, la norma ideal, a causa del subjetivismo’ (Alonso Fernández, Francisco: ‘Fundamentos de la psiquiatría actual’, 2ª ed., Madrid, 1972, Ed. Paz Montalvo, t. II, ps. 129/133).

“(...) Por otra parte, es de la mayor importancia señalar que aun en la hipótesis de que lo afirmado por la Cámara, en el sentido de que la homosexualidad configura ‘una desviación del instinto sexual normal’ fuera científicamente verificable, ello sería irrelevante a los fines de determinar la validez constitucional de la medida impugnada por la recurrente.”²⁵

Por último, en el considerando 20º), décimo párrafo, el ministro Petracchi manifiesta:

²⁵ El destacado en negrita no aparece en el texto original, así como el subrayado. Éstos corresponden a la autora de este trabajo

*“20° (...) ¿Qué sería entonces lo prohibido? Obviamente la trascendencia al público. ¿Por qué podría ser prohibida dicha trascendencia, si no es porque la conducta homosexual es juzgada como intrínsecamente mala, dañina para otros, y, quizá, hasta contagiosa? ¿Es que es un pecado que, como diría Quevedo, ‘nació para esconderlo’?”*²⁶

Llama la atención la influencia de Durkheim, no sólo en la mayoría, también en los votos individuales que suscribieron el voto mayoritario y aun, aunque como contestación a los anteriores, en la disidencia del ministro Petracchi.²⁷ Las distinciones entre lo normal y lo patológico como desviado, en forma recurrente, muestran una versión unidimensional de la ciencia del siglo XIX, teñida por el positivismo y unida a una moral victoriana y cerrada. Conjuntamente, los modelos jurídicos unidimensionales están presentes en el discurso de esta sentencia con su visión de un derecho aislado e indiferente frente a los problemas sociales.²⁸

En relación con estas ideas, los recursos retóricos oscurecen el sentido de este fallo, dificultando su circulación a lo largo del texto. Se advierte que hubo serias dificultades en llegar a un acuerdo. La mayoría presenta disidencias veladas que repiten como eco contenidos narrativizados. Las disidencias, en particular la del ministro Petracchi, procuran debatir con

²⁶ El destacado en negrita no aparece en el texto original, así como el subrayado. Éstos corresponden a la autora de este trabajo.

²⁷ *“Un hecho sociales normal para un tipo social determinado, considerado en una determinada fase de su desarrollo, cuando se produce en el término medio de las sociedades de ese tipo, consideradas en la fase correspondiente de su evolución.”* DURKHEIM, Émile. 1998. (edición original: 1895). *Las reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales*. Editorial Altaya, Barcelona, p. 120.

²⁸ *“Estas afirmaciones no se condecían con los objetivos de la asociación: proteger a los miembros de las discriminaciones en sus opciones personales y vida sexual, realizar campañas, impulsar políticas de grupo y propugnar por la tutela de derechos como el acceso a la cobertura médica de tratamientos complejos de VIH/SIDA en un sector de alta exposición y vulnerabilidad a la discriminación social. Por eso mismo, las repercusiones en los medios de prensa fueron en su mayoría negativas y señalaron el delicado terreno en el que la Corte había incurrido con muchas de sus aseveraciones y posturas en los votos mayoritarios.”* ARRIMADA, Lucas, “Derecho a la igualdad”, en ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC). 2008. *La Corte y los derechos 2005-2007. Cómo impactan en la vida de los ciudadanos las decisiones del Máximo Tribunal*. Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, p. 259.

una mayoría sorda, esto se advierte en particular en el considerando 20º) transcrito más arriba. Asimismo, Petracchi responde enfáticamente también a la Cámara y a la Inspección General de Justicia, respecto de la visión fetichizada y deformada de las personas homosexuales, que desplegara discursivamente y que fuera transcrita, haciéndola propia, por la misma mayoría de la Corte.

El uso figurativo del lenguaje también está presente, como estrategia de simulación en todos los ministros unido a expresiones en latín, dificultando la circulación del sentido. Respecto de los textos transcrito más arriba se destacan la expresión “*poner en un pie de igualdad a personas de conducta sexual desviada*” (ministro Belluscio en considerando 6º) de su voto, transcrito más arriba), que expresa la desigualdad, discriminación y exclusión en las que se hallaba el colectivo homosexual al hacer el recurso ante la Corte.²⁹

En relación con todo lo anterior, cabe destacar que en 1991, tres años antes de la reforma constitucional, la Corte con grandes dificultades debate sobre esta compleja temática. Fruto de este debate es que al año siguiente, el 18 de marzo 1992, CHA fue inscripta como persona jurídica y adquirió el status jurídico de sujeto de derecho, por Resolución del Inspector general de Justicia nº 164. Fue la primera organización argentina que nucleaba a minorías sexuales en lograr este triunfo.

²⁹ “*Quien ha sido anormal una vez, será para siempre anormal. Quien es anormal en un aspecto, es anormal en todos. Y quien es anormal no supone una amenaza dirigida hacia un orden en particular, sino para el orden en sí mismo. A fin de cuentas, todo está relacionado con el orden.*

“*El orden se constituye a la medida de la mayoría, de tal modo que aquellos que son relativamente pocos y no tienen la voluntad de obedecerle se encuentran en minoría, y por tanto es fácil prescindir de ellos en tanto son ‘una desviación del rango’. Y así, también es fácil señalarlos, localizarlos, desactivarlos y avasallarlos. Seleccionar, señalar y apartar a un lado a quienes entran en el rango de la anormalidad’’ es una necesidad que es simultánea a la construcción del orden y al inevitable coste que supone su perpetuación.*” BAUMAN, Zygmunt. 2016. *Sobre la educación en un mundo líquido. Conversaciones con Ricardo Mazzeo*. Paidós, Buenos Aires, pp. 88-89.

5. ASOCIACIÓN LUCHA POR LA IDENTIDAD TRAVESTI – TRANSEXUAL (ALITT)³⁰

Quince años más tarde de la sentencia de CHA, la Corte falla nuevamente respecto de otras minorías sexuales. El 21 de noviembre de 2006, la Corte dicta sentencia en “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Lucha por la Identidad Travesti – Transexual c/ Inspección General de Justicia”.³¹

El fallo es unánime, pero con un voto individual, lo que implica que no es homogéneo, sino que presenta una minoría nómica en la variedad “según su voto”. Redactaron la sentencia los ministros. Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Lorenzetti y Carmen N. Argibay. El ministro Carlos S. Fayt acompañó la decisión pero votó individualmente.

Me concentraré en la influencia del fallo CHA en el presente caso. Hay un diálogo entre dos cortes: la de 1991 y la de 2006. Los ecos de la Corte ampliada llegan e interactúan con el contenido de este fallo en una sociedad diversa, más abierta y plural y en esta oportunidad, con un discurso más inclusivo y tolerante con contenidos más afines al neoconstitucionalismo y al modelo jurídico multidimensional.

En el considerando 3º), séptimo párrafo la Corte resume parte del reclamo de la actora:

*“3º) (...) También considera irrazonable el actuar del Estado en tanto reconoce personalidad a determinados grupos, con una identidad sexual definida –comunidad homosexual- pero se la deniega en idénticas condiciones a otro, como es el conformado por los travestis y transexuales.”*³²

³⁰ ALITT fue fundada en 1995. Del texto de su estatuto surge que tiende a que se reconozca que los travestis y los transexuales cuentan con una identidad propia, eliminándose prácticas marginatorias y estigmatizantes que vinculan al travestismo con la violencia y la prostitución como única alternativa de vida. Se destaca que el sentido del objeto de la asociación conlleva a fomentar prácticas ciudadanas más democráticas e inclusive que tiendan a la eliminación de la discriminación a la que son sometidos por su orientación sexual y apariencia física.

³¹ Fallos, 329:5266.

³² El destacado en negrita no aparece en el texto original. Corresponde a la autora de este trabajo.

En el considerando 7º), la Corte afirma, recordando las disidencias de CHA:

“7º) Que el concepto de fines útiles que condicionan el derecho de asociarse sólo podrá ser definido ponderando el alcance de ese derecho en relación funcional con otras garantías esenciales del estado constitucional vigente en la república, como fue subrayado en las dos opiniones disidentes de la cusa ‘Comunidad Homosexual Argentina’ de Fallos, 314:1531. En el voto disidente del juez Petracchi del precedente mencionado (considerandos 12 y 13) se recordó que en materia de libertad de asociación es patente la interacción existente, al igual de lo que ocurre con el derecho de reunión, con la libertad de expresión o de prensa, ya que, tal como lo señaló esta Corte en ‘Arjones’ (Fallos, 191: 139), ‘...El derecho de reunión tiene su origen en la libertad individual, en la libertad de palabra, en la libertad de asociación. No se concibe como podrían asegurarse los beneficios de la libertad ‘para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino’, según los términos consagratorios del Preámbulo, sin la libertad de reunirse o de asociarse, para enseñar o aprender, para propagar sus ideas, peticionar a las autoridades, orientar la opinión pública y tratar otros fines lícitos...”³³

En el considerando 8º), se resume parte del voto del ministro Fayt en CHA:

“8º) Que en igual sentido el voto disidente del juez Fayt (Fallos. 314:1531) subrayó que frente a la existencia de un grupo de personas que desea organizarse a efectos de preservar su dignidad ante posibles afectaciones, la protección constitucional de ese derecho legitima la asociación perseguida. Con esa comprensión, se enfatizó que la protección de un valor rector como la dignidad humana implica que la ley reconozca, en tanto no ofenda el orden y la moral pública, ni perjudique a un tercero, un ámbito íntimo e infranqueable de libertad, de modo tal que pueda conducir a la realización personal, posibilidad

³³ El destacado en negrita no aparece en el texto original, así como el subrayado. Éstos corresponden a la autora de este trabajo.

que es requisito de una sociedad sana. *La protección del ámbito de privacidad, se concluyó, resulta uno de los mayores valores del respeto a la dignidad del ser humano y un rasgo de esencial diferenciación entre el estado de derecho y las formas autoritarias de gobierno (considerandos 9º y 10º).*”³⁴

En el considerando 9º), segundo a cuarto párrafo se reproducen extractos del voto del ministro Petracchi en CHA:

“9º) (...) como lo expresó el voto del juez Petracchi en el precedente citado (considerando 17), (...) ‘... *consiste en fomentar en los individuos la cooperación, al aunar criterios y esfuerzos en pos de metas comunes, a la par de incorporar en la esfera interna de los sujetos conciencia de solidaridad y fuerza colectiva...*’

“*Las asociaciones cumplen una función pedagógica e integradora al establecer vías de apertura a la convivencia grupal, al intercambio de ideas, a la conjunción de esfuerzos; bases, por otra parte, del funcionamiento social civilizado, en el marco de los principios del estado de derecho. Como contrapartida, la comunidad toda y el poder público, aseguran, por la vía de dar forma jurídica a las asociaciones, la resolución de controversias dentro de las reglas que rigen la vida en sociedad, en la medida en que la integración de los individuos en asociaciones supone la aceptación de tales reglas de control, instalando los conflictos sociales en marcos racionales de análisis y solución*’.

“En consecuencia, la limitación del ejercicio de tal derecho conlleva el riesgo de apartar a grupos sociales, especialmente a aquellos que manifiestan dificultades para su efectiva integración comunitaria...’, de los mecanismos racionales de solución de conflictos que el Estado debe preservar y fomentar.”³⁵

³⁴ El destacado en negrita no aparece en el texto original, así como el subrayado. Éstos corresponden a la autora de este trabajo.

³⁵ El destacado en negrita no aparece en el texto original, así como el subrayado. Éstos corresponden a la autora de este trabajo.

La Corte de 2006 culmina el diálogo con la Corte de 1991 en el considerando 24º), primer párrafo:

“24º) Que debe destacarse que la presente decisión conlleva el abandono de la doctrina que sentó la mayoría en Fallos, 314:1531 citada por el tribunal a quo. La diferencia de trato hacia un determinado grupo (arts. 16 y 75, incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) no puede justificarse solamente por deferencia hacia el juicio de conveniencia de los funcionarios administrativos, sino que ello exige al menos una conexión racional entre un fin estatal determinado y la medida de que se trata (art. 30 de la citada convención), requisito que, por todo lo expuesto precedentemente, no se verifica en el presente caso.”³⁶

Podemos advertir un dialogo entre los votos de los ministros disidentes en CHA, quince años atrás y los integrantes en 2006. Cabe aclarar que tanto Fayt como Petracchi votaron nuevamente en ALITT, pero mientras el primero de los ministros lo hizo individualmente con contenidos casi idénticos al del resto de la Corte; el juez Petracchi votó con los restantes miembros del Alto Tribunal.

Al incorporar extractos de los votos de los ministros disidentes en CHA los re-legitiman y muestran la actualidad de sus afirmaciones. Sin embargo, se advierte el riesgo de estas prácticas, porque pueden llegar a eternizar sus expresiones y a reificar sus votos.

La expresión simbólica “sociedad sana”, en el considerando 8º) de ALITT, es a la vez una meta a lograr a través de ese fallo. Se ve también aquí la influencia durkhemiana en su distinción entre salud y enfermedad. Aquí se invierte el sentido de “salud”: en CHA, no se debía otorgar la personería por la patología del colectivo, en ALITT, otorgarla es expresión

Cabe aclarar que los citados considerandos 7º) a 9º) aparecen reproducidos casi idénticamente en el voto individual del ministro Fayt (considerandos 9º) a 11º).

³⁶ El destacado en negrita no aparece en el texto original, así como el subrayado. Éstos corresponden a la autora de este trabajo.

En el considerando anterior, n° 23º), primer párrafo al final, la Corte expresa claramente: “23º) (...) la orientación sexual del grupo social al que pertenecen los integrantes de la asociación ha tenido un peso decisivo en el rechazo de la personería jurídica solicitada.”

de salud. Asimismo, se remarca la necesidad de integración de estos colectivos por su vulnerabilidad y exclusión social. Sin embargo, se advierte asimismo, la naciente apertura a los modelos jurídicos multidimensionales.

Se destaca además, la necesidad de rechazar vehementemente la doctrina surgida del voto mayoritario y los votos individuales de la Corte así como las decisiones administrativas de la Inspección General de Justicia en CHA y ALITT, como se expresa enfáticamente en el considerando 24º) arriba transcrito.³⁷

6. MARÍA DE LA CRUZ RACHID

El 24 de agosto de 2010. La Corte en pleno (los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay), dicta el fallo “María de la Cruz Rachid y Otro c/ Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas”.

Se impugnaba la decisión del Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas, que, con fundamento en la coincidencia del sexo de ambas peticionarias, rehusó fijar fecha para la celebración del matrimonio. La acción tenía por objeto declarar la inconstitucionalidad de dicho acto administrativo, de los arts. 172, 188 y concordantes del Código Civil, y de toda otra norma inferior dictada en el mismo sentido.³⁸ La

³⁷ “Esta decisión importó un avance en materia de igualdad, ya que posibilitó la asociación con reconocimiento estatal a ciertas minorías históricamente marginadas y amplió para sus miembros la capacidad de luchar por sus derechos. Además, a partir de esta sentencia, desde el Estado se dejó de señalar las opciones de vida de ciertas minorías como menos válidas por no ser compartidas por la mayoría de la sociedad. Por último, esta decisión también es destacable por haber dejado de lado el precedente “CHA”. Que fue en su momento muy criticado por las razones de intolerancia en las que se había fundado la sentencia.” ARRIMADA, Lucas, “Derecho a la igualdad”, en ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC). 2008. Ob. cit., p. 261.

³⁸ El Código Civil establecía:

Art. 172, Código Civil (texto según ley 23.515): “Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo.

“El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.”

Art. 188, Código Civil (texto según ley 23.515): “El matrimonio deberá celebrarse ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las

sentencia de la Cámara resultó adversa. Al llegar a la Corte, el procurador rechazó el recurso.

Como *amicus curiae*, y a favor de las actoras, se presentaron el INADI y un grupo de académicos, estos últimos introducen al debate el estándar de “categoría sospechosa”.³⁹

El dictamen del procurador Esteban Righi es extensísimo, destacándose la amplitud del estudio de la cuestión en el que presenta un vasto y disímil panorama de la problemática a nivel internacional.

En dicho dictamen, en el punto VIII, párrafos 7º a 9º, afirma:

“(...) Creo necesario dejar a salvo que –más allá del debate puntual que nos convoca- ninguna solución sana ha de venir por la vida del desconocimiento de la realidad que viven estos conciudadanos.

“La clarificación de su situación legal es una deuda que el sistema político-jurídico debe saldar. Ello, con el adecuado respaldo democrático, que no reposa ni en el apresuramiento, ni en la improvisación,

Personas que corresponda al domicilio de cualquiera de los contrayentes, en su oficina, públicamente, compareciendo los futuros esposos en presencia de dos testigos y con las formalidades legales.

“Si alguno de los contrayentes estuviere imposibilitado de concurrir, el matrimonio podrá celebrarse en el domicilio del impedido o en su residencia actual, ante cuatro testigos.

“En el acto de la celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los artículos 198, 199 y 200 de este Código, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente tomarse por marido y mujer, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio.

“El oficial público no podrá oponerse a que los esposos, después de prestar su consentimiento, hagan bendecir su unión en el mismo acto por un ministro de su culto.”

³⁹ *“Este estándar implica que las leyes que contienen determinadas categorías de clasificación (como ser la religión, el género, el origen nacional, etcétera) pueden presumirse afectadas de inconstitucionalidad y aquél que pretenda sostener su validez deberá demostrar que existen razones públicas imperativas para justificar esa distinción, no bastando justificar que la misma parece razonable o conveniente. Dado que demanda por razones fuertes e ineludibles a aquel/la que intenta realizar distinciones (o apartarse del principio de igualdad), el estándar de la ‘categoría sospechosa’ concuerda con un pensamiento jurídico propio del paradigma de la ciudadanía plena, impidiendo ‘la fuga hacia la tolerancia’ a través de la distinción de una minoría.”* KANTOR, Daniel. 2011. “Minorías sexuales: sobre el paradigma de la Tolerancia y el paradigma de la Ciudadanía Plena”, en *Política y Cultura, primavera 2011, núm. 35, pp. 125-126.*

sino en la iniciación de un **profundo proceso** en el que tenga lugar la **discusión pública**, con participación de todos los sectores, los aportes técnicos y el estudio de los antecedentes a nivel mundial: tal como lo reclaman la complejidad de la materia y la amplitud de sus proyecciones.

“Acotado a ese marco, y dada la **multiplicidad de aristas** que ofrece la condición legal de la pareja homosexual –todas ellas **inatendidas** por la normativa vigente- entiende que, de estimarlo conducente el Tribunal, sería conveniente llevar el problema a conocimiento de las autoridades correspondientes, haciendo uso –en lo pertinente- del mecanismo articulado por esta Corte en el precedente ‘Badaro’ (Fallos: 329: 3089, consid. 19). Pues como lo sostuve en el dictamen emitido in re ‘Miguez’ (S.C.M. N° 2230, L. LXL, en la que dictaminé con fecha 26 de junio de 2007), ‘...muchas veces el contenido de las sentencias expusieron a la **‘luz pública’** realidades sociales que, si bien existieron siempre, no fueron –por la causa que fuere- previstas **(ni, agrego ahora, resueltas)** por el legislador que entonces sí se vio compelido a considerarlas...”⁴⁰

⁴⁰ El destacado en negrita no aparece en el texto original, así como el subrayado. Éstos corresponden a la autora de este trabajo.

En el párrafo 7º, aparece nuevamente la metáfora biológica a la salud en la expresión “solución sana”, que en este caso tiene un sentido similar al usado en ALITT (ver más arriba) y se aleja aún más del sentido usado en CHA. Asimismo, la expresión “estos conciudadanos” abarca no sólo a las actoras, sino a todas las personas en igual condición y las ubica en igualdad al procurador en el plano de la ciudadanía, advirtiéndose además, la influencia del neoconstitucionalismo.

En el párrafo 8º continúa la línea argumentativa anterior y se destacan las metáforas “clarificación” que unida a la de “deuda” a “saldar”, enfatizan la necesidad de que no sólo las actoras sino todas las personas en idéntica situación puedan gozar de una ciudadanía visible y más abarcativa. En relación a ello, las expresiones “profundo proceso”, discusión pública” enfatizan la necesidad del diálogo democrático

En el último párrafo transcripto, el tropo “multiplicidad de aristas” alude a la complejidad de la condición legal de las parejas del mismo sexo, unida a la expresión verbal “inatendidas”, refiere no solo a que la ley no las consideró a dichas personas, sino que no les prestó atención, las invisibilizó. Por eso, “luz pública” implica en relación con lo anterior, ya no invisibilizar, sino sacar a la luz y resolver esta realidad. Asimismo, la cita del dictamen del caso “Miguez” y el agregado que el mismo procurador realiza para actualizar sus dichos y aplicarlos a esta problemática, refuerza la idea de atender,

El Alto Tribunal declaró abstracta la cuestión planteada en la causa, debido a la sanción de la ley 26.618, conocida como del matrimonio igualitario que permite las uniones matrimoniales del mismo sexo.

7. P.A.

El 28 de junio de 2011, la Corte en forma unánime (Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni)), dicta sentencia en “P.A. c/ ANSeS s/ pensiones”.

El Sr. P. entabló demanda contra la Administración Nacional de la Seguridad Social a fin de que le fuera reconocido el derecho a pensión derivado de la muerte del Sr. C.; sosteniendo que, desde 1955 hasta la fecha del deceso, en junio de 1996, convivieron públicamente, compartiendo tareas hogareñas e ingresos. Mediante escritura pública, ambos se habían instituido como herederos únicos y universales.

La Sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social sostuvo que la relación invocada, por tratarse de personas del mismo sexo, era ajena a la convivencia pública en aparente matrimonio prevista por el art. 53 de la ley 24.241 y, por el otro, que esta última norma no era inconstitucional; lo que dio lugar al recurso extraordinario del actor que, denegado, motivó la queja.

El actor denunció que por aplicación de la resolución 671/2008 de la Administración Nacional de la Seguridad Social, del 17 de agosto de 2008, le fue concedido el beneficio en juego. Sin embargo, dicho beneficio se proyectó, retroactivamente, sólo a los haberes devengados durante el año anterior a la fecha de la citada resolución. Por lo que, el Sr. P. mantenía su interés en el esclarecimiento de si el derecho invocado se había originado en oportunidad del deceso del Sr. C.

La Corte falla a favor del actor, destacándose el considerando 5º):

*“5º) (...) Que el régimen legal de pensiones no puede, válidamente, dejar de comprender situaciones como la presente, vale decir, la de la persona sobreviviente que mantenía con la beneficiaria fallecida una relación que, por sus características, revelaba **lazos concretos** y*

resolviendo esta situación que no es de las actoras solamente, sino de múltiples conciudadanos.

continuos de dependencia económica, bien de la primera respecto de la segunda, bien de índole recíproca o mutua. Dicho de otro modo, la naturaleza 'sustitutiva' de determinadas prestaciones de la seguridad social como la aquí en disputa, 'que es uno de los pilares fundamentales en que se apoya la materia previsional' (Fallos:327:5566 y sus citas), debe exhibir la amplitud necesaria para abarcar los nexos de solidaridad y asistencia que, de modo concreto y continuo, establecen las personas entre sí para satisfacer regularmente las necesidades materiales de la vida, y cuya extinción, por causa de la muerte de la beneficiaria, produce a la supérstite una afectación económica desfavorable para seguir afrontando dichas necesidades, derivadas de la pérdida de los ingresos provenientes del causante."⁴¹

En el considerando 6º), la Corte remite al dictamen del procurador en la causa "Miguez, Juan José c/ ANSeS y otro", remisión que ya había realizado Righi en su dictamen en Rachid, expuesto más arriba.⁴²

⁴¹ El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponden a la autora de este trabajo.

Mediante la utilización de tropos, la Corte legitima el reclamo del actor: "lazos concretos y continuos de dependencia económica" y, cuando se refiere al beneficio de la pensión se refiere a él como "uno de los pilares fundamentales en que se apoya la materia previsional"

Cabe referir aquí, el apartado III del dictamen del procurador Esteban Righi: "*Queda, en fin, señalar que, como está fehacientemente demostrado en autos, el tiempo de convivencia entre el solicitante y el causante excede largamente el exigido para los convivientes de distinto sexo, y que los aportes pertinentes al sistema fueron realizados en tiempo y forma exigidos.*"

⁴² Este eco en el tiempo: 2007 (MIGUEZ), 2010 (RACHID) y 2011 (P.A.) es una fuerte insistencia del mismo procurador Righi, que en el último caso los integrantes de la Corte hacen suyo en el texto del fallo.

Además, en el dictamen de P.A. lo vuelve a decir, ya sin citar su dictamen en Miguez, sino eternizando su eco insistente: "(...) *Por otro lado, muchas veces el contenido de las sentencias expusieron a la 'luz pública' realidades sociales que, si bien existieron siempre, no fueron –por la causa que fuere- previstas por el legislador que entonces sí se vio compelido a considerarlas.*" (Apartado II, párrafo 7º, parte final del dictamen del procurador).

8. ALGUNAS CONCLUSIONES

Expresa Zygmunt Bauman que “*la ‘normalidad’ es un sustantivo ideológicamente procesado para designar a la mayoría.*”⁴³ En este sentido, las minorías sexuales han recorrido “un largo camino” en su lucha por ser reconocidos tanto como una minoría en cuanto tal, como también por la igualdad e integración social. En el plano internacional, la homosexualidad, recién en 1993, fue eliminada del listado de enfermedades mentales de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Ya en este siglo, en 2011, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó por veintitrés votos contra diecinueve, una resolución destinada a promover la igualdad de las personas sin distinción alguna de su orientación sexual.⁴⁴ En el plano nacional, se va advirtiendo una menor afirmación en su identidad como minoría, a medida que avanza el reconocimiento y se afianzan sus rasgos culturales en consonancia con la cultura dominante.

Respecto de la jurisprudencia aquí analizada, en 1991, la Corte no se adelantó a la reforma constitucional de 1994, pero en el debate surgieron dos votos minoritarios que sí lo hicieron, abriéndose a la multidimensionalidad. En 2006, la Corte en pleno reconoce los derechos de las minorías sexuales que acudieron a ella, re-legitimando los votos minoritarios de quince años atrás y mostrando la voluntad de proyectar en el fallo, el contenido cada vez más vasto de tratados de derechos humanos con rango constitucional incorporados por el artículo 75, inciso 22 de la carta magna. Asimismo, se advierten en CHA las ideas durkhemianas, el despliegue de los modelos jurídicos unidimensionales, al aislar socialmente a esta minoría por considerarla “desviada” y procurar construir un derecho autosuficiente, cerrado. En ALITT, Rachid y P.A. en cambio, se reflejan el neoconstitucionalismo y el modelo jurídico multidimensional formulado por Fernando Martínez Paz, al abordar los casos como fenómenos socio-jurídicos complejos, al procurar construir una sociedad pluralista en

⁴³ BAUMAN, Zygmunt. 2016. Ob. cit., p. 86.

⁴⁴ Cfr. BLIDON, Marianne, 2013. “La larga marcha de los homosexuales”, en DENIS, Jean Pierre y Franck NOUCHI (compiladores). 2013. *El atlas de las minorías. Étnicas, nacionales, sociales, lingüísticas, religiosas, sexuales...* Capital intelectual, Buenos Aires, p. 163.

interacción con un derecho comprometido con las personas y su mundo, a través de una ciudadanía visible e inclusiva.⁴⁵

Como expresara Ronald Dworkin: “*La institución de los derechos es, por consiguiente, crucial, porque representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad e igualdad de éstas serán respetadas.*”⁴⁶

BIBLIOGRAFÍA

- ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC). 2008. *La Corte y los derechos 2005-2007. Cómo impactan en la vida de los ciudadanos las decisiones del Máximo Tribunal*. Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires.
- BAUMAN, Zygmunt. 2016. *Sobre la educación en un mundo líquido. Conversaciones con Ricardo Mazzeo*. Paidós, Buenos Aires.
- BERNAL PULIDO, Carlos. 2006. *El neoconstitucionalismo a debate*. Instituto de estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- COMANDUCCI, Paolo. 2002. “Formas de (Neo) Constitucionalismo: un análisis metateórico”, en *Isonomía*, N° 16, abril 2002, pp. 89 - 112. Disponible en: http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/comanducci-formas.pdf (19/7/2015).

⁴⁵ Actualmente se encuentra en la Corte, un caso sobre una pareja del mismo sexo que involucra maternidad subrogada, y es el primero que presenta estas características en arribar al Alto Tribunal.

Si bien el llamado “alquiler de vientres” se enfrenta a fuertes dilemas éticos, entre otras razones, por la cosificación de la mujer gestante y por el comercio que involucra; parecería como el único recurso al que podrían recurrir dos hombres que quisieran convertirse en padres biológicos.

En este sentido, en una nota publicada en La Nación, versión impresa, de fecha 21 de mayo de 2017 y titulada “Alquiler de vientres: la Corte podría sentar un precedente”; uno de los integrantes de la pareja involucrada manifiesta: “*Somos una pareja con cuatro hijos biológicos y rechazamos la arbitrariedad de que la Justicia quiera imponernos una madre que ellos no tienen y de que encima tengamos que adoptarlos para que obtengan su DNI. Queremos la doble filiación, que porten nuestros apellidos y que sepan en un futuro cómo fueron concebidos*”.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. 1993. Ob. cit., p. 303.

- DENIS, Jean Pierre y Franck NOUCHI (compiladores). 2013. *El atlas de las minorías. Étnicas, nacionales, sociales, lingüísticas, religiosas, sexuales...* Capital intelectual, Buenos Aires.
- DURKHEIM, Émile. 1998. (edición original: 1895). *Las reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales.* Altaya, Barcelona.
- DWORKIN, Ronald. 1993. *Los derechos en serio.* Planeta – De Agostini, Barcelona.
- GIDDENS, Anthony. 1997. *Sociología.* Alianza Universidad Textos, Madrid.
- GRINBERG, Miguel 2002. *Edgar Morin y el pensamiento complejo.* Campo de ideas, Madrid.
- KANTOR, Daniel. 2011. “Minorías sexuales: sobre el paradigma de la Tolerancia y el paradigma de la Ciudadanía Plena”, en *Política y Cultura, primavera 2011, núm. 35, pp. 111-128.*
- MACIONIS, John y Ken PLUMMER. 1999. *Sociología.* Prentice Hall, Madrid.
- MARTÍNEZ PAZ, Fernando. 1995. *La enseñanza del Derecho (modelos jurídico-didácticos).* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Educación.
- _____ 2001. *El modelo jurídico multidimensional.* Mediterránea, Córdoba.
- _____ 2003. *La construcción del mundo jurídico multidimensional.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- MORIN, Edgar. 2005. *Introducción al pensamiento complejo.* Gedisa, Barcelona.
- PETCHESKY, Rosalind P. 2009. “El lenguaje de las ‘minorías sexuales’ y las políticas sobre la identidad”, en *Reproductive Health Matters 2009; 17(33):105-110.*
- SANTIAGO, Alfonso. 2008. A. *Neoconstitucionalismo.* Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires. Disponible en: <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> (10/7/2015).
- SANTIAGO, Alfonso. 2008. B. “Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo”, en *Dikaion*, año 22, núm. 17, diciembre de 2008, Chia, Colombia, pp. 131-155.

THOMPSON, John. 2002. *Ideología y cultura moderna. Teoría Crítica social en la era de la comunicación de masas*. Universidad Autónoma Metropolitana, México.

VAN DIJK, Teun. 2003. *Ideología y discurso. Una introducción multidisciplinaria*. Ariel, Barcelona.

_____ 2006. A. *El discurso como estructura y proceso*. Gedisa, Barcelona.

_____ 2006. B. *Ideología. Una aproximación multidisciplinaria*. Gedisa, Barcelona.

VASILACHIS DE GIALDINO, Irene. 1992. *Enfermedades y accidentes laborales. Un análisis sociológico y jurídico*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

_____ 1997. *La construcción de representaciones sociales. Discurso político y prensa escrita. Un análisis sociológico, jurídico y lingüístico*, Gedisa, Barcelona.

_____ 1999. “Las acciones de privación de identidad en la representación social de los pobres. Un análisis sociológico y lingüístico”, en *Discurso & Sociedad, Vol. 1 (1), 1999:55-104*, Gedisa, Barcelona.

_____ 2007. “Condiciones de trabajo y representaciones sociales. El discurso político, el discurso judicial y la prensa escrita a la luz del análisis sociológico-lingüístico del discurso”, en *Discurso & Sociedad, Vol. 1 (1), 2007: 148-187*. Disponible en: www.dissoc.org (10/1/2012).

VERBITSKY, Horacio. 1993. *Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control*. Planeta, Buenos Aires.

Documentos

Colección *Fallos*. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Disponible en: www.csjn.gov.ar/

Constitución Nacional y Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, EN LA CIUDAD DE CÓRDOBA

ANÁLISIS DE CONTENIDO DE LOS EXPEDIENTES JUDICIALES DEL CONTROL DE SU LEGALIDAD¹

Ángel Esteban Villagra² - María Eugenia Sequeira^{3,4}

¹ Artículo recibido 11/06/2017 – Aprobado para su publicación 03/11/2017.

² Profesor Titular de “El derecho y la constitución de las instituciones” y del “Seminario de Derechos Específicos” en la carrera de Trabajo Social, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Adjunto en la cátedra de Introducción al Derecho, Facultad de Derecho, UNC. Especialista en Enseñanza de la Educación Superior. avillagra57@gmail.com.

³ Licenciada en Trabajo Social. Profesora Asistente por concurso, en la cátedra de “El derecho y la constitución de las instituciones” y del “Seminario de Derechos Específicos” en la carrera de Trabajo Social, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. eugeniasequeira@hotmail.com

⁴ El equipo de investigación estuvo integrado, además de los autores del artículo, por las ayudantes alumnas de investigación, Gabriela Buffarini, Agustina Goggiano, María Florencia Lencina, Patricia Yanina Vega, Érica Yuliana Villagra, a quienes los autores agradecemos especialmente por su disposición, dedicación y compromiso con las actividades encomendadas, relacionadas con el análisis de los expedientes, y recopilación y sistematización de la información recogida.

Los dos proyectos sucesivos corradicados en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y en la Secretaría de Investigación de la Facultad de Ciencias Sociales, aprobados y subsidiados por la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Córdoba, durante los años 2014/2015 son: “El rol del trabajador social en los ámbitos jurídicos relacionados con la protección integral de la niñez a partir de la nueva legislación: el informe social en el control de la legalidad de las medidas excepcionales por el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba”, y 2016/2017: “El trabajador social en la protección integral de la niñez. Las medidas excepcionales: el perfil socio-familiar de los niños y/o familias objeto de dichas medidas. El rol de abogado del niño. El informe social” 2016/2017.

Resumen: Se presentan en este artículo los resultados del análisis de contenido realizado sobre los expedientes judiciales del control de legalidad, en las medidas excepcionales adoptadas por los órganos administrativos, para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en la ciudad de Córdoba, sobre una muestra representativa de los mismos.

Palabras clave: medidas excepcionales - derechos de los niños - protección - niños - control de legalidad

Nos proponemos analizar a las medidas excepcionales en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, desde un doble punto de vista: uno normativo, el de las normas provinciales, nacionales e internacionales vigentes; y otro fáctico: el de la práctica de los órganos administrativos y judiciales que intervienen en las medidas tendientes a hacer efectiva dicha protección. Presentamos algunos resultados de dos investigaciones donde analizamos el contenido de los expedientes de control de legalidad de las medidas excepcionales de protección de los derechos de los niño/as y adolescentes, adoptadas por la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF), y/o las Unidades de Desarrollo Regional (UDER), sobre una muestra representativa de los mismos. Cuatrocientos catorce expedientes constituyeron el universo total de los obrantes en los Juzgados de Niñez, Juventud y Violencia Familiar de la ciudad de Córdoba, conforme a la información que aparece en el Sistema Informático del Poder Judicial de la provincia, para los años 2013 y 2014. Se construyó una muestra de ese universo, que resolvimos que abarcara un total de cincuenta y nueve expedientes, distribuidos proporcionalmente y en forma aleatoria entre las doce secretarías de los cuatro Juzgados de Niñez, Juventud y Violencia Familiar. Se analizaron en dichos expedientes las ciento cinco medidas excepcionales (en algunos casos se adoptaron más de una medida en un mismo expediente, en función de la existencia de hermanos), cuarenta y ocho autos interlocutorios de control de legalidad de esas medidas (no en todos los expedientes analizados se había dictado la resolución), y cuarenta y cuatro informes sociales elaborados por los trabajadores sociales intervinientes (en algunos se habían elaborado más de un informe social, y en otros no se encontraron informes sociales).

A) LAS NORMAS Y LOS PRINCIPIOS APLICABLES A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN EXCEPCIONALES DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

El Estado, conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, está obligado a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas que resulten necesarias para proteger al niño de cualquier forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación⁵. Debe también evitar que el niño sea separado de sus padres, contra la voluntad de estos⁶. No obstante ello, en manera excepcional, la autoridad competente, con control judicial, puede disponer esa separación, cuando resulte necesaria para salvaguardar el interés superior del niño. En estos casos, los interesados (niños, padres, y otros familiares convivientes o no convivientes), deben poder participar en el procedimiento de la separación, y dar sus opiniones al respecto. Producida la separación el Estado debe garantizar al niño objeto de la medida, poder mantener relaciones personales y contacto regular con sus progenitores.

La ley nacional 26061 de Protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes fue sancionada en el 2005 y tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para 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. En su art. 39 se establece que “las medidas excepcionales son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio”. A través de estas medidas se busca la conservación o recuperación del ejercicio y goce de los derechos vulnerados al niño/a, y la reparación de sus consecuencias⁷. Estas medidas deben ser limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen. Son procedentes cuando, previamente, se hayan cumplimentado

⁵ Convención sobre los derechos del niño. Art. 19.

⁶ Convención sobre los derechos del niño. Art. 9.

⁷ Ley nacional 26061, de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 39.

debidamente las medidas de protección integral de derechos⁸. Una vez declarada la procedencia de la medida excepcional, la autoridad local de aplicación debe notificar a la autoridad judicial competente dentro del plazo de veinticuatro horas⁹. Ésta dentro del plazo de setenta y dos horas de notificada, con citación y audiencia a los representantes legales, debe resolver la legalidad de la medida; resuelta ésta, la autoridad judicial competente debe derivar el caso a la autoridad local de aplicación para que ésta implemente las medidas pertinentes. Se establece una doble instancia de intervención –administrativa y judicial, un sistema binario, que respeta lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño.

En la provincia de Córdoba, su Constitución, sancionada en 1987, establece que el niño/a tiene derecho a que el Estado, mediante su responsabilidad preventiva y subsidiaria, le garantice el crecimiento, el desarrollo armónico y el pleno goce de los derechos, especialmente cuando se encuentre en situación desprotegida, carenciada o bajo cualquier forma de discriminación o de ejercicio abusivo de autoridad¹⁰. En el año 2007 la provincia de Córdoba, a través de la ley 9.396, adhiere a los principios y disposiciones previstas en la Ley Nacional N° 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Finalmente en el año 2011 se sanciona la ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, que consagra tres niveles de protección respecto de los derechos de la niñez: a) medidas y procedimientos de primer nivel¹¹ Medidas de Promoción, que suponen la implementación de políticas públicas de promoción de derechos, políticas de prevención de vulneración de derechos; incluyendo así mismo actividades de coordinación interinstitucional e intersectorial; b) medidas y procedimientos de segundo nivel¹² Medidas de protección. Son aquellas que se toman para preservar o restituir el pleno goce y ejercicio de los

⁸ Ley nacional 26061, de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 33.

⁹ Ley nacional 26061, de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 40.

¹⁰ Córdoba. Constitución Provincial. Art. 25

¹¹ Córdoba. Ley 9944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Título IV. Capítulo I. Art. 41.

¹² Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Título IV. Capítulo II. Art. 42 a 47.

derechos amenazados o vulnerados. En ningún caso estas medidas puede constituir la separación de la niña, niño o adolescente de su centro de vida y c) Medidas y Procedimientos de Tercer Nivel¹³ medidas excepcionales: 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.

Asimismo esta materia está regulada por una serie de principios sustantivos y procesales que caracterizan y especifican el sistema de protección de los derechos de la niñez, y constituyen un importante elemento orientador para la intervención de los distintos operadores en los organismos administrativos y judiciales que lo constituyen. Esta potencialidad orientadora, no se limita a guiar la actividad legislativa o de los operadores jurídicos, exclusivamente, sino que, por el contrario, alcanza a la actividad, rol y funciones de todos los que, desde otras áreas disciplinares (trabajo social, psicología, educación, etc.), participan en las diferentes etapas y modalidades – administrativa y judicial - de esta protección, y que deben por tanto, enderezar sus funciones hacia el logro de los fines que suponen estos principios. Estos principios generales del derecho de la niñez, como ya hemos señalado en una publicación anterior, son principios positivos, explícitos, en su mayoría, aunque no todos, y sectoriales, en cuanto se los utiliza en la interpretación, integración y sistematización de las normas que regulan la promoción y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes¹⁴. Pueden ser clasificados en principios materiales o de fondo, y en principios adjetivos, de procedimiento o de forma. Los principios sustantivos o materiales son aquellos que establecen el contenido de los derechos de la niñez, mientras que los principios formales, adjetivos, o de procedimiento regulan los mecanismos para promover, proteger y hacer efectivos los derechos de la niñez, a través de los órganos del Estado y de las organizaciones no gubernamentales. Entre los principios positivos sustantivos o materiales, que hemos desarrollado en la publicación mencionada, se destacan los siguientes: el niño como sujeto activo de derechos, el interés superior del

¹³ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Título IV. Capítulo III. Art. 48 a 55.

¹⁴ VILLAGRA, Ángel y SEQUEIRA, Eugenia: “Los principios sustantivos del Sistema de Promoción y Protección Integral de la Niñez”. En *Anuario XVI* (2015). Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Córdoba. 2016, p 206.

niño, la responsabilidad primaria de la familia, y conjunta y subsidiaria de la comunidad y el Estado, la familia como núcleo central de protección, la excepcionalidad de la separación del niño de su familia, la igualdad y no discriminación y la efectividad de los derechos del niño. Entre los principios adjetivos o procedimentales podemos mencionar al principio de orden público, el de intervención mínima y dañosidad mínima, el de proporcionalidad de la reacción, el de protección de la intimidad y secreto, el de interdisciplinariedad de la intervención, el de concentración, el de inmediación, el de oficiosidad, el de la verdad real, el de reformabilidad de las decisiones y el de participación de los niño/as y de los padres en el procedimiento administrativo y judicial.

B) LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS

Las medidas de protección integral de los derechos de los niño/as son todas aquellas que se adoptan ante la amenaza y/o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias¹⁵. Estas medidas, que son adoptadas por el órgano administrativo competente local, pueden ser de dos clases conforme a su naturaleza: medidas ordinarias -socioeducativas- o medidas extraordinarias o excepcionales. En la provincia de Córdoba, la legislación prevé tres niveles de medidas, las ordinarias corresponden al segundo nivel y las excepcionales al tercer nivel.

Las medidas de protección de segundo nivel, ordinarias, o socioeducativas, son todas “aquellas adoptadas ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de una o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, para preservar o restituir a los mismos el goce y ejercicio de los derechos amenazados o vulnerados o la reparación de las consecuencias de su vulneración”¹⁶. Son adoptadas y ejecutadas por el órgano administrativo local competente, y tienen por finalidad la

¹⁵ Ley nacional 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 33.

¹⁶ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 42.

preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares, y deben evitar la separación del niño/a de su familia de origen o centro de vida.

C) LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN EXCEPCIONALES

Las medidas extraordinarias o excepcionales son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños o adolescentes, temporal o permanentemente, fueron privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio¹⁷. Se deciden en situaciones de suma gravedad, de emergencia y urgencia, son de aplicación restrictiva¹⁸, y consisten en la separación del niño de su centro de vida, constituido generalmente por su grupo familiar de origen. Y son siempre subsidiarias a las medidas ordinarias. Se las caracterizan como excepcionales, temporales, preventivas, subsidiarias, reformables, fundadas, instrumentales y condicionadas¹⁹. Estas medidas excepcionales tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del pleno ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias y deben constituir un resguardo para la persona del niño/a²⁰. Podemos distinguir dos tipos de medidas excepcionales: las temporales o transitorias y las permanentes o definitivas²¹. Las medidas temporales son aquellas que permanecen mientras subsistan las causas que originan su adopción, y buscan la reinserción del niño en su centro de vida o familia de origen.

¹⁷ Ley nacional 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes Art. 30. Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 48.

¹⁸ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 53.

¹⁹ QUIROGA, Emilio Damián: “*Medidas de protección excepcional de derechos. Ley Nacional. Ley provincial*”. En CARRANZA, Jorge Luis: *Violencia Familiar Ley N° 9.283 Protección Integral de Derechos de Niñas, niños y Adolescentes. Ley N° 9.944*. Alveroni Ediciones. Córdoba. 2012, p 208.

²⁰ Ley nacional 26061. de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 30. Córdoba. Ley 9.944. de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 48.

²¹ Ley nacional 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes Art. 30. Córdoba. Ley 9944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes Art. 48.

Consisten en la reubicación del niño en su familia extensa, en una familia comunitaria, de acogimiento o en una residencia. Las medidas excepcionales permanentes o definitivas, que se adoptan solo sino hay posibilidades de que niño/a regrese a su centro de vida o familia de origen, ubicándolo en forma definitiva en algún ámbito de la familia extensa o comunitaria, o declarando al niño/a en situación de adoptabilidad y derivándolo al sistema de adopción.

D) EL NIÑO SUJETO DE PROTECCIÓN EN LA MEDIDA EXCEPCIONAL

a) El perfil socio económico del niño/as

El análisis de los expedientes judiciales de control de legalidad de las ciento cinco medidas excepcionales que constituyeron la muestra de nuestra investigación, nos permitió sistematizar y elaborar un perfil socio familiar y demográfico del niño y las familias objeto de esas medidas, a partir de la información recogida sobre: a) el **sexo**: un 52 % de los niños son mujeres y el 48 %, varones; b) la **edad**: en el 39 % de los casos, los niño/as tienen menos de seis años (el 6 % de estos tenía menos de dos meses de vida), en el 32 %, de seis a doce años, y en el 29 %, más de doce años.; c) el **nivel de instrucción del niño/a**: el 38 % de los niño/as, se encontraban en edad no escolar (3 años o menos). De los niño/as en edad escolar, el 53% se encontraban escolarizados, y cursando de acuerdo a lo esperado para su edad cronológica, el 2% eran repitentes y el 43 % no asistían a una institución educativa, a pesar de que por su edad deberían concurrir; en un 2% no se contaba con datos; d) el **barrio donde está ubicado el centro de vida del niño/a**: en un 71 % de las medidas excepcionales, los niño/s tenían su hogar familiar o centro de vida en barrios con un alto nivel de necesidades insatisfechas, en un 21%, en barrios con nivel medio de necesidades básicas insatisfechas, y solo en el 8 % en barrios con nivel bajo de necesidades insatisfechas; e) la **salud del niño/a**: en un 62% no consta la presencia de problemas de salud, en un 38% se registraron la presencia de algún problema de salud. Las lesiones físicas (30%), la desnutrición (18%) y las enfermedades relacionadas con la salud mental (17%) resultaron las más frecuentes. En un 10% presentaban adicciones, en un 9% enfermedades neurológicas. Las enfermedades cardíacas y

psiquiátricas aparecían en un 2%. Un 12% de los niño/as presentaban otras enfermedades.

2) El perfil de las madres de los niño/as sujetos de las medidas excepcionales

En un 55% de las medidas, la progenitora realizaba alguna **actividad laboral**. Siendo las actividades más significativas el trabajo como cuentapropista sin aportes, en un 40% y el trabajo intradoméstico, en un 38%. En relación al **nivel de instrucción** en un 9 % no sabe leer ni escribir, un 46 % realizó estudios primarios completos y un 18 % tiene estudios primarios incompletos. En tanto un 18 % tiene estudios secundarios incompletos y un 9 % realizó estudios secundarios completos. Respecto a la situación de **salud** de la madre, en un 52% presentaban algún problema de salud. Los problemas de salud más frecuentes fueron: el consumo de sustancias (53%) y las enfermedades relacionadas con la salud mental (37 %).

3) El perfil de los padres de los niño/as sujetos de las medidas excepcionales

Un 41% de los padres de los niños, niñas y adolescentes **trabajaban**. De los que trabajan, un 60% realizaba actividades como cuentapropista y un 40% era asalariado. En cuanto al **nivel de instrucción** en un 25% los padres contaban con educación primaria completa, un 25% secundario incompleto, un 17% secundario completo, un 17% terciario completo y un 16% universitario completo. Acerca de la presencia de problemas de **salud** un 19% registraba problemas, siendo el más significativo el consumo problemático de sustancias y alcoholismo (63%).

4) La estructura del grupo familiar de los niño/as

La estructura del grupo familiar que constituye el centro de vida de los niño/as respecto a los cuales se adoptan las medidas excepcionales estudiadas, en un 33% se trataba de familias mono parentales con jefatura femenina (la mujer asume la conducción, quedando los hijos a su cargo), en un 21% familias nucleares (madres, padres e hijos), en un 14%, familias

extensas (niño que convive con familiares que no son sus progenitores), en un 14%, familias reconstituidas (formada por una pareja en la cual uno o ambos miembros tienen uno o más hijos de una relación anterior), un 9% familias mono parentales con jefatura masculina (el hombre asume la conducción, quedando los hijos a su cargo) en un 6%, familias ensambladas: (formada por parejas o matrimonios de gente separada divorciada o viuda que se han vuelto a casar o formar pareja y en las cuales los hijos del padre o de la madre, producto de un primer matrimonio conviven con la nueva pareja sumado a los hijos que pudieran tener). En un 3% de los expedientes no aparecía este dato. Por otra parte, respecto del número de personas convivientes en el grupo familiar, en un 54% se trataba de familias numerosas cuyos miembros eran 5 o más, en un 37% las familias estaban conformadas por hasta 4 personas. En el 9 % no se contaba con esta información. Un 32% de los grupos familiares de los niños, niñas y adolescentes residían en viviendas propias, en un 30% en vivienda prestada, un 12% en vivienda alquilada, en un 12% en vivienda usurpada, en un 9% vivían en una pensión y un 5% en un terreno fiscal.

5) Las conclusiones sobre el perfil socio económico de los niño/as y su núcleo familiar

A partir de los resultados obtenidos respecto al perfil socio económico de los niños, niñas y adolescentes, sujetos de protección, y de sus núcleos familiares, se observa que la distribución por sexo se encuentra cercana a la proporcionalidad. Desde el punto de vista de la edad en la muestra obtenida la mayor cantidad de niños se encontró en el rango que va desde el nacimiento hasta los seis años. De estos, un seis por ciento tenía menos de dos meses. En relación al ámbito escolar, se destaca como información relevante un alto porcentaje de niños, niño y adolescente que no asistía a la escuela aunque por su edad debía concurrir a una institución educativa. La no escolarización, en niños que correspondería estarlo, da cuenta de una importante deuda del Estado en materia de garantizar derechos establecidos en la normativa vigente. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la educación pública y gratuita²². La problemática de los niños

²² Córdoba. Ley 9944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, Artículo 18.

no escolarizados, favorece los procesos de fragmentación social, aumenta las desigualdades y profundiza su situación de vulneración.

En lo que se refiere a la situación salud de los niño/a, más de la mitad presentaba algún problema de salud, apareciendo las lesiones físicas, la desnutrición y los problemas relacionados con la salud mental, los más frecuentes.

Los niño/as vivían en su mayoría en la familia monoparental con jefatura femenina, en segundo lugar la familia nuclear. Más de la mitad de los niños, niñas y adolescentes residían en familias numerosas.

Si bien el cambio de legislación, y de paradigma respecto a la protección de los derechos de la niñez pretendía evitar la criminalización de la pobreza, hoy todavía el setenta y uno por ciento de las medidas excepcionales se adoptan en barrios con un alto nivel de necesidades insatisfechas. La tarea de protección y restitución de derechos enfrenta el desafío de operar en el contexto de importantes desigualdades, que llevan a que la niñez sea uno de los grupos más vulnerados. Se hace fundamental entender cómo se articulan las concepciones de protección integral de derechos establecidos en las normas con las condiciones sociales concretas y con algunas prácticas e instituciones mediante las cuales el Estado se dirige a la niñez, en general, y a los grupos más vulnerables en particular.

Con respecto a la situación laboral de los progenitores, en el caso de las madres, la mitad trabajaba, desempeñándose como cuentapropista sin aportes. En cuanto a los padres, menos de la mitad estaba inserto en el mercado laboral, siendo la más relevante actividad, la desarrollada como cuentapropista sin aportes. Esta situación refleja que hay una fuerte inserción de los adultos responsables en el mercado informal del trabajo, con trabajos poco calificados, de bajos ingresos y sin la protección social que otorgan los trabajos formales.

En cuanto a la situación de salud de las madres, más de la mitad presentaba algún problema de salud. El consumo de sustancias ilegales y problemas vinculados a la salud mental fueron lo más frecuentes.

Como hecho significativo de la investigación, aparece el alto porcentaje de expedientes donde no constaban datos respecto del nivel de instrucción de los progenitores, por lo que los resultados obtenidos no eran estadísticamente significativos (en un setenta y nueve de las madres y en un ochenta y ocho por ciento de los padres). Esta misma situación se reprodujo respecto a la salud del progenitor, en un ochenta y uno por ciento no había

registros. Es posible que esta falta de información acerca de las figuras paternas se deba por un lado a que en muchos casos no existía vínculo paterno filial, y por el otro a que persisten prácticas instituidas, respecto de que las cuestiones referidas a la reproducción cotidiana y la crianza de los hijos, corresponde al rol femenino, reforzando las intervenciones de los profesionales intervinientes, en muchos casos, estas concepciones, al indagar generalmente, en forma prioritaria o exclusiva, en los familiares por vía materna. Posiblemente esta situación se revierta a partir de que la SENAF ha implementado formularios para la solicitud de la adopción, prórroga, innovación y cese de las medidas de protección y de las medidas excepcionales. Estos formularios prevén la consignación de los datos del sujeto de protección (apellido y nombre, DNI, edad, fecha de nacimientos, datos sobre el grupo familiar conviviente (vínculo, apellido y nombre DNI, edad, teléfono, ocupación, obra social), sobre el domicilio donde vive el niño/a con derechos vulnerados, sobre otros referentes afectivos, sobre la situación de vulneración de derechos, sobre los derechos amenazados o vulnerados, reseña de las intervenciones realizadas, las medidas de protección adoptadas, la evolución de las razones del fracaso de las medidas de protección ordinarias adoptadas, la sugerencia fundada de la medida excepcional adoptada, y la opinión del niño/a sobre la medida.

E) LA SITUACIÓN QUE AMERITA LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA EXCEPCIONAL

La adopción de la medida excepcional requiere que al momento de su aplicación exista un contexto familiar y social que amenace o vulnere seriamente los derechos fundamentales del niño/a o adolescente en cuestión. La situación de vulneración, requisito fáctico de la medida, puede consistir en amenazas o perjuicios graves a la salud física o mental de los niño/as, o casos de niño/as víctimas de abuso o maltrato por los padres y/u otros convivientes, donde no exista la posibilidad de excluir del hogar al victimario²³.

En los expedientes analizados, las principales situaciones que originaron la demanda de intervención del organismo administrativo y posteriormente la adopción por este de una medida excepcional fueron: a) la

²³ Poder Ejecutivo Nacional. Decreto 415/06. Art. 3.

negligencia en el cuidado del niño por parte de los padres o guardadores: 54 % de los casos, b) el maltrato o violencia física al niño: 38 %, c) el maltrato o violencia psicológica o emocional al niño: 15 %, d) el maltrato o violencia verbal al niño: el 10 %, e) las situaciones de conflicto del niño con sus progenitores o familiares: 10 %, f) el maltrato o violencia sexual al niño, el 5 %, g) el consumo problemático de sustancias tóxicas por los progenitores: el 5 %, e i) la voluntad de la madres de dar al niño en adopción: 5 %. En porcentajes menos significativos, otros motivos fueron: el consumo de sustancias tóxicas del niño, el niño testigo de violencia física, verbal, o sexual en el grupo familiar, el abandono de la madre al momento de dar a luz al niño/a, etc.

Cabe señalar que en algunos casos aparecía más de un motivo que originaba la intervención de los órganos administrativos, viéndose afectado los derechos de los niños, niñas y adolescentes por distintas de circunstancias que los colocaban en situación de vulnerabilidad.

En el 89 % de los casos, las vulneraciones de derechos que originaron la adopción de las medidas excepcionales, se venían dando a lo largo del tiempo, es decir correspondían a situaciones que ya podían ser calificadas como crónicas, al momento de la intervención de los organismos de protección de derechos. En relativamente pocos casos, (el 11%) la medida se adopta ante una situación grave y aislada de vulneración, destacándose entre estas, el abandono de la madre del niño al momento de dar a luz. (5 %).

F) LA ADOPCIÓN PREVIA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES

Las normas vigentes establecen que las medidas excepcionales "...sólo proceden cuando la aplicación de las medidas de protección integral ordinarias resulten insuficientes o inadecuadas para su situación particular"²⁴. Por lo tanto se prevé una doble posibilidad: que las medidas sean insuficientes, lo cual supone que previamente se hayan adoptado y aplicado las medidas ordinarias de protección, y la medida excepcional sería complementaria a aquellas, o que las medidas ordinarias sean inadecuadas.

²⁴ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes Art. 48.

cuadas, y por lo tanto se requiere su innovación a una medida excepcional. Se señala que debe ser evidente o estar probada la insuficiencia o inadecuación de las medidas de protección ordinarias, sin que sea estrictamente necesario siempre que se hayan adoptado en forma previa dichas medidas²⁵.

En los expedientes judiciales donde se formaliza el control judicial de las medidas excepcionales, en setenta y seis por ciento de los casos analizados, no consta la adopción de medidas de protección anteriores. La emergencia y urgencia de las situaciones, pueden ser los motivos que fundamentan la ausencia de implementación de estas medidas ordinarias, o de su falta de formalización en los expedientes. La legislación, con carácter enumerativo, pero no taxativo, sin agotar las posibles, proporciona un listado de los tipos de medidas ordinarias²⁶ Conforme a esa enumeración, en los casos donde consta la adopción de medidas de protección ordinarias anteriores, éstas consistieron en: a) aquellas tendientes a que las niñas, niños y adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar; en un 88 % de las medidas; b) la inclusión de los niño/as y sus familias en programas tendientes a la educación y capacitación de los mismos o, en su caso, a la inserción laboral: en un 64 %, c) el fortalecimiento y apoyo familiar: en un 56 %, e) el tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico ambulatorio de los niños o padres: en un 48 %. En porcentajes inferiores aparecen la implementación de medidas tendientes al cuidado en su propio hogar, con orientación y apoyo a los padres, seguimiento de la familia y de las niñas, niños y adolescentes, la asistencia económica, la prohibición y/o restricción de comunicación, relación, entrevista y/o cualquier conducta similar entre el niño/a y sus padres o guardadores, etcétera. Según se observó en los expedientes en muchos de los casos se aplicaron más de una medida de protección, implementándose diferentes estrategias de manera simultánea.

²⁵ GONZÁLEZ DEL SOLAR, José: *Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes*. Editorial Mediterránea. Córdoba. 2013, p 108.

²⁶ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes Art. 45.

G) EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES

En la provincia de Córdoba, la ley 9.944 regula el procedimiento administrativo de la adopción de las medidas excepcionales, en sus artículos 48 a 55. La intervención del órgano administrativo puede originarse en la demanda directa de la propia niña, niño o adolescente, o de sus padres u otros representantes legales, o de miembros convivientes, de su familia o de su centro de vida. También puede tener origen en cualquier agente o miembro de los equipos técnicos del Estado nacional, provincial municipal o comunal, o en miembros de la comunidad, agrupados o no²⁷. El nuevo régimen legal provincial se propone desjudicializar la protección de los derechos de la niñez, y para ello, establece que las medidas de protección ordinarias y también las excepcionales deben ser adoptadas por la autoridad administrativa local de aplicación²⁸. Los órganos administrativos aparecen como ámbitos de protección más reparadores y preventivos, que el órgano judicial. La declaración de la procedencia, la adopción y el cumplimiento de estas medidas queda a cargo de los órganos administrativos provinciales responsables de la protección de los derechos de la niñez: la SENAF y sus dependencias, y las Unidades de Desarrollo Regional (UDER)²⁹.

Los equipos técnicos administrativos intervinientes son los que deben solicitarla aplicación de la medida excepcional una vez que hayan determinado que las medidas ordinarias instrumentadas son insuficientes o inadecuadas y que persiste la situación de amenaza o vulneración de derechos³⁰. O cuando resulte evidente que la posible implementación de medidas ordinarias resultaría insuficiente o inadecuada, atenta la gravedad de la situación. En dicha solicitud debe constar de los datos de los sujetos de protección, su grupo familiar y referentes afectivos, la descripción de la situación de vulneración de derechos, la reseña de las eventuales

²⁷ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 50.

²⁸ Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 40.

²⁹ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 48.

³⁰ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 51.

intervenciones realizadas como medidas de protección ordinarias, y una evaluación de las razones del fracaso de su implementación, y la sugerencia fundada de la medida excepcional que se considera apropiado adoptar. La solicitud debe ir acompañada de la documentación correspondiente para establecer la identidad de los niño/as, padres, guardadores, etc., los vínculos familiares, y los informes técnicos elaborados y firmados por los profesionales de los equipos intervinientes.

La problemática de la niñez requiere de un abordaje interdisciplinario donde especialistas de diversas disciplinas científicas integren sus aportes para la consecución de un objetivo común. La conformación de los equipos interdisciplinarios demanda su integración con profesionales y técnicos de diversas disciplinas. Estos equipos, respecto a las medidas de protección ordinarias y excepcionales, participan en distintas instancias; solicitándolas o cumplimentándolas, siendo quienes deben relevar y diseñar la estrategia de abordaje de las mismas³¹³². Se propone un abordaje interdisciplinario, a fin de lograr una intervención integrada, integral y adecuada, que abarque los múltiples aspectos a considerar, en pos de obtener una visión lo más completa posible de la compleja problemática sobre la que se actúa, así como de las alternativas para superarla. Una vez adoptada la medida, las actuaciones administrativas con los informes técnicos interdisciplinarios, deben ser puestas a disposición de juez o tribunal competente, para su debido control de legalidad³³. Se establece también que "... Los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos y las Unidades de Desarrollo Regional (UDER) deben contar con equipos profesionales interdisciplinarios...". Los equipos técnicos administrativos, integrados mayoritariamente por psicólogos, trabajadores sociales y médicos, son los que relevan y analizan información, y luego diseñan, y ejecutan estrategias para el abordaje de la niñez. También en el Poder Judicial encontramos los equipos técnicos multidisciplinarios del Fuero de Niñez, Adolescencia y Violencia Familiar.

³¹ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 46.

³² Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 51.

³³ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 48.

Conforme a lo observado en los expedientes los trabajadores sociales intervienen en el 71 % de las medidas, los psicólogos en el 53 %, los médicos en el 13 %. De ese análisis se desprende también que en el 99 % de las medidas, existen informes técnicos para fundamentarla, y estos fueron elaborados en forma individual en el 68 % de los casos (42 % trabajadores sociales, 25 % psicólogos y 1 % otros profesionales). En el 7 % fueron elaborados en forma conjunta por trabajadores sociales, y en forma conjunta interdisciplinaria en el 25 % de los casos (en el 17 % entre trabajadores sociales y psicólogos).

De lo observado podemos concluir que si bien la adopción de las medidas excepcionales siempre va acompañada de informes técnicos, en muchos casos los informes son elaborados en forma individual o por equipos de una sola disciplina. En general se puede observar una mayor incidencia de los informes elaborados por profesionales del Trabajo Social, en la adopción y fundamentación de las medidas.

En función del principio de inmediación en la decisión, y de participación del niño en el procedimiento, del derecho del niño a ser oído, y que su opinión sea tenida en cuenta en todas decisiones que se adopten en relación a ellos, antes de la adopción de una medida excepcional, los equipos técnicos de la SENAF, de las UDERs o de los Servicios locales que correspondiere, deben tener una entrevista personalizada, con el niño/a, con sus progenitores y/u otras personas involucradas³⁴. En el 54 % de los expedientes analizados consta su realización. En un 46 % no consta la realización de entrevista, en un 30 % donde no se realizó entrevistas los niño/as son menores de tres años. Entre los niños mayores de siete años, en el 80 % se realizó la entrevista, y entre los tres a seis años solo en el 15 %.

En los informes de esas entrevistas, cuando los dichos del niño fueron transcritos en forma literal en el 20 % de los informes, a través de una interpretación de los profesionales intervinientes en el 26 %, y en ambas formas en el 54 %.

Los profesionales, intervinientes antes de la toma de la medida excepcional, realizaron también entrevistas con otros familiares, representantes o allegados del niño, en el 79 % de los casos. De los familiares entrevistados el 71 % son mujeres (abuelas, tías, hermanas, bisabuelas,

³⁴ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 46.

etc.) y sólo el 29 % varones. El 74 % de los entrevistados pertenecen a la familia materna, y el 26 % a la familia paterna. Esto muestra que se sigue reforzando y reproduciendo la prevalencia del rol materno sobre el paterno, en los ámbitos familiares, y en relación al cuidado personal de los niño/as.

En el art. 31, inc.c y d de la Ley 9.944 se establece el derecho del niño/a a ser asistido por un letrado especializado en niñez y adolescencia, aspecto técnico de su derecho a defensa, desde que comienza el procedimiento administrativo o judicial, sin perjuicio de la intervención del Ministerio Pupilar cuando corresponda, y la obligación del Estado de asignarle uno de oficio cuando carezca de recurso económicos. Su actuación debe tender siempre a lograr la tutela efectiva de los derechos del niño/a. Se han señalado dos presupuesto para su actuación: la valoración de la etapa evolutiva en que se encuentra el niño, y la existencia de intereses contrapuestos entre el niño y sus representantes legales³⁵

La SENAF y las Unidades de Desarrollo Regional (UDER) son los únicos organismos con competencia para dirigir el procedimiento y para declarar y disponer fundadamente alguna medida excepcional, medidas que son de aplicación restrictiva. Relevamos que la SENAF dispuso el 96 % de ellas y las UDER el 4 % restante³⁶.

La legislación prevé que luego de adoptada la medida, en todos los casos debe intervenir la Subdirección de Asuntos Legales de la SENAF, que debe fundamentarla legalmente, conforme a los informes técnicos remitidos por la autoridad interviniente³⁷.

³⁵ MAFFINI, Malvina: *Abogado del niño. Su actuación en sede administrativa y sede judicial dentro del marco de aplicación de la ley provincial 9.944*. En CARRANZA, JORGE LUIS: *Violencia Familiar Ley N° 9.283 Protección Integral de Derechos de Niñas, niños y Adolescentes. Ley N° 9.944*. Alveroni Ediciones. Córdoba. 2012, p 160.

³⁶ Debemos hacer notar que todos los expedientes analizados corresponden a la primera circunscripción judicial de la Provincia de Córdoba, que abarca a la ciudad de Córdoba. En este ámbito territorial intervienen los organismos de la SENAF. Excepcionalmente intervienen las UDERs de Cosquín y Alta Gracia- Presentaremos algunos resultados relacionados, con el análisis de las medidas excepcionales adoptadas por la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia de la provincia de Córdoba, de los informes sociales que las fundamentan y del control de legalidad realizado por los Tribunales de Niñez, Adolescencia y Violencia Familiar de la primera circunscripción del Poder Judicial de la provincia de Córdoba.

³⁷ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 53.

Estos trámites administrativos y otros que eventualmente fueran necesarios luego de la adopción de la medida excepcional, no obstan a su aplicación urgente e inmediata, cuando lo contrario implique un grave riesgo para la vida e integridad psicofísica del niño/a³⁸. La medida puede ser ejecutada antes de ser notificada, e incluso cuando haya oposición por parte del niño o de sus progenitores o familiares convivientes. Ni la oposición, ni el control judicial tienen en nuestra provincia efecto suspensivo. El acto administrativo tiene presunción de legalidad³⁹.

La documentación de la adopción de las medidas excepcionales por parte de los organismos intervinientes se realizará través de diversos instrumentos, siguiéndose formularios preelaborados por la autoridad de aplicación: acuerdos suscriptos por funcionarios o profesionales del órgano administrativo con los padres o encargados del niño objeto de la medida excepcional, acuerdos suscriptos por los nuevos guardadores del niño; notificación a los padres de la niño y/o nuevos guardadores sobre la medida adoptada; y acta audiencia y/o notificación del niño/a.

La medida adoptada debe ser notificada a los representantes legales, familiares o responsables de la niña, niño o adolescente⁴⁰. Se señala que también debe ser notificada al niño/a objeto de la medida, con las palabras adecuadas que le permitan comprender y dar significado al cambio que la medida va a introducir en su vida, y le posibilite conocer su naturaleza, duración y finalidades⁴¹.

H) LOS CRITERIOS LEGISLATIVOS PARA LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA

En la legislación, internacional, nacional y provincial vigente, se establecen criterios para discernir la oportunidad, conveniencia, modalidad y duración de las medidas excepcionales. Entre estos criterios se destacan:

³⁸ Córdoba, Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 51.

³⁹ GONZÁLEZ DEL SOLAR, José: *Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes*. Editorial Mediterránea. Córdoba. 2013, p 117.

⁴⁰ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 54.

⁴¹ GONZÁLEZ DEL SOLAR, José: ÓP. CIT., p 111.

a) la consideración - no la mera declamación - del interés superior del niño/a, teniendo en cuenta las necesidades psicofísicas del mismo, b) la priorización de los ámbitos familiares alternativos, buscándose familiares consanguíneos o por afinidad, del grado más próximo posible, u otros guardadores con vínculos de amistad y vecindad⁴²; c) la temporalidad de la permanencia del niño/a en dichos ámbitos familiares alternativos⁴³; d) la necesidad de escuchar y tener en cuenta, la opinión de los niño/as, en la elección de dichos ámbitos; e) la imposibilidad de exclusión de la persona que ocasiona el perjuicio a los derechos del niño/a del centro de vida⁴⁴, f) la preferencia por ámbitos que posibiliten la continuidad en la educación del niño/a objeto de la medida⁴⁵; g) la consideración del origen étnico, religioso, cultural o lingüístico del niño/a⁴⁶; h) la excepcionalidad, subsidiariedad y temporalidad de las formas convivenciales alternativas (residencias); i) las formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar de origen, con el objeto de preservar la identidad familiar de los niño/as; i) la preservación de la convivencia de los grupos de hermanos, y en caso de que esto no sea posible, se debe garantizar el contacto frecuente entre sí; j) la no privación de la libertad del niño/a, es decir su colocación en lugares donde el niño/a no pueda salir por su propia voluntad, salvo los casos previstos en las normativas vigentes; k) la prohibición de su fundamentación en la falta de recursos económicos o físicos de los padres, o por la ausencia de políticas o programas del organismo administrativo respecto a ello, l) la temporalidad de la permanencia en centros terapéuticos de salud mental o adicciones⁴⁷, ll) la efectiva vigencia de las garantías constitucionales del niño/a y de su progenitores en el procedimiento administrativo y judicial de adopción, control y seguimiento de la medida; m) la participación del niño/a y/o sus progenitores en dicho procedimiento, n) la salvaguarda del derecho de defensa del niño, a través de la designación de un abogado

⁴² GONZÁLEZ DEL SOLAR, José: op. cit., p 111.

⁴³ Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 39.

⁴⁴ Decreto Nacional. 415/06. Art. 39.

⁴⁵ Convención sobre los derechos del niño. Art. 20.

⁴⁶ Convención sobre los derechos del niño. Art. 20.

⁴⁷ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes... Art. 49.

para que lo represente⁴⁸, además de la representación promiscua ejercida por el Ministerio Público.

I) LAS DISTINTAS FORMAS DE ADOPCIÓN DE LA MEDIDA EXCEPCIONAL

La medida excepcional puede adoptar distintas formas, conforme a dónde el niño/a sea reubicado/a. En la muestra de analizada, el niño fue ubicado en la familia ampliada en el 76 % de los casos, en una familia de la comunidad (vecinos, etc.), en el 6 %, en una familia de acogimiento, en el 9 %, y en una residencia, también en el 9 %.

Los niño/as separados temporalmente de su medio familiar tiene derecho a la protección y asistencia especial del Estado⁴⁹.

La ley establece que de resultar necesario recurrir al empleo de la fuerza pública para el cumplimiento de la medida excepcional, se debe requerir a la autoridad judicial competente las órdenes respectivas y a ese solo efecto⁵⁰.

La legislación prohíbe expresamente cualquier tipo de sanción al niño/a en caso de incumplimiento por parte de este, de las medidas excepcionales dispuestas⁵¹.

J) LA TRANSITORIEDAD DE LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES

Se establece que las medidas ordinarias deben ser temporales o transitorias⁵², es decir limitadas en el tiempo, no pudiendo exceder de los 90 días⁵³. La temporalidad de las medidas ordinarias se fundamenta

⁴⁸ MAFFINI, Malvina, op. cit., p 158.

⁴⁹ Convención sobre los derechos del niño. Art. 20.

⁵⁰ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 55.

⁵¹ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.- Art. 55.

⁵² Ley nacional 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes... Art. 30. Segundo párrafo.

⁵³ Poder Ejecutivo de la Nación. Decreto 415/06.

en el principio de que lo distinto a lo normal no puede ser permanente, y su finalidad debe ser siempre el regreso a la normalidad, es decir a la convivencia del niño/a con sus progenitores o en su centro de vida⁵⁴. Las medidas solo están justificadas mientras subsistan las causas que les dieron origen. El plazo debe quedar claramente consignado al adoptarse la medida. En el 95 % de las medidas analizadas se estableció como plazo, el máximo permitido, es decir noventa. En el 5 % restante no se estableció el plazo al momento de adoptarse la medida, siendo fijado con posterioridad por el órgano administrativo, antes de la elevación al Juez competente para su control.

K) LA PRESERVACIÓN DE LA CONVIVENCIA DE LOS NIÑO/A HERMANOS

Cuando la medida excepcional se adopta respecto a grupos de hermanos o hermanos por vía materna o paterna la legislación establece que está condicionada a la preservación de la convivencia entre ellos, y en caso de que esto no fuera posible, se debe garantizar el contacto frecuente entre ellos. En el 65 % de las medidas se trata de hermanos o hermanos por vía materna o paterna. En el 59 % de las medidas adoptadas respecto a hermanos o hermanos por vía materna o paterna, los niño/as fueron ubicados en un mismo lugar.

L) LA REVISABILIDAD DE LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES

Las medidas deben ser revisadas periódicamente, y son reformables, es decir que existe la posibilidad de que la medida sea innovada⁵⁵. La innovación de la medida solo puede ser dispuesta por la autoridad administrativa, cualquiera sea el ámbito donde el niño/a estuviere alojado, y debe ser objeto de control de legalidad por el juez competente interviniente⁵⁶.

⁵⁴ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, María Victoria FAMA y Marisa HERRERA: “*Ley de Protección integral de niñas, niños y adolescentes*”. Ediar. Buenos Aires 2007. p 571.

⁵⁵ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 48.

⁵⁶ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 48.

LL) LA PRORROGABILIDAD DE LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES

Cumplido el plazo establecido, la medida puede ser prorrogada⁵⁷, cuando persistan las causas que le dieron origen. Cada prórroga no puede ser mayor de noventa días, y debe ser fundada en informes técnicos, notificada a todas las partes, y susceptible de control judicial formal y sustancial⁵⁸. Del análisis de los expedientes realizado se desprende que en el 72 % de los casos la medida fue prorrogada o innovada, en el 38 % de los casos hubo una prórroga o innovación; en el 16 %, dos; y en el 18 %, más de dos. Solo en el 28 % de los casos las medidas cesaron sin que hubiera prórrogas o innovaciones.

M) EL CESE DE LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES

El cese de las medidas excepcionales debe ser siempre autorizado por la autoridad de aplicación de la medida, es decir la SENAF, la UDER o los servicios locales intervinientes en su adopción, cualquiera sea el ámbito en que se encontraran albergados (familia extensa, familia comunitaria, familia de acogimiento o residencia)⁵⁹.

N) LA RESOLUCIÓN DEFINITIVA DE LA MEDIDA EXCEPCIONAL

La legislación provincial establece que cumplido un año y medio desde la adopción de la medida, la SENAF, en forma conjunta con la UDER correspondiente, debe resolver definitivamente la misma⁶⁰. Sin embargo, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, establece que cuando las medidas excepcionales tendientes a que el niño/a permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado el resultado esperado, es

⁵⁷ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 48.

⁵⁸ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, María Victoria FAMA y Marisa HERRERA: “*Ley de Protección integral de niñas, niños y adolescentes*”. Ediar. Buenos Aires 2007. p 573.

⁵⁹ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 48.

⁶⁰ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 48.

decir que no han logrado revertirse las causas que motivaron la medida, en un plazo máximo de 180 días, procede que se declare la situación de adoptabilidad del niño/a por parte del organismo administrativo que tomó la medida excepcional, la que debe ser comunicada al juez interviniente, dentro de las 24 hs. La declaración de la situación de adoptabilidad procede salvo que algún familiar o referente afectivo del niño/a se ofrezca asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste⁶¹.

En las medidas analizadas el tiempo durante el cual la medida estuvo efectiva hasta su cese, fue en el 8 % de los casos, menos de tres meses, en el 21 %, entre tres y cinco meses, en el 19 %, entre seis y nueve meses, en el 9 %, entre diez y doce meses, en el 14 %, entre trece y quince meses, entre dieciséis y dieciocho meses, en el 14 % y en el 15 %, más de dieciocho meses. En dos casos la medida sigue vigente. En todos los casos el cese de la medida fue fundamentado en un informe de los equipos técnicos intervinientes.

Ñ) LA PUESTA A DISPOSICIÓN DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS AL ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE

En el art. 55 de la ley 9944, se establece que las actuaciones administrativas deben ser puestas a disposición del órgano jurisdiccional competente⁶², a los fines de la realización del control de legalidad en el día siguiente hábil de adoptada la medida excepcional. Dicha disposición debe ser compatibilizada con el art. 48 de la misma ley, que ordena que las medidas excepcionales una vez adoptadas deben ser informadas a la Dirección de Asuntos Legales de la SENAF, para que ésta, dentro del término de veinticuatro horas las eleve, previo elaboración del respectivo informe jurídico, para su control de legalidad al juez competente, debiendo en todos los casos adjuntar los informes técnicos que den fundamento a la medida.

⁶¹ CCyCN. Art. 607.

⁶² Córdoba, Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 55.

O) EL CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES POR LOS TRIBUNALES DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y VIOLENCIA FAMILIAR EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

La actividad administrativa, en un Estado de Derecho, debe estar siempre sujeta al principio de legalidad, es decir se debe realizar conforme a lo establecido en las normas del derecho administrativo que las regulan. Y deben ser siempre susceptibles de ser contraladas desde el punto de vista formal y material, por los órganos jurisdiccionales. Toda decisión de los órganos administrativos es siempre revisable, nunca es definitiva.

Desde una concepción amplia que supere una visión estrictamente formal, el control judicial de la legalidad de las decisiones administrativas, se realiza con dos finalidades: controlar si en la decisión se ha respetado el “principio de sumisión de la administración a la ley y al derecho; y garantizar una tutela judicial efectiva a los derechos de los ciudadanos⁶³.

Este control judicial de las medidas excepcionales, debe versar sobre: a) la acreditación que se agotaron todas las medidas de protección posibles, sin que haya cesado la situación de vulneración de derechos, b) que la medida guarda una relación proporcional con el caso concreto, c) que la medida adoptada es la más idónea de todas las disponibles, y d) que también es eficiente, es decir que conlleve más beneficios, que daños, conforme al principio de dañosidad mínima de la intervención⁶⁴.

Existen dos sistemas de control de legalidad jurisdiccional de las medidas excepcionales: uno previo y otro a posteriori a la ejecución de la medida por el órgano administrativo. El sistema de control previo es el sistema establecido por la ley 26061, donde una vez adoptada la medida se debe notificar al juez, con la documentación que fundamenta la medida, quien en setenta y dos horas, debe citar y oír a los interesados, y resolver sobre la legalidad de la medida dispuesta. Ratificada la medida por el órgano jurisdiccional la medida puede ser ejecutoriada.

Respecto a las medidas excepcionales adoptadas por la autoridad administrativa local, la SENAF o las UDER, en la provincia de Córdoba, se establece un sistema de control de legalidad de oficio por la autoridad de

⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, p 50.

⁶⁴ GIL DOMÍNGUEZ, María Victoria FAMA y Marisa HERRERA: “*Ley de Protección integral de niñas, niños y adolescentes*”. Ediar. Buenos Aires 2007, p 593

aplicación⁶⁵. Dicho control se realiza *a posteriori* del inicio de ejecución de la medida dispuesta por el órgano administrativo.

Una vez adoptada por la autoridad de aplicación, la medida excepcional debe ser informada en el término de veinticuatro horas a la autoridad judicial competente para que ésta realice el debido control legalidad⁶⁶. Se establece esta obligación de elevación de las actuaciones administrativas, bajo apercibimiento de una sanción al funcionario incumplidor, que queda incurso en el delito de abuso de autoridad, y violación de los deberes de los funcionarios públicos.

En la provincia de Córdoba el órgano judicial competente encargado de realizar el control de legalidad de las medidas excepcionales es el Juez de Niñez, Adolescencia y Violencia Familiar, o quien lo supla o lo subrogue en el territorio provincial⁶⁷. En los lugares en que no hubiere Juzgados de Niñez, Juventud y Violencia Familiar o, en su caso, Juzgados Penales Juveniles con competencia exclusiva, es competente el Juez de Control. En ausencia de Juez de Control es competente el Juez de Primera Instancia en lo Civil⁶⁸.

P) EL PROCEDIMIENTO DEL CONTROL DE LEGALIDAD

Una vez recibidas las actuaciones el juez competente debe dar audiencia al niño/a, a sus representantes y a quienes tengan interés legítimo en la cuestión⁶⁹. En dicha audiencia debe participar el Ministerio Pupilar, que en la provincia de Córdoba, es ejercido por el Asesor de Niñez y Juventud⁷⁰, que representa al niño en forma promiscua, completando así la representa-

⁶⁵ GIL DOMÍNGUEZ, op. cit., p 591.

⁶⁶ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 48.

⁶⁷ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 64.

⁶⁸ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 68.

⁶⁹ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 56.

⁷⁰ Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 56.

ción de los padres o tutores, y cumpliendo funciones de asistencia y control. Los asesores cuentan con un equipo técnico multidisciplinario propio, para su mejor desempeño⁷¹. Resulta necesario señalar que la intervención de distintos equipos técnicos, se contraponen con el principio de concentración, propio del derecho de la niñez y familia, provocando un desgaste de los escasos recursos humanos disponibles, un maltrato innecesario del niño y demás sujetos involucrados, que son entrevistados sucesivamente por distintos profesionales sobre la misma problemática, y además una falta de aprovechamiento de lo ya observado y diagnosticado por los anteriores profesionales intervinientes. Esto se agrava ante la ausencia de un legajo único, informatizado, que permita capitalizar lo actuado con anterioridad. El niño y sus familiares son entrevistados sucesivamente por los equipos técnicos administrativos, del equipo técnico de niñez, del Poder Judicial y ahora también por el de las asesorías de niñez.

El niño debe estar asistido, para garantizar su defensa técnica, por un “abogado del niño”, que debería ser el mismo que ya intervino en sede administrativa.

Del análisis de los expedientes, se desprende, que consta la realización de la audiencia prevista del niño/a y de sus representantes, con el Juez, en el 93 % de las medidas analizadas. En el 5 % de los casos, la audiencia no se realizó porque la medida cesa antes de su concreción. En el 2 % de las medidas la audiencia no se realiza porque el niño es abandonado por sus padres al momento de nacer, padres que son desconocidos, o que se desconoce su paradero al momento de la adopción de la medida.

En caso de realización de la audiencia con el juez, participaron: el niño/a en el 76 % de las medidas. En el 54 % de las audiencias donde participa el niño, lo hace acompañado del “abogado del niño”, designado de oficio por el Tribunal, o por su abogado patrocinante particular. En muchos casos el abogado del niño es nombrado con posterioridad a esa audiencia. Y en otros no se les designa abogado por razones de la edad del niño, siendo representados en forma promiscua por el Ministerio Público.

Respecto a la participación de los representantes del niño en la audiencia, el padre lo hace en el 44 % de las medidas, y la madre en el 72 %. En el 30 % de los casos analizados, los progenitores lo hacen

⁷¹ Córdoba. Tribunal Superior de Justicia. Acuerdo Reglamentario N° 1068 Serie “A” del 8/8/2011).

acompañados por su defensores oficiales (asesores letrados civiles y comerciales) o particulares. Siempre, en todas las medidas, el Ministerio Pupilar participa en las audiencias. Y en el 64 % de las medidas, lo hacen los actuales guardadores del niño. No siempre la audiencia se realiza en un único momento. Muchas veces la audiencia se desarrolla en sucesivos momentos, donde se escuchan a los niño/as, a los progenitores, guardadores, etc. Excepcionalmente participan de esta audiencia, otros familiares, personal de los establecimientos educativos a los que concurren los niño/as, profesionales de los equipos técnicos, personal de las residencias, etc.

Como ya hemos señalado la legislación prevé que si el Tribunal actuante en el control de la medida excepcional estima que los informes de la autoridad administrativa no se encuentran actualizados, o que resulta indispensable un nuevo estudio relativos al niño/a o a su entorno familiar, pueden ser requeridos⁷². En este caso el Juez puede posponer la audiencia por un plazo máximo de tres días para posibilitarlos. No parece razonable el término de tres días para la actualización de los informes (que deberían ser realizados por los mismos equipos técnicos que efectuaron los primeros), o la realización de nuevos estudios, en este caso por el equipo técnico del Poder Judicial. Se ha observado que se solicitan nuevos informes a los equipos técnicos en el 21 % de las medidas analizadas.

Como hemos señalado, el juez debe resolver por auto fundado y en el término de cinco días sobre la legalidad de las medidas excepcionales adoptadas por la autoridad administrativa de aplicación, o sus dependencias autorizadas, ratificándolas o rechazándolas. El tiempo otorgado por la ley al juez para efectuar el control de legalidad es exiguo: cinco días. Existen dos interpretaciones posibles sobre el momento a partir del cual comenzar a contar esos días, y en ninguna de ellas la disposición se cumple en la práctica de los tribunales, conforme al análisis de los expedientes efectuado. Una: desde el momento que se presenta el escrito ante el Tribunal por el órgano administrativo, dando en este caso un promedio de ciento cuarenta y cuatro días⁷³ utilizados por los jueces para ratificar o no

⁷² Córdoba. Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 56.

⁷³ Si incluimos los expedientes que no tienen todavía una resolución judicial, y contando hasta el momento de la recogida de la información en los expedientes, el promedio de días que transcurre entre que la medida ingresa al Poder Judicial para su control de legalidad, y el auto que ratifica o no la medida o la fecha de recogida de la información

la medida. Otra interpretación posible cuenta los días a partir del momento en que se realiza la audiencia prevista en el art. 56, resultado en este caso, un promedio de noventa y seis días. El tiempo resulta sumamente breve en relación a los tiempos burocráticos de la Administración y del Poder Judicial. Se necesita una revisión de los tiempos previstos por la norma. No resulta conveniente que las disposiciones normativas sean de cumplimiento imposible, o contrapuestas a las exigencias técnicas de los profesionales intervinientes. Estas disposiciones temporales de la ley 9944 parecen antinaturales, en el sentido del objetivismo jurídico o derecho natural en sentido amplio. Cuando las disposiciones del legislador atentan contra la naturaleza de las cosas, en relación al tiempo o a las exigencias técnico-científicas de lo establecido, pueden ser desobedecidas, o tenidas como no existentes.

No obstante lo manifestado respecto a la irrazonabilidad de los tiempos fijados por el legislador y a su imposible cumplimiento desde el punto de vista de la realidad y las exigencias técnicas de sus disposiciones, resulta necesario indagar sobre las causas que determinan un exceso en el tiempo transcurrido entre la elevación de la medida al órgano jurisdiccional y la decisión de ese órgano sobre la legalidad o no de la medida adoptada por la autoridad de aplicación de la medida excepcional. Esta revisión de los tiempos se vuelve indispensable de modo que se garantice una tutela judicial efectiva y oportuna los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

El tribunal ratifica expresamente la medida excepcional adoptada por la SENAF en el 80 % de los casos. A este porcentaje, le debemos sumar otro 14 % de casos donde el tribunal ratifica implícitamente la medida al ratificar la prórroga, innovación o cese. En sólo el 4 % de los casos el tribunal no ratifica la medida, y en otro 2 % el tribunal no se pronuncia sobre la ratificación o no de la medida, y adopta otra medida. En el 27 % de los casos se formulan sugerencias al órgano administrativo, respecto al seguimiento de la medida, o para subsanar falencias detectadas en el procedimiento de adopción de la medida. Generalmente el juez al decidir y fundar dicha decisión, coincide con lo analizado y propuesto en los informes técnicos (en el 95 % de las resoluciones).

se eleva a 187 días. Sin embargo este modo de contar quizás no sería representativo, porque muchas veces se observa que al comunicar la autoridad administrativa el cese de la medida, el tribunal, seguramente por exceso de trabajo acumulado tiende a detener el trámite del expediente sin resolver la legalidad de la medida, que ya ha cesado.

Entre los argumentos utilizados para fundamentar la decisión por parte de los jueces se encuentran: la comprobación de la situación de vulnerabilidad de niño (en el 51 % de las resoluciones), la comprobación de necesidad de sacar al niño de su centro de vida para superar la situación de vulnerabilidad (en el 33 %), la insuficiencia o ineficacia de la adopción de medidas de protección (en el 16 %), el cumplimiento de los criterios establecidos en el art. 49 de la ley provincial 9944 para adoptar la medida (en el 37 %): la permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos (en el 22 %), la ubicación del niño en una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar (en el 9 %), la preservación de la convivencia de los hermanos (en el 3 %), que el fundamento para la aplicación de la medida excepcional no es la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo (en el 3 %), la permanencia temporal en centros terapéuticos de salud mental o adicciones (1,5 %). Otros argumentos utilizados fueron: la opinión coincidente del Ministerio Púpilar y de la SENAF, el respeto de las garantías mínimas de procedimiento, la opinión de los niños, la intención de la madre de desprenderse de la niña, el contexto social y familiar del niño, las intervenciones y medidas de protección, el cumplimiento de los extremos previstos en la ley 9944, la racionalidad de la medida y la efectivización del derecho a ser oído del niño y que su opinión sea tenida en cuenta.

Generalmente el juez al decidir y fundar dicha decisión, coincide con lo analizado y propuesto en los informes de los equipos técnicos administrativos o judiciales (en el 89 % de las resoluciones). En el 11 % discrepa total o parcialmente con las conclusiones elaboradas por los equipos técnicos administrativos o judiciales.

CONCLUSIONES

a) La legislación vigente obliga al Estado a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas que resulten necesarias para proteger al niño de cualquier forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación. Se debe también evitar que el niño sea separado de sus padres, contra la voluntad de estos. No obstante ello, en manera excepcional, la autoridad competente, con control judicial, puede disponer esa separación, cuando resulte necesaria para salvaguardar el interés superior del niño y los derechos reconocidos a la niñez.

b) El procedimiento para la adopción, seguimiento, innovación y cese de estas medidas excepcionales, establecido en la legislación nacional y provincial vigente, está también regulado por una serie de principios, sustantivos y procesales que caracterizan y especifican el sistema de protección de los derechos de la niñez, y constituyen un importante elemento orientador la intervención de los distintos operadores en los organismos administrativos y judiciales que lo constituyen, en dichas medidas.

c) Si bien el cambio de legislación, y de paradigma respecto a la protección de los derechos de la niñez pretendía evitar la criminalización de la pobreza, hoy todavía la mayor parte de las medidas excepcionales se adoptan respecto a familias con un alto nivel de necesidades insatisfechas. La tarea de protección y restitución de derechos enfrenta el desafío de operar en el contexto de importantes desigualdades, que llevan a que la niñez sea uno de los grupos más vulnerados. Se hace fundamental entender cómo se articulan las concepciones de protección integral de derechos establecidos en las normas con las condiciones sociales concretas y con algunas prácticas e instituciones mediante las cuales el Estado se dirige a la niñez, en general, y a los grupos más vulnerables en particular.

d) Como hecho significativo de la investigación, aparece el alto porcentaje de expedientes donde no consta de datos respecto del nivel de instrucción de los progenitores, por lo que los resultados obtenidos no resultan estadísticamente importantes. Esta falta de información es mayor aún respecto al padre. Es posible que esto se deba a que en muchos casos no existía vínculo paterno filial, y también a que existen prácticas instituidas, respecto a que las cuestiones referidas a la reproducción cotidiana y la crianza de los hijos, corresponde al rol femenino, reforzando las intervenciones, en muchos casos, estas concepciones, al indagar generalmente prioritaria o exclusivamente, en los familiares por vía materna. En el mismo sentido, se ha observado que los profesionales intervinientes antes de la toma de la medida excepcional, al entrevistar a otros familiares, representantes o allegados del niño, en una gran mayoría de los casos estos son mujeres y pertenecen a la familia materna. Posiblemente esta situación se revierta a partir de que la SENAF ha implementado formularios para la solicitud de la adopción, prórroga innovación y cese de las medidas de protección y de las medidas excepcionales.

e) La negligencia en el cuidado del niño por parte de los padres o guardadores y/o el maltrato o violencia física y/o psicológica o emocional al

niño, constituyen las principales situaciones que han originado las demandas de intervención de los organismos administrativos y posteriormente la adopción por parte de estos de una medida excepcional. Estas situaciones de vulneración, en general, pueden ser calificadas como crónicas.

f) La emergencia y urgencia de las situaciones pueden ser uno de los motivos que fundamentan la ausencia de implementación de medidas de protección anteriores a la adopción de las medidas excepcionales, en una amplia mayoría de los casos.

g) Si bien la adopción de las medidas excepcionales siempre va acompañada de informes técnicos, en muchos casos los informes son elaborados en forma individual o por equipos de una sola disciplina. En general se puede observar una mayor incidencia de los informes elaborados por profesionales del Trabajo Social, en la adopción y fundamentación de las medidas.

h) En un número significativo de los casos se advierte la falta de efectividad de los principios de inmediación, de participación del niño y del derecho del niño a ser oído, y que su opinión sea tenida en cuenta antes de la adopción de una medida excepcional, atento la no realización de la entrevista personalizada prevista en la legislación vigente en nuestra provincia.

i) En una amplia mayoría de los casos la medida excepcional consistió en la reubicación en la familia ampliada. En relativamente pocos casos el niño es reubicado en una familia de la comunidad, o en una familia de acogimiento, o en una residencia.

j) En la práctica administrativa de las medidas excepcionales generalmente se cumple con el principio de preservación de la convivencia entre los hermano/as y medio hermano/as por vía materna o paterna, aunque en varios casos, no.

k) En una mayoría muy significativa de casos la medida fue prorrogada o innovada. Y en una de cada tres de las medidas, estas estuvieron efectivas durante un período mayor de un año. En un ocho por ciento la medida superó el máximo establecido en la legislación (180 días).

l) Resulta necesario señalar que la intervención de distintos equipos técnicos, se contrapone con el principio de concentración, propio del derecho de la niñez y familia, provocando un desgaste de los escasos recursos humanos disponibles, un maltrato innecesario del niño y demás sujetos involucrados, que son entrevistados sucesivamente por distin-

tos profesionales sobre la misma problemática, y además una falta de aprovechamiento de lo ya observado y diagnosticado por los anteriores profesionales intervinientes. Esto se agrava ante la ausencia de un legajo único, informatizado, que permita capitalizar lo actuado con anterioridad.

m) En relación al derecho a la asistencia letrada del niño/a, en la etapa jurisdiccional del control de legalidad de las medidas excepcionales, en poco más de la mitad de los casos el niño participa en las audiencias acompañado del “abogado del niño” designado de oficio por el Tribunal, o por su abogado patrocinante particular. En muchos casos el abogado del niño es nombrado con posterioridad a esa audiencia. Y en otros no se les designa abogado por razones de la edad del niño, siendo representados en forma promiscua por el Ministerio Público. En los ámbitos administrativos el niño/a, ni sus progenitores cuentan con asistencia letrada.

n) En relación a los tiempos que la ley establece respecto al procedimiento para el control de legalidad de las medidas excepcionales, no aparecen razonables, a veces desde el punto de vista técnico (por ejemplo los tres días para actualizar los informes sociales), ni a la realidad de nuestros tribunales (por ejemplos los cinco días para resolver para el tribunal interviniente). Se necesita una revisión de los tiempos previstos por la norma. No resulta conveniente que las disposiciones normativas sean de cumplimiento imposible, o contrapuestas a las exigencias técnicas de los profesionales intervinientes.

ñ) No obstante lo manifestado respecto a la irrazonabilidad de los tiempos fijados por el legislador y a su imposible cumplimiento desde el punto de vista de la realidad y de las exigencias técnicas de sus disposiciones, resulta necesario indagar sobre las causas que determinan un exceso en el tiempo transcurrido entre la elevación de la medida al órgano jurisdiccional y la decisión de ese órgano sobre la legalidad o no de la medida adoptada por la autoridad de aplicación de la medida excepcional. Esta revisión de los tiempos se vuelve indispensable para garantizar una tutela judicial efectiva y oportuna de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

o) En general, el tribunal ratifica en forma expresa o implícita la medida excepcional adoptada por los órganos administrativos. En muchos casos se formulan sugerencias al órgano administrativo, respecto al seguimiento de la medida, o para subsanar falencias detectadas en el procedimiento de adopción de la medida.

p) Entre los argumentos más utilizados para fundamentar la decisión por parte de los jueces se encuentran: la comprobación de la situación de vulnerabilidad de niño, la necesidad de sacar al niño de su centro de vida para superar la situación de vulnerabilidad y el cumplimiento de los criterios establecidos en el art. 49 de la ley provincial 9944 para adoptar la medida. En general el juez al decidir y fundar dicha decisión, coincide con lo analizado y propuesto en los informes de los equipos técnicos administrativos o judiciales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert: Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Doxa N° 5. Centros de Estudios Constitucionales y seminario de filosofía del Derecho Universidad de Alicante. 1988.
- ALTERINI, Jorge H. “Código Civil y Comercial Comentado”. Editorial La Ley. Buenos Aires. 2015.
- BELOFF, Mary “La adecuación del derecho interno a los artículos 37 y 40 de la Convención Internacional sobre los derechos del niño: lineamientos para la construcción de un sistema de responsabilidad penal juvenil”. En: WEINBERG, Inés (compiladora). Convención sobre los derechos del niño. Ed. RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2002.
- BUERES, Alberto J. (Director): Código Civil. 1. Hamurabi. Buenos Aires. 1995.
- BUSSO, Eduardo. “Código Civil Comentado”. Ediar. Buenos Aires. 1958. T I.
- D’ANTONIO, Daniel Hugo, Derecho de Menores, Ed. Astrea, Buenos Aires. 1994.
- DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa: “Ley de protección integral de niños, niñas y adolescentes”. Ediar. Buenos Aires, 2007.
- DURAN, Valeria: “Los derechos del niño. Una mirada psicológica”. En LLOVERAS, Nora: “Los derechos de las niñas, niños y adolescentes”. Alveroni. Córdoba. 2010.
- ESBORRAZ David La referencia a los principios y valores jurídicos. En <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/>

- La-referencia-a-los-Principios-y-valores-juridicos-en-el-codigo-ci-
vil-y-comercial-.-Por-David-Fabio-Esborraz.
- FORTEZZA, Cecilia y CASSOUS, Carolina: “La protección al menor o el reino del revés”, Capítulo III.
- GARRIDO FALLA, Fernando: Tratado de derecho administrativo. VI. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1985.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa: Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes. Editorial Ediar. Buenos Aires. 2007.
- GONZÁLEZ DEL SOLAR, José H.: La protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Editorial Mediterránea. Córdoba. 2013.
- HERRERA Marisa, CAMELO Gustavo y PICASSO Sebastián: “Código Civil y Comercial de la Nación comentado” 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos
- HIERRO, Liborio L.: “Los derechos humanos del niño”. En MARZAL, Antonio: “Derecho humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto”. Bosch.
- LLOVERAS, Nora: Los derechos de las niñas, niños y adolescencia. Alveroni. Córdoba. 2010.
- MAFFINI, Malvina: Abogado del niño. Su actuación en sede administrativa y sede judicial dentro del marco de aplicación de la ley provincial 9944. En CARRANZA, Jorge Luis: Violencia Familiar Ley N° 9283 Protección Integral de Derechos de Niñas, niños y Adolescentes. Ley N° 9944. Alveroni Ediciones. Córdoba. 2012, p 160.
- MARCHIORI en OCHOTORENA, Joaquín de Paul y ARRUABARRENA MADARIAGA, M. Ignacio (2001) “Manual de protección infantil” Ed. Masson. España.
- MARTEU, Juan Félix, “La condición estratégica de las normas”. Eudeba, 1997.
- MONCAYO, Guillermo, VINUESA, Raúl y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. Derecho Internacional Público, Tomo I. Ed. Zavalía. Bs. As. 1987.
- PERALTA, María Inés y REARTES, Julia: Niñez y derechos. Espacio Editorial. Buenos Aires. 2000.
- QUIROGA, Emilio Damián: “Medidas de protección excepcional de derechos. Ley Nacional. Ley provincial”. En Carranza, Jorge Luis: “Violencia Familiar Ley N° 9283 Protección Integral de Derechos

- de Niñas, niños y Adolescentes. Ley N° 9.944”. Alveroni Ediciones. Córdoba. 2012.
- RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela: Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. T I. Editorial La ley. Buenos Aires 2015.
- ROBLES, Claudio. El Trabajo Social en el campo jurídico. Editorial Espacio. Buenos Aires. 2013.
- RODRÍGUEZ, Susana Rita: El valor de los escenarios institucionales para la visibilidad y enunciación. El caso de los Consejos de Derechos de Niñez y Adolescencia en Río Negro. Capítulo 7. En: PONCE DE LEÓN, Andrés y KRMPOTIC, Claudia: Trabajo Social Forense. Balances y perspectivas. Editorial Espacio. 2012, p 127.
- SAJÓN, Rafael: Derecho de menores. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.
- SOLARI, Néstor Eliseo: La niñez y sus nuevos paradigmas. Editorial Fondo. Buenos Aires 2002.
- TABÍ, Gabriel E.: “¿De qué hablamos cuando hablamos de “interés superior del niño?””. En LLOVERAS, Nora: “Los derechos de las niñas, niños y adolescencia”. Alveroni. Córdoba. 2010. p 109 y ss.
- TULIÁN María Licia del Valle. Reflexiones acerca de la inter y la transdisciplina en un sistema de responsabilidad penal juvenil. En “Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Centro de Perfeccionamiento Ricardo Núñez”. Editorial Advocatus. Córdoba. Año 2008.
- VIGO, Rodolfo L.: Interpretación jurídica. Editorial Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 1999.
- VILLAGRA, Ángel Esteban: Elementos para una introducción al derecho. Editorial Advocatus. Córdoba, 2002.
- VILLAGRA, Ángel y SEQUEIRA, Eugenia: “Los principios sustantivos del Sistema de Promoción y Protección de la Niñez. En Anuario XVI (2015). Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba. 2016, p 201/225.
- WEINBERG, Inés: Convención sobre los derechos del niño. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. 2002.

SECCIÓN II

DERECHO PRIVADO DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

INICIO Y FIN DE LA VIDA (INTRA Y EXTRA- UTERINA)¹

*Noelia Azcona² - Valeria Cecilia Guiguet³
Emilse Romina Soria García⁴ - Adrián Vairoletti⁵*

Resumen: Se abordarán las cuestiones relacionadas con el comienzo y fin de la vida, en relación a las modificaciones ingresadas por la entrada en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, las cuestiones penales subyacentes, los aportes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los resultados de las investigaciones de campo llevadas adelante por el grupo de investigación.

Palabras clave: aborto - nuevo código civil y comercial - reproducción humana asistida - código penal - posición de los jóvenes

¹ Artículo recibido 12/05/2017 – Aprobado para su publicación 10/07/2017.

² Abogada (Universidad Nacional de Córdoba). Especialista en Derecho Penal (Universidad de Belgrano). Docente por concurso en la cátedra de Derecho Constitucional y Administrativo (Universidad Nacional de Córdoba). Colaboradora del Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez (Poder Judicial de Córdoba). Email: noelia.azcona@gmail.com.

³ Integrante del equipo de investigación. Abogada (UNC). Secretaria del Juzgado de 1era nominación, secretaria N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Email: valeriaguiguet@hotmail.com

⁴ Integrante del equipo de investigación. Abogada (UNC). Tesista en Maestría en Sociología Jurídica (CEA). Adscripta en Derecho Penal II, Cátedra B (UNC). Profesora Adjunta interina en la Cátedra de Metodología de la Investigación en Facultad de Derecho (UCC), Auxiliar en el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Email: rominasoriagarcia@gmail.com.

⁵ Integrante del equipo de investigación. Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Becario “Becas Estimulo a las vocaciones científicas (ECV)” (CIN-SeCyT) en el marco del equipo de investigación. Adscripto en la Cátedra de Derecho Penal II (FD - UNC). Email: advairo@gmail.com

1. INTRODUCCIÓN

Nos motiva como equipo de investigación interdisciplinario que somos, el indagarnos -desde lo teórico- cuándo es el comienzo de la vida, y cómo está contemplado el tema en la legislación vigente, tanto en lo civil como en lo penal; también nos interesa una constatación sociológica, analizar qué piensan nuestros jóvenes sobre la finalización de la vida intrauterina, puntualmente plantearles distintas hipótesis sobre aborto, con casuística en la que se pone juego distintos matices del tema (desde éticos, religiosos, culturales y económicos). Las encuestas para el trabajo de campo fueron hechas a alumnos de las Facultades de Medicina y Derecho, de la Universidad Nacional de Córdoba y la Universidad Católica de Córdoba, dando esa amplitud de la muestra un valor extra, puesto que el número de estudiantes encuestados supera los mil; siendo la respuesta a la misma voluntaria y anónima.

2. INICIO DE LA VIDA (INTRA/ EXTRA- UTERINA)

Partimos desde la necesaria interrelación que existe entre el derecho privado y el derecho penal, es que en el presente trabajo se pretenden abordar aquellas modificaciones que, como consecuencia de la sanción y entrada en vigencia Código Civil y Comercial de la Nación (a partir del 01/08/2015), revistan tal conexión con la cuestión del aborto. Para ello, también se abordará lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) respecto al concepto de inicio de la vida, por la indudable relación e impacto que dicho fallo implica en el derecho interno.

3. REFORMAS INTRODUCIDAS

A. El comienzo

El Código Civil velezano rezaba en su artículo 70: “*Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida...*”.

Ahora el nuevo texto dice en su artículo 19 “*La existencia de las personas humanas comienza con la concepción*”, o sea, deja contemplada la posibilidad de que la concepción humana -palabra que agrega el texto legal citado- sea intrauterina, o extrauterina y posteriormente ese embrión sea implantado en el seno materno. En definitiva, se reconoce al *nasciturus* o persona por nacer como sujeto de derecho y, por ende, protegido por el Código Civil y Comercial, siendo pasible de adquirir derechos y obligaciones, colocándose el eje en la noción de concepción.

Así, el término “concepción” puede ser entendido como sinónimo de anidación. Si bien éste último sería el término correcto, no es el que se suele utilizar en el ámbito jurídico, más precisamente, en el campo internacional de conformidad con lo previsto en el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH). El término “concepción” al que se alude en este instrumento internacional de 1969, cuando no existía la posibilidad de la fertilización *in vitro* (fecundación de óvulo y espermatozoides por fuera del cuerpo de una persona), está en franca revisión y fue reinterpretado cuando se trató del supuesto especial de técnicas de reproducción humana asistida en un fallo fundamental para la región: “Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” –de fecha 28/11/2012- de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶. Persiste la falta de criterio unánime -es decir, el debate- acerca del momento mismo de la concepción, puesto que ante los avances y procesos científicos no se puede establecer el momento preciso sobre cuándo acontece la misma. Desde la obligada perspectiva constitucional convencional, además del mencionado art. 4.1 CADH o Pacto de San José de Costa Rica que al regular, en el inciso 1 del art. 4 referido al “derecho a la vida”, afirma que “este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”, la Convención sobre los Derechos del Niño, con igual jerarquía constitucional, dispone en su art. 1 que se entiende por niño a las personas menores de dieciocho años, e interpreta que la protección que brinda esta normativa lo es desde el nacimiento; la Ley nacional N° 23.849 sancionada en 1990 que ratifica esta herramienta legal en el ámbito nacional declara que el mencionado art. 1° “debe interpretarse en el sentido que se entiende por

⁶ Fallo «Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica», Corte IDH, Sentencia de fecha 28/11/2012. Cfr. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”⁷.

Sin embargo, aun estando previsto legislativamente que la vida comienza desde el momento mismo de la concepción, ni jurídica, ni científicamente existe un criterio unánime acerca del momento en la que la misma se perfecciona. Tanto es así que algunos autores sostienen, con acierto, que ésta cuestión sobre el instante preciso y uniforme relativo al surgimiento de la persona humana deviene inútil. Se trata de una incertidumbre que escapa al ámbito jurídico, por lo cual el Código Civil y Comercial no estaría capacitado para resolverla.

B. La cuestión de la reproducción asistida

El avance de la ciencia y su aplicación en la reproducción humana ha generado una amplia casuística que requiere amparo legal, el cual recién en el año 2013 con la sanción de la Ley nacional N° 26.862 y el dictado de su Decreto reglamentario N° 956/2013 comienza a tener un viso de legalidad, posteriormente perfeccionada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA) constituyen un modo o fuente generadora para que muchas personas -parejas de igual o diverso sexo como mujeres solas- accedan a la maternidad/paternidad, facilitando así la formación de nuevas estructuras familiares.

En este sentido son importantes los conceptos vertidos por la Corte IDH, en el fallo *Artavia Murillo*, en relación a la diversidad en la conformación de familias.

Los aspectos principales de la ley nacional citada y su decreto reglamentario -los cuales fueron pioneros en el país en materia de reproducción asistida- tienen los siguientes ejes rectores:

- Cubrir de manera integral la necesidad -por las obras sociales- de ser madres o padres a aquellas personas que no pueden procrear por medios naturales (diagnóstico, medicamentos, terapias de

⁷ HERRERA Marisa, “*La lógica del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de familia. Reformar para transformar*”, cfr. www.infojus.gov.ar, Id Infojus: DACF140902, 29.12.2014.

apoyo y técnicas de reproducción médicamente asistida de baja y de alta complejidad).

- Ampliar los derechos -contemplados de manera igualitaria e inclusiva- de toda persona a la paternidad/maternidad (sin discriminación o exclusión de acuerdo a su orientación sexual o estado civil) y a formar una familia, reconocidos por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de rango constitucional.
- En caso de que en la técnica de reproducción asistida se requieran gametos donados, la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial.
- El Ministerio de Salud de la Nación elaborará los criterios de habilitación de los establecimientos y las normas de diagnóstico y utilización de las técnicas de reproducción asistida para su cobertura dentro del Programa Médico Obligatorio (PMO).

El nuevo Código de fondo en materia civil y comercial, ha regulado en su art. 558 que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción; otorgando igualdad filial a los mismos. Así las cosas, lo biológico pasa a un segundo plano y lo relevante está en lo volitivo, materializado en el consentimiento. Aparece aquí el concepto de *voluntad procreacional* que integra todas las formas de concepción: lo que nunca se podrá suplir es el elemento volitivo, la decisión de hacer nacer un hijo.

C. El fallo «Artavia Murrillo vs. Costa Rica» de la Corte Interamericana de Derecho Humanos

¿Cuándo comienza a regir la protección a la vida desde la concepción consagrada en la CADH? ¿Desde la fecundación del ovulo? o por el contrario ¿desde la implantación del embrión en el útero de la mujer?, en orden a responder estas preguntas es que resulta ilustrativo el presente caso, más aun teniendo en cuenta la influencia que actualmente tiene en la doctrina penal al momento del estudio del delito de aborto.

El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por las afectaciones generadas a un grupo de personas a partir de la prohibición general de practicar la Fecundación in vitro.

Hechos. El 3 de febrero de 1995 el Ministerio de Salud emitió el Decreto Ejecutivo No. 24019-S el cual autorizaba la práctica de la fecundación in vitro (FIV) para parejas conyugales y regulaba su ejecución.

El 7 de abril de 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad contra dicho Decreto Ejecutivo, utilizando diversos argumentos sobre violación del derecho a la vida, el 15 de marzo de 2000 la Sala Constitucional de la Corte Suprema anuló por inconstitucional el Decreto Ejecutivo.

En virtud de ello, nueve parejas presentaron una petición ante la CIDH debido a esta situación. La petición fue presentada el 19 de enero de 2001, el informe de admisibilidad es de fecha 11 de marzo de 2004 y el informe de fondo de julio de 2010. Se remitió el caso a la Corte IDH el 29 de julio de 2011.

Luego del análisis de las cuestiones de fondo, la Corte IDH entro al análisis centrado en los derechos a la vida privada y familiar, y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, y el principio de no discriminación.

Dijo que el artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias del estado, que puedan afectar la vida privada y familiar. Entendió que existe una prohibición a toda intromisión arbitraria o abusiva en la vida privada tanto personal como familiar.

En ese sentido, y también en relación al principio de reserva, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Entendió que, en este caso y en relación con la fecundación in vitro, los derechos que entran en juego son el de fundar un familia, el derecho a la integridad física y mental, y principalmente los derechos reproductivos. En relación a ello el derecho a la vida, se relaciona directamente con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, con la correlativa garantía de acceder a los métodos pertinentes para el ejercicio de tal derecho (el derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer). Este derecho consagrado, podría verse lesionado si se obstaculiza el acceso a los métodos y tecnologías disponibles para su ejercicio. Con los cuales, la mujer puede ejercer su derecho al control de fecundidad, y por tanto, como correlato del derecho a la vida privada se incluye aquí el respeto de las decisiones relacionadas con la reproducción, tanto personales como de pareja.

Pero quizás el desarrollo más importante que se realiza en el fallo, tiene que ver con la precisión que realizó la Corte analizando los artículos 1.2 y 4.1 de la CADH para ver si de ellos se deriva una protección absoluta, cuando en relación a los términos “persona”, “ser humano”, “concepción” y “en general”. Para iniciar la interpretación la Corte recuerda que las normas de la CADH deben ser interpretadas de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de éstos, teniendo en cuenta los fines de la Convención, que es la eficaz protección de la persona humana. En orden a todo ello, realiza la interpretación: 1) conforme al sentido corriente de los términos, 2) sistemática e histórica, 3) evolutiva, y 4) del objeto y fin del tratado.

En relación al término “persona”, la interpretación del artículo 4.1 está necesariamente marcada por las palabras “concepción” y “ser humano”, que deben ser analizados a partir de la literatura científica.

En relación al término “concepción”, la ciencia reconoce dos momentos del desarrollo del embrión: la fecundación y la implantación, la Corte entiende que cuando se cumple el segundo momento, se culmina el ciclo que permite afirmar que hay concepción: “lo cierto es, que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer, sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse, pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo”. El embrión no tiene capacidad de supervivencia si no ocurre la implantación, prueba de esto es, que sólo se puede establecer si existe embarazo una vez que el óvulo fecundado se ha implantado en el útero. Dado que es en ese momento, en el que se produce una hormona específica que permite inferirlo, y que sólo es detectable cuando el embrión está unido a la mujer, “antes de esto, es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide, y si ésta unión se perdió antes de la implantación”.

Así, el término “concepción” queda definido como el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que “antes de este evento, no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión “en general” permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones”. A continuación, el Tribunal sigue con la interpretación sistemática e histórica, evolutiva y teleológica a los fines de dilucidar el alcance de dicho artículo. En relación a la interpretación

sistemática e histórica, afirma que no se puede sustentar que el embrión pueda ser considerado persona, en los términos del artículo 4 de la CADH, tampoco ello puede inferirse de una interpretación sistemática de la misma.

En relación a la interpretación evolutiva, la Corte analiza las tendencias del derecho internacional, concluyendo que no se puede derivar de ello, que los embriones tengan iguales derechos a una persona, o que tengan derecho a la vida, así como tampoco puede derivarse del análisis del derecho comparado.

La Corte concluyo, que la “clausula ‘en general’ del artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho objeto y fin implican, que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos, [...] es posible concluir de las palabras “en general”, que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino que es gradual e incremental, según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.”

En orden a ello, la Corte declaro la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la CADH en perjuicio de los denunciantes, exhortando al Estado a adoptar medidas apropiadas para revertir la situación, entre ellas, la de incluir los tratamientos de fertilidad en los programas de salud, la implementación de atención psicológica, de programas, cursos de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, entre otros.

4. CONCEPCIÓN = VIDA/ ABORTO = MUERTE. FIN DE LA VIDA IN-TRAUTERINA.

Así también como afirmamos que la legislación nacional se ha estado aggiornando a la realidad actual en materia de avances genéticos, también cabe afirmar estar frente a un Código Civil nuevo pero de transición. El cual, se encuentra en proceso de redacción, dada la imperiosa necesidad de receptor nuevas realidades, se procuró evitar el fuerte impacto social que el mismo hubiese tenido si se incorporaban todas las realidades existentes. Para lo que se pensó -y frente a otros intentos fallidos de modificar al código velezano- que lo mejor era sancionar finalmente el Código hoy

vigente, y paulatinamente tratar otras cuestiones controvertidas pendientes: entre ellas la triple filiación -supuestos de vientre de alquiler- o el aborto -el cual aún continúa siendo delito en el Código Penal-.

El aborto trae consigo la controversia entre el derecho a la vida, y el derecho a la autonomía de la voluntad de la mujer. En nuestro país, la práctica es ilegal, es un hecho social penalizado, se castiga a la mujer y a quienes la ayudan a realizarla. En cinco países de Latinoamérica está totalmente prohibido⁸, sin embargo, en los restantes doce⁹, existen excepciones para realizarlo.

En Argentina el aborto es delito (artículo 85 del Código Penal), contemplándose sólo dos excepciones a la ilegalidad: art. 86 inc. 1º: Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; inc. 2º: Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este último caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

Jurídicamente se entiende que el aborto consiste en matar al feto. Esta muerte puede ser causada por la madre (art. 88 C. Penal) o por un tercero, con o sin expulsión del seno materno.

El aborto afecta esencialmente la vida del feto, aunque también se tiene en cuenta el riesgo que la maniobra abortiva implica para la vida de la madre.

La tutela de la vida del feto no sólo surge del Código Penal, sino que con la reforma constitucional del año 1994 se incorporaron Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos de los cuales surge que el derecho a la vida debe respetarse desde la concepción. Así vemos que el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su art. 6.1: *“El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”*. Por su parte, la Convención americana sobre Derechos Humanos establece en su art. 4.1: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de*

⁸ Los países en los que está totalmente prohibido el aborto son: Chile, Venezuela, Nicaragua, Honduras y Guatemala.

⁹ Belice, El Salvador, Costa Rica, Panamá, Haití, República Dominicana, Colombia, Ecuador, Brasil, Perú, Bolivia, Paraguay, y Argentina.

la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". De lo dicho se desprende que si hubiere una norma que favorezca el aborto sin discriminar los casos de excepción (lo que D'Alessio llama "indiscriminado"¹⁰) caería fácilmente al casillero de la inconstitucionalidad.

Vale puntualizar que la doctrina es conteste en interpretar que la concepción extrauterina o *in vitro* no está comprendida en la protección de los tipos penales que estamos analizando.

Ya analizamos que sucede en materia civil; ahora bien, en cuanto al comienzo de la protección jurídica por parte del Código Penal, existen dos teorías que marcan momentos biológicos distintos, a saber: a) *teoría de la fecundación*: desde que el óvulo está fecundado, es decir incluso antes de la nidación en el útero materno; y b) *teoría de la nidación*: desde que se produce la fijación del óvulo ya fecundado en las paredes del útero materno.¹¹

En cuanto al sujeto activo se puede decir que el delito de aborto puede ser cometido por cualquier persona, salvo las figuras específicas de los arts. 86 y 88 que se analizarán más adelante. Sujeto pasivo es siempre un feto, y va de suyo que es imprescindible que el mismo esté con vida dentro del seno materno. También se incluye como sujeto pasivo -en algunos artículos del Código Penal- a la madre, en cuanto a su vida, pero también en cuanto a su libertad, procurando que no sea sometida sin su consentimiento a los riesgos de las maniobras abortivas. Ante la ausencia de consentimiento de la madre, la pena es mayor porque no sólo se estaría protegiendo la vida del feto sino también la libertad de la madre y su derecho a la maternidad.

La acción típica es matar al feto dentro del seno materno o al provocar su expulsión (lo que por su inmadurez implica no supervivencia), por lo que sólo puede practicarse la acción típica en el cuerpo de una mujer embarazada.

¹⁰ D'ALESSIO Andrés José, "Código Penal de la Nación. Comentado y anotado", Tomo II, Parte especial, pp. 59 y ss., Editorial La ley, Buenos Aires, año 2009.

¹¹ Existe un precedente jurisprudencial en relación a esta delicada diferenciación. Así la CSJN se mostró afín a la primera de las teorías al prohibir la fabricación, distribución y comercialización de la mal llamada "pastilla del día después" por considerarla abortiva al impedir el anidamiento del óvulo fecundado en el útero materno (CSJN, 03/05/2002, "Portal de Belén - Asociación civil sin fines de lucro c/ M.S. y A.S.).

Para que haya relación causal, la muerte del feto debe ser consecuencia directa de la acción del sujeto activo. Si naciera con vida y la muerte se causa por un acto posterior al nacimiento ya estamos ante un homicidio.

Se trata de un delito doloso, estando dividida la doctrina en relación a la posibilidad de dolo eventual¹². La tentativa sólo está contemplada en relación a las prácticas abortivas de terceros, ello cuando por circunstancias extrañas al autor no se logró producir el resultado muerte del feto. La tentativa en relación a la madre está expresamente excluida (art. 88 *in fine*), siendo la misma una excusa absolutoria. Si se intentó practicar el aborto por una maniobra inidónea, se estaría ante un delito imposible. Por último, si se practicó el aborto estando ya muerto el feto, sería un caso de atipicidad por ausencia de sujeto pasivo.

Como dice la última parte del artículo, si al aborto le sigue la muerte de la mujer estamos ante un agravante de resultado que eleva al máximo de la pena hasta quince años. La doctrina está dividida en este punto, porque hay quienes consideran que el deceso de la mujer es un resultado preterintencional (consecuencia del aborto) y que no debió estar en el dolo de su autor. Mientras tanto otros autores (entre los que se incluye Alberto Donna¹³) consideran que se admite el dolo, incluso eventual y que hay concurso (ideal) de delitos: homicidio y las figuras básicas de aborto. Va de suyo que la agravante sólo se aplica si el aborto efectivamente se concretó. Otro caso sería que la madre falleciera pero sin haber logrado el éxito del aborto, habiendo sobrevivido el feto, así estaríamos —a criterio del maestro Soler¹⁴— ante un homicidio culposo y tentativa de aborto.

El segundo inciso del art. 85 se diferencia porque el sujeto activo aquí obra con consentimiento de la mujer embarazada. El consentimiento debe ser expreso, válido y libre. No es válido el consentimiento prestado por los padres, tutores o curadores, haciendo alusión el Código Penal solamente a la mujer embarazada.

¹² Por ejemplo, el que intentando adelantar la expulsión del feto (nacimiento) acepta la posibilidad de la muerte del feto.

¹³ DONNA Edgardo Alberto, *Derecho Penal Parte Especial*, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, año 2011.

¹⁴ SOLER Sebastián, *Derecho penal argentino*, Editorial Tea, Buenos Aires, año 1986.

Bien podría pensarse que se está ante un caso de co-autoría, pero al estar las prácticas abortivas enteramente a cargo de un tercero, el Código Penal lo pune autónomamente en el art. 88¹⁵.

El consentimiento puede ser retractado hasta el momento inmediato anterior a la consumación (desistimiento voluntario), lo cual es impune. Si el tercero continúa las prácticas a pesar de la retractación, obra ya en virtud del inc. 1°.

5. LOS CONCEPTOS LLEVADOS AL CAMPO DE LA INVESTIGACIÓN

Ahora bien, desde los fueros analizados se observa que el tema reviste no pocas posturas y realidades. El equipo de investigación, como grupo de trabajo autónomo y curioso de la realidad social que nos circunda, se ha propuesto consultar la opinión sobre el tema del comienzo de la vida y del aborto a los jóvenes universitarios de la Universidad Nacional de Córdoba y la Universidad Católica de Córdoba.

Las carreras elegidas fueron Ciencias Médicas y Derecho, por considerar que son dos profesiones que tienen pleno contacto con la realidad, con el quehacer diario en este tipo de problemáticas. Nos hemos cuestionado por qué no incluir carreras como enfermería o psicología, lo cual es un objetivo del grupo de investigación para desarrollar líneas investigativas en el futuro.

Aquí pasamos a reflejar un resumen de las respuestas obtenidas. Creyendo con ahínco que la constatación de los conceptos con la realidad social es el barómetro de consciencia que en todas las áreas de la ciencia es necesario, y más en las ciencias sociales.

En cuanto a las características generales de la muestra, el grupo de alumnos encuestados presentan las siguientes: la edad concentra entre 18 y 24 años; hay un 60,51% de hombres y un 39,13% de mujeres; la muestra fue tomada en partes iguales en la universidad pública (UNC) que en la confesional (UCC); en cuanto a la religión que dijeron practicar los alumnos se pudo constatar que el 77,2% de los encuestados se reconocen

¹⁵ Art. 88 del Código Penal: Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.

como católicos, un 1,4% son protestantes, de religión judía sólo un 0,5%; y el 16,8% de ellos dijo no profesar ninguna religión.

En relación a las afirmaciones que se les mostraron a los estudiantes para que demuestren su grado de acuerdo o desacuerdo con lo dicho, aquí se detallan las enunciaciones dadas y la respuesta obtenida en porcentajes:

- * A la afirmación sobre si estaría de acuerdo con la práctica de un aborto sobre una persona débil mental: un 47% estuvo en desacuerdo y un 52% aprobó la hipótesis.
- * A la afirmación sobre si estaría de acuerdo con la práctica de un aborto en el caso de que la mujer o la pareja no quiera/n tener más hijos: sólo un 20% de los estudiantes encuestados demostró estar de acuerdo con esa posibilidad.
- * A la afirmación sobre si estaría de acuerdo con la práctica de un aborto en el caso de haber ocurrido un embarazo como resultado de una relación incestuosa: más de la mitad de los alumnos manifestó estar en desacuerdo (54,7%).
- * A la afirmación sobre si estaría de acuerdo con la práctica de un aborto en el caso de que la familia donde nacería ese niño esté en situación de imposibilidad económica para hacerse cargo de un nuevo integrante (hijo), prácticamente el 74% de los encuestados respondió por la negativa.
- * A la afirmación sobre si estaría de acuerdo con la práctica de un aborto en el caso de que peligre la vida de la mujer embarazada: el 67,4% estaría conforme con esa decisión.
- * A la afirmación sobre si estaría de acuerdo con la práctica de un aborto en el caso de que la mujer es soltera, quedó embarazada y ella no quiere casarse: el 84% de los jóvenes desechó esa posibilidad.
- * En igual hipótesis, pero siendo el hombre el que no quiere contraer matrimonio, los alumnos hicieron saber que piensan en similar modo que en la afirmación anterior, siendo el 85% de los mismos los que se opusieron a la práctica abortiva.
- * A la afirmación sobre si estaría de acuerdo con la práctica de un aborto en el caso de que se hallan constatado (haya evidencias) de que el feto padece de deformidades: el 64,5% de los estudiantes dijo no prestar conformidad a esa alternativa.

- * A la afirmación sobre si estaría de acuerdo con la práctica de un aborto en el caso de estar embarazada una mujer que no desea tener hijos: un contundente casi 78% respondió que no está de acuerdo.
- * A la afirmación sobre si estaría de acuerdo con la práctica de un aborto en el caso de peligrar la salud de la mujer embarazada: más de la mitad demostró estar de acuerdo con esa posibilidad (58,2%).
- * A la afirmación sobre si estaría de acuerdo con la práctica de un aborto en el caso de que el embarazo sea el resultado de un abuso sexual: el 64,3% dijo que si ven viable un aborto en esas circunstancias.
- * A la afirmación sobre si estaría de acuerdo con la práctica de un aborto en el caso de ser menor de edad la embarazada: casi el 70 % de los alumnos dijo no considerar esa hipótesis como positiva.
- * A la afirmación sobre si estaría de acuerdo con la práctica de un aborto en el caso de tener sida la mujer embarazada: el 70% respondió que la enfermedad no es un impedimento para tener un bebé, que no apoyarían un aborto por esa causa.

6. CONCLUSIÓN

Harto interesantes las dos miradas desde las que partimos: el inicio y el fin de la vida, siendo esta intra o extra uterina; y en consecuencia harto nutritivo el resultado de dichos interrogantes. ¿A qué conclusión llegamos como equipo de investigación? Que en nuestro país la legislación civil ha avanzado mucho en el sentido de ampliar la mirada y agregar casuística al código velezano, aggiornar el código actual a la demanda de las nuevas realidades familiares y sociales, y también a las nuevas posibilidades que se ofrecen desde la medicina. En cuanto al derecho penal, se podría decir que la legislación de fondo viene sin reformas en los últimos años, sin “adaptarse” a las nuevas formas de fin de la vida intrauterina; pero va de suyo que los aportes desde el trabajo de campo demuestran –a nuestro humilde modo de ver- que la sociedad no demanda una ampliación de la mirada, nuestros jóvenes –futuros profesionales- consideran que los casos de abortos son la excepción, y prestan conformidad a dicha práctica sólo en casos puntuales en los que esté en peligro la vida de la madre o haya sufrido la misma un abuso sexual del cual quedó embarazada. No vemos que casos en los que se plantearon problemas económicos o culturales o

religiosos (contraer matrimonio, por ejemplo) impliquen una posibilidad de aborto bajo la mirada anónima de los alumnos encuestados.

Como equipo de investigación que somos, nos interesa seguir indagando y acrecentando nuestra mirada desde dos puntos equidistantes que –al final de cuentas- contienen en su intermedio lo más valioso que tenemos: la vida.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ANGENOT Marc, (2010) *El discurso social, los límites históricos de lo pensable y lo decible*. Editorial siglo XXI, Buenos Aires.
- BOURDIEU, Pierre (1990) “Espacio social y génesis de las ‘clases’”. *Sociología y cultura*, Consejo Nacional para la cultura, México DF.
- D’ALESSIO Andrés José, “*Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*”, Tomo II, Parte especial, pp. 59 y ss., Editorial La ley, Buenos Aires, año 2009.
- DONNA Edgardo Alberto, *Derecho Penal Parte Especial*, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, año 2011.
- DWORKIN Ronald, (1994) *El dominio de la vida*, Editorial Ariel S.A., Barcelona.
- Fallo «Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica», Corte IDH, Sentencia de fecha 28/11/2012. Cfr. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- FARRELL, Martín D. (2006) “Filosofía del derecho y economía”, Editorial La Ley, Buenos Aires.
- HABERMAS Junger, (2008). *El discurso filosófico de la modernidad*, Katz editores, Buenos Aires.
- HERRERA Marisa, “*La lógica del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de familia. Reformar para transformar*”, cfr. www.infojus.go.ar, Id Infojus: DACF140902, 29.12.2014.
- ITURBURU Mariana Rodríguez, “*La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad*”, Reproducción - Vol 30/ N° 4/ Diciembre 2015.
- MAFFÍA Diana, “Aborto no punible: ¿Qué dice la ley argentina?” en Susana Checa (comp.) *Realidades y coyunturas del aborto. Entre el derecho*

y la necesidad. Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género Universidad de Buenos Aires, Paidós, 2006. ISBN 950-12-4537-3.

ORTIZ MILLÁN, Gustavo, (2011) “Guillermo Lariguet. Dilemas y conflictos trágicos. Una investigación conceptual”, en “Revista de Teoría y Filosofía del Derecho”, Editorial Isonomía, N° 34, año.

SOLER Sebastián, *Derecho penal argentino*, Editorial Tea, Buenos Aires, año 1986.

VASILACHIS DE GIALDINO Irene, 2006, “Estrategias de investigación cualitativa” Barcelona, Ed. Gedisa S.A.

LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE EXCLUSIÓN DE LA VOCACIÓN HEREDITARIA CONYUGAL¹

*Nora Lloveras² - Fabián Eduardo Faraoni³ - Valeria Durán⁴
Daniel Arnaudo⁵ - Julia Rossi⁶ - Romina Scocozza⁷ - Juan Pablo Ríos⁸*

¹ Artículo recibido 12/05/2017 – Aprobado para su publicación 10/07/2017.

² Lloveras, Nora. Profesora Emérita de la cátedra “B” de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora.

³ Faraoni, Fabián, Profesor Asistente Interino de la cátedra “B” de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba. Investigador. Vocal de la Cámara de Familia de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba.

⁴ Durán de Kaplan, Valeria. Profesora y Licenciada en Psicología. Docente U.N.C. Privado VI y Práctica Profesional III .Violencia. Miembro de Pensarte Centro de Psicoterapias Breves. Investigadora de la SECyT. Docente de Postgrado de Pensarte, UNC, de U.B.A.

⁵ Daniel Arnaudo. Abogado especialista en Derecho Procesal. Adscripto de las cátedras: B de Derecho Privado VI y C de Teoría General Del Proceso ambas dictadas en la Facultad de Derecho de la UNC. Investigador.

⁶ Rossi, Julia. Docente de la cátedra “B” de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba. Abogada. Especialista en Derecho de Familia. Universidad Nacional de Rosario. Docente investigadora de SECYT.

⁷ Scocozza, Romina Daniela; Abogada (UNC) Litigante en los Fueros Civil, Laboral y Familia. Diplomada en Desarrollo Humano con Perspectiva de Género y Derechos Humanos (UNC-INECIP). Adscripta a la cátedra de Derecho Constitucional y Derecho Privado VI (UNC). Docente Titular de Derecho Constitucional I y II (IDES Río Tercero). Tutora de Práctica Profesional III –Violencia Intrafamiliar (UNC).

⁸ Ríos, Juan Pablo, Abogado. Investigador. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba.

Resumen: El art. 2437 CCyC establece, entre otros motivos, que la separación de hecho sin voluntad de unirse excluye el derecho hereditario entre los cónyuges.

Estar separados de hecho para los cónyuges expresa que ya no se comparte un proyecto de vida en común, habiéndose quebrado la unión matrimonial fácticamente.

Este vaciamiento del proyecto de vida en común de los cónyuges, debe ostentar caracteres de “definitivo”, ya que cualquier “transitoriedad” en la ruptura del proyecto de vida, no hace posible tener por acreditada una separación de hecho que configure el presupuesto de exclusión de la vocación sucesoria conyugal del supérstite.

Palabras clave: Separación de Hecho - Vocación Hereditaria - Código Civil y Comercial de la Nación

1. LAS EXCLUSIONES REFERIDAS AL CÓNYUGE: EL TRÁNSITO DEL DEROGADO CÓDIGO CIVIL AL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación⁹, la exclusión hereditaria conyugal registra tres etapas diferenciadas: a) la regulada en el texto original de Vélez Sársfield por el art. 3575; b) la contemplada con la vigencia de la ley 17711 del año 1968, que le agregó un segundo párrafo a la norma aludida; y c) la última etapa del Código Civil derogado¹⁰, conforme a la redacción bajo el mismo número de artículo de la ley 23.515 del año 1987.

La exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge se encontraba regulada en los artículos 3573, 3574 y 3575 del derogado CCiv., dentro de un sistema diverso al actual. Es así que se distinguía entre el divorcio, la separación personal y la separación de hecho, y por otra parte se tenía en cuenta la atribución de culpabilidad.

El actual art. 2437 CCyC establece dentro del Capítulo “Sucesión del Cónyuge” que “el divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse

⁹ En adelante CCyC.

¹⁰ En adelante CCiv.

y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges”¹¹.

En la norma premencionada, se observa que desaparece así el factor “culpa” como elemento determinante para la conservación o no de la vocación hereditaria del cónyuge supérstite.

En el nuevo sistema, rige el divorcio remedio (arts. 435 a 445 CCyC), por lo que necesariamente se readapta el régimen de las causales de exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge al nuevo ordenamiento del divorcio que ahora se estatuye¹².

Las causales de exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge en el CCyC son: el matrimonio in extremis (art. 2436 CCyC); el divorcio, la separación de hecho y el cese de la convivencia resultante de una decisión judicial (art. 2437 CCyC).

Esta normativa es consecuente con las modificaciones habidas en materia de derecho de las familias del CCyC -especialmente en el Libro Segundo-, lo cual ha simplificado el régimen, evitando las discusiones doctrinarias generadas a partir del derogado art. 3575 del CCiv las cuales ya no son útiles en el nuevo ordenamiento civil.

El diferente régimen de divorcio incausado actual, excluye toda idea de culpa (arts. 436/438, CCyC), por lo cual lógicamente no se reiteran los derogados arts. 3474 y 3475 del CCiv. en la legislación vigente: la regla general es que cualquiera haya sido la causa por la que dejaron de mantener un proyecto de vida en común y se encuentran separados de hecho, ninguno de los cónyuges heredará al otro.

¹¹ CCyC: en relación al divorcio el régimen en materia sucesoria no ha cambiado. Se mantiene el principio del último párrafo del derogado art. 3574 CCiv., que establecía la pérdida de los derechos hereditarios para ambos cónyuges, independientemente de su culpabilidad. El Proyecto de Reforma al CCiv, de 1998 en el art. 2386 daba la misma solución: “el divorcio vincular extingue el derecho hereditario”.

¹² Véanse los Fundamentos del Anteproyecto. En: Código Civil y Comercial de la Nación. Abeledo Perrot. Bs. As. 2012. Se expresa en los Fundamentos del Libro V: “En general, las normas relativas a los casos de exclusión del cónyuge se adecúan a la eliminación de la separación personal y las causales del divorcio; también se modifica la causal de separación de hecho, en tanto la exclusión, como en el caso del divorcio, no tiene en cuenta la culpa sino el cese de la convivencia, que también pudo producirse por una decisión judicial (por ejemplo, en causas por violencia familiar, o en medidas provisionales en juicio de divorcio)”.

Ya en los Fundamentos del Anteproyecto del CCyC se hace hincapié en la importancia de la derogación del divorcio con atribución de culpa y la separación personal en todas sus formas, evitando el análisis de la culpa, a fin de no ventilar cuestiones íntimas y conservar las buenas relaciones familiares.

No obstante ello, existe alguna conexión entre el actual art. 2437 del CCyC y la norma derogada del art. 3574 del CCiv¹³.

Por una parte, el citado art. 2437 del CCyC concuerda con el último párrafo del derogado art. 3574 del CCiv., en cuanto a que el divorcio “vincular” decretado por sentencia judicial hacía cesar la vocación hereditaria de los cónyuges, y con el primer párrafo del derogado art. 3575 del citado Código ya histórico, que se refería al cese de la vocación hereditaria de los cónyuges separados de hecho¹⁴.

Asimismo, las modificaciones que introduce el CCyC en materia de relaciones familiares, elimina la separación personal, y lo referente al análisis de la culpa en la ruptura de la relación matrimonial. Esta nueva visión jurídica repercute notablemente en el ámbito del derecho sucesorio y más específicamente en la sucesión del cónyuge, simplificando el régimen y evitando las discusiones doctrinarias que se habían suscitado en relación a la interpretación al derogado art. 3575 del CCiv.

Es que al suprimirse la separación personal, no se reiteran ya en el CCyC las causales de exclusión hereditaria del cónyuge culpable en dicha separación personal, y tampoco las causales de ineficacia de la vocación hereditaria, que se originaban en el hecho de que el cónyuge inocente en

¹³ Resolviendo un tribunal según el derecho derogado por la fecha de la muerte del causante, valora el art. 2437 CCyC. CNCiv, Sala J, 22/03/2016, “R. L. H. M. Dra. I. N. I. y Otro c/ P. P. J. D. s/exclusión de Heredero”, Citar: elDial.com - AA966B, 02/05/2016 <http://www.eldial.com/>

¹⁴ Cfr. Desde otra perspectiva: ROLLERI, Gabriel G., *Exclusión de la vocación hereditaria conyugal por separación de hecho en el nuevo Código Civil*, ps. 233 y ss. En: Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Directoras: Cecilia P. GROSMAN; Nora LLOVERAS; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI; Marisa HERRERA, Marzo 2015, N° 68, XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil: Familia y Sucesiones, Abeledo Perrot, Bs. As., 2015.

la separación personal (quien mantenía la vocación) incurriera en injurias graves o viviere en concubinato o en unión convivencial¹⁵.

También se deja de lado la controversia doctrinaria acerca de la vocación hereditaria del cónyuge sano en la separación prevista por el derogado art. 203 CCiv.

En una primera reflexión, podemos entonces afirmar que el sistema de la exclusión de la vocación hereditaria conyugal previsto en el Libro Quinto, se instituye como más dinámico, actual, real y coherente en el contexto normativo del CCyC. El régimen permitirá una más armoniosa convivencia social y la disminución de la innecesaria litigiosidad reinante en materia de disolución matrimonial y exclusión de la vocación hereditaria conyugal.

2. LAS CAUSALES DE EXCLUSIÓN HEREDITARIA DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El art. 2437 del CCyC cita como causales de exclusión hereditaria del cónyuge sobreviviente, el divorcio y la separación de hecho o el cese de la convivencia establecido por decisión judicial.

En lo relativo al divorcio y al cese de la convivencia establecido por decisión judicial, como causales de exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge supérstite, si bien precedentemente reseñamos algunos ejes, excede el planteo del presente trabajo.

El tema de la separación de hecho es donde más trascendencia tiene la reforma del CCyC, y en el cual nos detenemos específicamente.

Hemos señalado que el derogado art. 3575 CCiv, tanto en su redacción original, como después de la reforma de la ley 17.711 de 1968 y el dictado de la ley 23.515 de 1987, había generado diferentes posturas doctrinarias y jurisprudenciales.

La discusión se basaba en determinar si la sola separación de hecho causaba la pérdida de la vocación hereditaria, o si era necesario probar la culpabilidad de alguno de los cónyuges.

¹⁵ Para un mejor análisis de los fundamentos de la derogación de la figura de la separación personal véase: HERRERA, Marisa, *Manual de Derecho de las Familias*, colaboradoras: Natalia de la Torre; Silvia E. Fernández, Abeledo Perrot, Bs. As. 2015.

Para quienes entendían que la situación fáctica exigía prueba, la otra cuestión debatida versaba en analizar quién tenía la carga de la prueba: a) es el cónyuge superviviente el que debía probar su inocencia, debido a que la sola separación de hecho causa la pérdida de la vocación; o b) son los que pretenden excluir al cónyuge superviviente los que deben probar su culpabilidad en la separación, porque en principio conservarían sus derechos hereditarios.

Esta última - posición b)- fue la posición adoptada en el fallo plenario de la CNCiv “Mauri de Mauri” de 1986.

La mayoría de la doctrina consideraba que este plenario quedó derogado en virtud de las disposiciones de la ley 23.515 de 1987 que introdujo como causal objetiva de separación personal y divorcio vincular la sola separación de hecho, sin voluntad de unirse, independientemente de la culpabilidad en dicha separación¹⁶.

A partir del plenario de la CNCiv, “C. G. T. c. A. J. O. s/liquidación de la sociedad conyugal”, del 29/9/1999¹⁷, la posición adoptada es la contraria a la de “Mauri de Mauri”, ya que en principio la sola separación de hecho presupone la pérdida de la vocación hereditaria: “...Si la ley no acuerda a ninguno de los esposos los beneficios que concede al inocente, es porque si bien no los considera culpables, entiende implícitamente que ambos son responsables del fracaso del matrimonio”.

En el CCyC, la sola separación de hecho, produce la pérdida de la vocación hereditaria de ambos cónyuges.

¹⁶ En las XIX Jornadas Rosarinas de 2003 se votó por mayoría que “Como principio el estado de separación de hecho produce la pérdida de la vocación sucesoria recíproca entre cónyuges. Pero si producida la muerte de uno de éstos el superviviente alega y prueba su inocencia en la separación de hecho conserva su vocación sucesoria”. Esta posición ha sido mantenida por la jurisprudencia más reciente (CNCiv., sala M, 14/6/2012, eDial.com AA 7824, publicado el 30/7/2012).

¹⁷ CNCiv.; En Pleno; 29/09/1999; C., G. T. c. A., J. O. LA LEY 1999-F, 3 - DJ1999-3, 754 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho de Familia - Director: Marcos M. Córdoba - Editorial LA LEY, 2004, 564, con nota de Roberto Kielmanovich; Colección Plenarios - Derecho Civil Tomo I, 1071. Sumario: Decretada la separación personal o el divorcio vincular por la causal objetiva prevista en los arts. 204 y 214 inc. 2º del Cód. Civil, t. o. ley 23, sin que se hayan dejado a salvo los derechos del cónyuge inocente, corresponde aplicar la regla consagrada en el tercer párrafo del art. 1306 del Código citado, respecto de los bienes adquiridos durante la separación de hecho.

En modo alguno está permitido invocar, ni analizar ni de otro modo examinar la causa de esa separación, como pretendiendo seguir o continuar aplicando un derogado sistema matrimonial con los deberes jurídicos que hoy no ostenta el CCyC, y que sí exhibía el sistema anterior.

Ha quedado cerrado en este campo de la transmisión de derechos por causa de muerte (Libro Quinto), todo debate sobre la “culpabilidad” de alguno de los cónyuges, sea cual fuere la causa de la separación de hecho, para admitir o excluir la vocación hereditaria conyugal: ese debate sobre la culpa, se explicaba en el derecho derogado, aun cuando hubiera generado alguna controversia, y desde el 1 de agosto del 2015 se ha clausurado esta posibilidad¹⁸.

3. LA NUEVA SEPARACIÓN DE HECHO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El CCyC reserva al ámbito moral y al ejercicio de la autonomía personal de los cónyuges el deber de convivir. La convivencia no es ya un deber jurídico sino moral¹⁹.

La conceptualización de la separación de hecho de los cónyuges en el marco del derecho derogado respondía principalmente a que la convivencia era un deber jurídico para el anterior divorcio causado, perfilándose el derogado abandono voluntario y malicioso del hogar que regulaba el derogado art. 202 inc. 5° del CCiv., por ejemplo como causal de divorcio culpable.

¹⁸ Cfr. STJ de Corrientes, Expte. 14857/7 - “R. I. y M. D. E. C/ M. M. A. s/ colación”, 26/04/2016, en elDial.com - AA9694 del 06/05/2016. Se afirma en el decisorio que así como desaparece la separación judicial, también desaparece a partir del 1 de agosto del 2015 el derecho hereditario del cónyuge separado inocente (contemplado en el artículo 3574 del Código Civil). Por otra parte como se suprime el concepto de culpa en el divorcio, este concepto también cesa de tener importancia en la exclusión hereditaria conyugal por separación de hecho (Art. 3575 del Código Civil es reemplazado por el art 2437 del C C y C). El artículo 2437 establece “el divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges”.

¹⁹ Cfr. HERRERA, Marisa, *Manual de Derecho de las Familias*, colaboradoras: Natalia de la Torre; Silvia E. Fernández, AbeledoPerrot, Bs. As. 2015, ps. 160 y ss.

En la amplitud de formas de organización familiar receptadas en el nuevo ordenamiento²⁰, que responde al derecho constitucional-convenional que ilumina el CCyC, aparece el deber de convivencia de índole moral, por lo que si los cónyuges deciden no convivir, no existe sanción en el plano jurídico. Es que, hay conductas, acciones, modos de convivir o de vivir, modalidades de desarrollar los proyectos de vida, que están reservadas al ámbito de la privacidad de las personas.

La separación de hecho se aparta del deber jurídico de convivencia, al no ser este último exigible jurídicamente (art. 431 del CCyC)²¹.

Estar separados de hecho para los cónyuges expresa que ya no se comparte un proyecto de vida en común, habiéndose quebrado la unión matrimonial fácticamente, por esta suerte de vacío del eje principal que define el nuevo paradigma del matrimonio en el CCyC.

La elaboración de la doctrina y la jurisprudencia en el derecho anterior en general identificaba la separación de hecho de los cónyuges con la quiebra del deber de cohabitar o convivir²².

Esta interpretación anterior, ya no es posible en el derecho vigente dado que: a) los cónyuges no están obligados jurídicamente a convivir, por un lado; b) por el otro, la separación de hecho importa que no se sostiene ni se desarrolla un proyecto de vida en común entre los cónyuges.

Se admite en la doctrina que una interpretación armónica de todas las normas mencionadas permite concluir que la exclusión hereditaria opera para el supérstite cuando “la pareja conyugal se encontraba quebrada a la fecha del deceso, y no por el mero cese de la convivencia. Más allá de que

²⁰ Cfr. ORLANDI, Olga, *Capítulo VI: Uniones convivenciales*, ps. 373 y ss. En: Manual de Derecho de las Familias. Según el Código Civil y Comercial de la Nación. Dirección: Nora Lloveras. Coordinador: Juan Pablo Ríos, Mediterránea, Córdoba, 2016.

²¹ Cfr. LLOVERAS, Nora: *El divorcio en el Anteproyecto de Código Civil*, p. 16. En: El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil” - JA - Número Especial - 2012-II.

²² Cfr. GALLI FIANI, María Magdalena, *Exclusión hereditaria del cónyuge separado de hecho*, LL 08/06/2016, 9. Fallo Comentado: CNCiv, sala J ~ 2016-03-22 ~ R. L., H. M. - Dra. I. N. I. y otro c. P. P., J. D. s/ exclusión de heredero; Jurisprudencia y Doctrina del Diario La Ley del Día - N° 2788, <http://www.laleyonline.com.ar/>

la decisión haya sido de uno o de común acuerdo, la desaparición del proyecto de vida en común es el que obstruye el llamamiento del supérstite²³.

La “nueva” separación de hecho ostenta caracteres diferentes a la que podía describirse en el derecho derogado, en tanto responde a un nuevo paradigma de la unión matrimonial, fundado en el compromiso de desarrollar un proyecto de vida en común, con deberes morales entre los que se cuenta la convivencia, y un deber jurídico esencial que es la asistencia.

Al no regularse la cohabitación o convivencia como derecho/deber de los cónyuges, la definición de separación de hecho que venía debatiéndose en el derecho derogado, no puede mantenerse²⁴.

Es que hay una nueva conceptualización de la separación de hecho, que no permite calificarla de contraria a derecho o ilícita o prever efectos contrarios a los derechos de los cónyuges por estar separados de hecho, o expresiones análogas, sino tratarla como una vicisitud más del matrimonio.

La separación de hecho trae consecuencias que están de acuerdo o relacionadas con el nuevo paradigma matrimonial: la solidaridad impone que en la separación de hecho se presten alimentos, el fundamento de la vocación hereditaria conyugal desaparece si no hay un proyecto de vida en común, la ganancialidad pierde su contenido si la separación de hecho ha operado entre los cónyuges, entre otros.

El “nuevo” matrimonio en el CCyC conlleva una nueva visión de la separación de hecho como situación fáctica, operando secuelas esa separación, de acuerdo a la mirada de la unión matrimonial que trae el

²³ Cfr. GALLI FIANI, María Magdalena, *Exclusión hereditaria del cónyuge separado de hecho*, LL 08/06/2016, 9. Fallo Comentado: CNCiv, sala J ~ 2016-03-22 ~ R. L., H. M. - Dra. I. N. I. y otro c. P. P., J. D. s/ exclusión de heredero; Jurisprudencia y Doctrina del Diario La Ley del Día - N° 2788, <http://www.laleyonline.com.ar/>

²⁴ Cfr. M.R.P. C. 1ª. Apel. CC San Isidro, sala I, septiembre 13-2016, M., S. J. s/ sucesión ab-intestato, en Editorial el Derecho, *El Derecho: Información jurídica*, 14.10.20126, <http://www.elderecho.com.ar/>. Se sostiene en el pronunciamiento que es suficiente que la voluntad de uno de los cónyuges falte para que el proyecto de vida en común no pueda llevarse adelante y como consecuencia de ello se produzca la exclusión de la vocación hereditaria de los cónyuges; la pérdida de vocación es de ambos, porque resulta absolutamente irrelevante las causas que llevaron a esa separación, así como cuál de ellos tenía voluntad de unirse y cuál no la poseía. Se agrega que a separación de hecho indica la falta de afecto presunto entre los cónyuges, el que configura un presupuesto del derecho hereditario conyugal que explica claramente que, ante tal hipótesis de quiebre de la unión matrimonial, no opere el llamamiento hereditario.

derecho privado constitucionalizado en el sistema en vigencia desde agosto de 2015.

4. LA SEPARACIÓN DE HECHO Y LA EXCLUSIÓN DE LA VOCACIÓN HEREDITARIA CONYUGAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

En el marco antes descripto, la separación de hecho, por sí, finaliza con la vocación sucesoria conyugal²⁵, adquiriendo una entidad objetiva²⁶, en el campo sucesorio²⁷.

Esta separación de hecho indica la falta de afecto presunto entre los cónyuges -el quiebre del proyecto de vida común-, lo que configura uno de los presupuestos que hacen posible el derecho hereditario conyugal y que explica claramente que ante tal hipótesis de ruptura de la unión matrimonial, no opere el llamamiento hereditario²⁸.

En este aspecto, uno de los problemas en la materia sucesoria -en especial-, es la respuesta que se otorgue a la separación de hecho de los cónyuges cuando la muerte de uno de ellos suceda en tales circunstancias, siendo tal separación transitoria.

La discusión remite sobre todo a la prueba: si se ha configurado la separación de hecho, la vocación hereditaria conyugal se excluye; si la

²⁵ El tema puede verse con amplitud en: LLOVERAS, Nora, *Convivencia, separación de hecho y matrimonio*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2016-2, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, pág. 421.

²⁶ Cfr. LLOVERAS, Nora; ORLANDI, Olga; FARAONI, Fabián; VERPLAETSE, Susana, Exclusión del cónyuge supérstite (art. 2437 CCyC), ponencia que fue materia de tratamiento de la Comisión 7 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2015 realizadas en Bahía Blanca.

²⁷ Para el derecho vigente: AZPIRI, Jorge; *Incidencias del Código Civil y Comercial - 9 - Derecho Sucesorio Hammurabi José Luis Depalma, 2015; BUERES, Alberto J. - Dirección-. Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado. Tomo 2, arts. 1430 a 2671. Hammurabi. 2015; RIVERA, Julio C.; MEDINA Graciela - Directores -; Coord: Mariano Esper. Comentarios al Código Civil y Comercial de la Nación. Editorial La Ley. 2014: LLOVERAS, Nora; ORLANDI, Olga; FARAONI, Fabián. Código Civil y Comercial comentado. Sucesiones. T. VI. Ed. Infojus. Bs.As. 2015.*

²⁸ Cfr. AZPIRI, Jorge O., *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho Sucesorio*, Hammurabi, Bs. As., 2015, ps. 222 y ss.

separación de hecho fue transitoria, no se configura el supuesto de la norma, es decir, no hay separación de hecho, en el marco de decisión y expresión del art. 2437 CCyC.

En otros términos, conformada la separación de hecho, se aplica el art. 2437 CCyC, por lo que se excluye tal vocación; y si la separación de hecho es transitoria, no opera la exclusión, en tanto tal separación de hecho no se satisface como requisito de la norma.

Los herederos que pretenden excluir al cónyuge supérstite deben probar la separación “definitiva”, con independencia de toda controversia sobre la culpabilidad de cada uno de los cónyuges.

La separación de hecho indica la falta de afecto presunto entre los cónyuges, que define seriamente en el sistema, un presupuesto del derecho hereditario conyugal, que explica claramente que ante tal hipótesis de quiebre de la unión matrimonial, no opere el llamamiento hereditario.

La exclusión del cónyuge supérstite separado de hecho es una acción mediante la cual los coherederos concurrentes (descendientes, ascendientes o herederos instituidos), o de un grado más remoto excluyente (colaterales) o legatarios que vieran algún interés al concurrir con el viudo/a solicitan la pérdida de los derechos hereditarios de aquél.

Quien pretende excluir deberá plantear la pérdida del derecho hereditario y, para ello, acreditar la separación de hecho. Entendemos que bastará al heredero que solicite la exclusión probar simplemente el hecho objetivo de la separación²⁹.

Desde otra mirada, un fallo del Superior Tribunal de España determinó que existen supuestos en que pese a existir una separación de hecho, no obstante, no hay o no se constata una voluntad efectiva e inequívoca de

²⁹ GUASTAVINO, Gabriel Nicolás Eustaquio, *Exclusión de la vocación hereditaria*, ponencia que fue materia de tratamiento de la Comisión 7 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2015 realizadas en Bahía Blanca. Por otra parte, el autor refiere que la vocación hereditaria de los cónyuges que se encuentran separados (por voluntad propia o en virtud de una decisión judicial) no se puede juzgar solamente con el dato objetivo de la separación de hecho (excluyendo siempre a los cónyuges separados), sino que es necesario indagar en el elemento subjetivo: subsistencia o no del vínculo, del afecto, de la voluntad de mantenerse unidos en matrimonio. Sólo así se puede preservar el fundamento de la vocación hereditaria (afecto presunto). El dato objetivo de la separación de hecho de los cónyuges, es insuficiente por sí solo para excluir la vocación hereditaria de las partes implicadas.

romper la relación conyugal a estos efectos, bien por razones de índole económica, o bien por razones afectivas. Para considerar separada de hecho a una pareja tiene que existir “voluntad efectiva e inequívoca de romper la relación conyugal”³⁰.

El giro utilizado por el art. 2437 de CCyC “separación de hecho sin voluntad de unirse”, como causa de exclusión del derecho hereditario entre cónyuges, no conlleva a nuestro entender un plus probatorio, acreditada que sea la separación de hecho³¹. Es decir, que se trata de una modificación sustancial al derecho sucesorio derogado ya que deja de lado las oscuras redacciones de los arts. 3574 y 3575 del CCiv. anterior para definir que la separación de hecho excluye el derecho hereditario entre cónyuges, al igual que el divorcio y que cualquier decisión judicial que implique que la convivencia cese.

La separación de hecho excluye al cónyuge supérstite de la sucesión con fundamento en la esencia de la comunidad de vida que caracteriza al matrimonio.

Esta vocación hereditaria conyugal se excluye cuando ha operado y se prueba, objetivamente la separación de hecho³².

En esta línea, se corre el factor de atribución de derechos hereditarios desde la culpabilidad del régimen anterior hacia otros factores.

Un sector de la doctrina destaca el cese de la convivencia previsto por el art. 2437 CCyC, lo que puede acaecer por cualquier decisión judicial³³.

³⁰ http://www.elderecho.com/actualidad/Supremo-regimen-gananciales-matrimonio_convivan_0_833250225.html 4.07.2015

³¹ Cfr. CASTELLS, Lía; FABRIZI, Lucrecia, La separación de hecho y la exclusión de la vocación hereditaria entre cónyuges, ponencia que fue materia de tratamiento de la Comisión 7 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2015 realizadas en Bahía Blanca. Para los autores, la separación de hecho sin voluntad de unirse configura una causal objetiva de exclusión hereditaria entre cónyuges, resultando irrelevantes las causas que llevaron a dicha separación de hecho. Asimismo, entienden que la sola prueba de la situación fáctica acarrea la pérdida de la vocación sucesoria

³² Véase: Práctica y estrategia. Sucesiones. Directora: Nora LLOVERAS. Coordinadores: Olga ORLANDI; Fabián FARAONI. Colaboradores: Tamara Brunel; Andrea Kowalenko; María Belen Mignon; La Ley, Buenos Aires, 2015.

³³ Cfr. MEDINA, Graciela; GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, *Sucesiones intestadas*, p. 1163. En: Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Director: Julio Cesar Rivera; Coordinadora, Graciela Medina, Abeledo Perrot, Bs. As. 2012; agrega la autora que le basta al heredero que solicita la exclusión probar el hecho objetivo de la

Desde otra perspectiva se entiende que la separación de hecho exige que se agregue la prueba de la ausencia de voluntad de unirse. Se sostiene que “la aplicación estricta de la letra de la norma impone que a la prueba de la circunstancia del cese de la convivencia se le agregue aquella que permita determinar la existencia de voluntad de permanencia en la situación fáctica que exista al momento de fallecimiento del cónyuge”³⁴.

Por nuestra parte, entendemos que la separación de hecho acreditada da por tierra con la vocación hereditaria del cónyuge, ya que no existe el proyecto de vida en común en la situación fáctica que se trate, conforme al art. 431 del CCyC³⁵.

5. LA CONCURRENCIA O NO CONCURRENCIA DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

El tema es relevante, para cualquier ciudadano que se haya unido en matrimonio, ya que define si un cónyuge concurre o no concurre a la sucesión del otro, es decir define el carácter de sucesor frente a la muerte de uno de ellos³⁶.

Si se ha configurado la separación de hecho, que no tiene sino características fácticas, caduca ese llamado.

Ello implica examinar los siguientes extremos:

separación de hecho, pues la intención del legislador ha sido la de incorporar al texto legal, aquel adagio doctrinario que entiende que es el cese de la convivencia como elemento objetivo el que elimina el fundamento de la vocación sucesoria conyugal.

³⁴ Cfr. CÓRDOBA, Marcos, *comentario a los artículos 2277 a 2443 del Código Civil y Comercial de la Nación*, ps. 391 y ss. (Tomo X). En: Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo III. Arts. 446 a 593. Director: Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2015.

³⁵ Cfr. GIRAUDO ESQUIVO, Nicolás; KOWALENKO, Andrea S., MIGNON, María Belén, *El llamamiento legal: Sucesión intestada*, ps. 9 y ss. En: Derecho de Sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994. T II. Directores: Nora Lloveras, Olga Orlandi, Fabian Faraoni, Rubinzal-Culzoni, Córdoba, 2016.

³⁶ Cfr. Para la aplicación del art. 7 CCyC en materia de sucesiones: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Segunda Parte, Análisis de doctrina y jurisprudencia, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, ps. 253 y ss.

a) El primer escalón indica que la separación de hecho en el nuevo CCyC debe ser analizada conforme al nuevo derecho matrimonial: no se exige jurídicamente la convivencia o, expresado más simplemente, la convivencia no es un deber jurídico de los cónyuges.

b) El segundo escalón del conflicto, es que el vaciamiento del proyecto de vida en común, debe darse en la realidad, y tornarse con caracteres de definitivo, ya que cualquier transitoriedad en la ruptura de ese proyecto de vida, no hace posible tener por acreditada la separación de hecho³⁷.

Por eso, en este punto, nos es importante relevar que rasgos son exigibles para que la separación de hecho configure el presupuesto de exclusión de la vocación sucesoria conyugal del supérstite.

c) El tercer escalón, exige analizar si la separación de hecho exigida por la ley, podría caracterizarse por una situación transitoria o provisoria, o si por el contrario deben ser necesariamente presentarse como definitiva.

Este progresivo examen y estudio, conduce a determinar los presupuestos que deberán acreditar o probar aquellos herederos que persigan prevalerse de la facultad que les otorga el art. 2437 CCyC para excluir la vocación hereditaria del cónyuge supérstite, en la hipótesis de la separación de hecho.

6. CONCLUSIONES

A modo de conclusiones consignamos:

6.1. La conceptualización de la separación de hecho de los cónyuges en el marco del derecho derogado respondía principalmente a que la convivencia era un deber jurídico para el anterior divorcio causado.

³⁷ Cfr.: CNCiv., sala A, 6/5/2009, LA LEY 31/3/2010, 5 con nota de Néstor E. Solari - DFyP 2010 (mayo), 128 con nota de Alejandra Massano; Eduardo G. Roveda, DFyP 2010 (abril), 126 con nota de Graciela Ignacio, AR/JUR/15209/2009. Véase, asimismo, CNCiv., 2/10/1990, LA LEY, 1991-D, 418, citado en Dictamen n° 50.170 del Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Carlos R. Sanz, del 28/5/2001; CNCiv., sala E, 22/8/2007, Doctrina Judicial Online, AR/JUR/4876/2007; CCiv., Com., Minas, de Paz y Trib. Mendoza, 9/11/2010, DFyP 2011 (mayo), 164 con nota de Graciela Medina, AR/JUR/76675/2010; CNCiv., sala M, 14/6/2012, el- Dial.com AA 7824, publicado el 30/7/2012.

En el CCyC aparece el deber de convivencia de índole moral, por lo que si los cónyuges deciden no convivir, no existe sanción en el plano jurídico.

6.2. Estar separados de hecho para los cónyuges expresa que ya no se comparte un proyecto de vida en común, habiéndose quebrado la unión matrimonial fácticamente, por esta suerte de vacío del eje principal que define el nuevo paradigma del matrimonio en el CCyC.

6.3. La elaboración de la doctrina y la jurisprudencia en el derecho anterior en general identificaba la separación de hecho de los cónyuges con la quiebra del deber de cohabitar o convivir, más allá de las diversas posiciones.

Esta interpretación anterior, ya no es posible en el derecho vigente, dado que los cónyuges no están obligados jurídicamente a convivir, por un lado; y por el otro, la separación de hecho importa que no se sostiene ni se desarrolla un proyecto de vida en común entre los cónyuges.

6.4. La “nueva” separación de hecho ostenta caracteres diferentes a la que podía describirse en el derecho derogado, en tanto responde a un nuevo paradigma de la unión matrimonial, fundado en el compromiso de desarrollar un proyecto de vida en común, con deberes morales entre los que se cuenta la convivencia, y un deber jurídico esencial que es la asistencia.

6.5. El art. 2437 CCyC establece que el divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges

6.6. En el CCyC frente al nuevo paradigma matrimonial también se instala el impacto de la novel regulación en el derecho sucesorio, y estipula que la separación de hecho excluye la vocación hereditaria del cónyuge supérstite (art. 2437 CCyC), entre otros supuestos³⁸.

³⁸ Cfr. MAZZINGHI, Esteban (h), ¿La exclusión hereditaria sancionada para cónyuges separados de hecho, impide invocar el derecho real de habitación del cónyuge supérstite? ponencia que fue materia de tratamiento de la Comisión 7 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2015 realizadas en Bahía Blanca. En relación al derecho real de habitación del cónyuge supérstite, se manifiesta que la opción voluntaria de los cónyuges de mantenerse separados -que atento lo dispuesto por el art. 2437 en todos los casos produce la pérdida de los derechos hereditarios-, no debe impedir que pueda invocarse el mencionado derecho en beneficio del cónyuge supérstite para que éste,

6.7. En el tema de separación de hecho como causal de exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge es donde más trascendencia tiene la reforma del CCyC.

6.8. En el CCyC, la sola separación de hecho, produce la pérdida de la vocación hereditaria de ambos cónyuges. En modo alguno está permitido invocar, ni analizar ni de otro modo examinar la causa de esa separación, como pretendiendo seguir o continuar aplicando un derogado sistema matrimonial con los deberes jurídicos que hoy no ostenta el novel ordenamiento, y que sí exhibía el sistema anterior.

6.9. La separación de hecho, por sí, finaliza con la vocación sucesoria conyugal, adquiriendo una entidad objetiva, en este campo sucesorio.

Esta separación de hecho indica la falta de afecto presunto entre los cónyuges -el quiebre del proyecto de vida común-, lo que configura uno de los presupuestos que hacen posible el derecho hereditario conyugal y que explica claramente que ante tal hipótesis de ruptura de la unión matrimonial, no opere el llamamiento hereditario.

Se corre el factor de atribución de derechos hereditarios desde la culpabilidad del régimen anterior hacia otros factores.

6.10. En definitiva, consideramos que el vaciamiento del proyecto de vida en común de los cónyuges debe ostentar caracteres de “definitivo”, ya que cualquier “transitoriedad” en la ruptura de ese proyecto de vida no hace posible tener por acreditada una separación de hecho que configure el presupuesto de exclusión de la vocación sucesoria conyugal del supérstite, en el marco regulado por el CCyC.

-si se dan los presupuestos necesarios-, pueda seguir viviendo en el hogar familiar, tal como había consentido en vida el causante.

ORDEN PÚBLICO SUCESORIO, DESENVOLVIMIENTO ECONÓMICO Y EMPRESA FAMILIAR¹

*Olga Etelvina Orlandi - Gabriel Eugenio Tavip - Sebastián Monjo -
Susana Verplaetse - María Belén Mignon - María Victoria Jalil Man-
froni - Andrea Kowalenko²*

Resumen: En la investigación se analiza el modo en que el CCyC facilita o supera la tensión entre los límites que impone el orden público en las normas sucesorias y el libre desarrollo del tráfico jurídico económico, en especial en materia empresarial. Se analizan las instituciones que apuntan a superar estas restricciones: a) disminución de las cuotas de legítima y efectos de la acción de reducción (arts. 2444 y ss CCyC); b) inclusión de la empresa y las sociedades como objeto de indivisión forzosa, (arts. 2330 a 2334 CCyC); c) atribución preferencial de bienes en la partición (arts. 2380 y 2381 CCyC) y d) posibilidad limitada de concretar pactos de herencia futura (art. 1010 CCyC). Estas instituciones, acompañan la transmisión de bienes sin conflictos y facilitan el traspaso de la empresa familiar coadyuvando a su conservación.

Palabras clave: orden público - sucesiones - empresas

¹ Artículo recibido 02/05/2017 – Aprobado para su publicación 12/08/2017.

² Director: Dra. Olga Orlandi, Doctora en derecho, Profesor Titular UNC. oorlandi@arnet.com.ar. Codirector: Ab. Gabriel E. Tavip, Profesor UNC gabrieltavip@gmail.com. Investigadores: Ab. Sebastián Monjo; Ab. Susana Verplaetse susanaverplaetse@hotmail.com; Ab. María Belén Mignon y Ab. María Victoria Jalil Manfroni marivijalilmanfroni@hotmail.com; Ab. Andrea Kowalenko andreakowalenko@yahoo.com.ar (docentes investigadores de la UNC)

1. EL ORDEN PÚBLICO SUCESORIO: SU INFLUENCIA EN EL DES- ENVOVIMIENTO ECONÓMICO – EMPRESARIAL

El derecho sucesorio argentino³ se caracterizó siempre por estar jalonado de normas de orden público. El excesivo rigorismo en este aspecto, se limitó en demasía la autonomía personal y dificultó el tráfico jurídico económico.

El derecho sucesorio – de diversas formas – apunta a la defensa de los bienes jurídicos tutelados a través de: *la imperatividad de la ley*, *la irrenunciabilidad de los derechos adquiridos* o de la *ineficacia de los actos* que pudieran concluir quienes pretendan avanzar más allá del territorio reservado a la autonomía. Es cuestión de política legislativa la forma de instrumentar la defensa de los bienes jurídicos. En este sentido, muchas normas del derecho sucesorio son de orden público, dado que el ordenamiento jurídico limita la autonomía de la voluntad en miras a la tutela de ese interés general.

El derecho argentino anterior a la sanción del CCyC ostentaba límites considerables en relación a la transmisión sucesoria siendo las más destacadas: a) la fijación de órdenes sucesorios en el llamamiento legal y la preservación de la porción legítima a los herederos legitimarios, b) las restricciones a las formas de testar, c) la distribución de bienes en la partición, d) la prohibición absoluta de todo pacto de herencia futura, e) el proceso impuesto para la adquisición singular de los bienes transmisibles.

Estas restricciones - en forma clara- influyeron negativamente en el desenvolvimiento económico como lo señaló la doctrina y jurisprudencia⁴. Era frecuente observar actos simulados, fraude a la ley, constitución

³ En la doctrina clásica argentina ver : MAFFÍA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, actualizada por Lidia Beatriz Hernández y Luis Alejandro Ugarte, t. I y t. II, Buenos Aires, 2ª. ed. Abeledo Perrot, 2010. Ps. 17 y ss. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil - Sucesiones*. 9ª edic. act. por Delfina M. Borda, t.1 y t. 2, LL, Bs As, 2008. ps. 7 y ss. ZANNONI, Eduardo A., *Manual de Derecho de las Sucesiones*, 4ª ed. Astrea, Bs. As. 1999. Ps. 14 y ss.

⁴ Cfr.: ORLANDI, Olga E. - *La Legítima y sus Modos de Protección - Análisis Doctrinario y Jurisprudencial en la Dinámica del Proceso Sucesorio*. Colección derecho de familia y sucesiones. (2ª Edición actualizada) Abeledo Perrot. Buenos Aires 10/09/2010. 2012; Tendencia hacia la autonomía en el derecho sucesorio del S. XXI, en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Directores: Cecilia P. Grosman- Ainda Kemelmajer de Carlucci – Nora Lloveras. N° 53. Marzo de 2012. Abeledo Perrot, Ps. 5

y desenvolvimiento de sociedades, entre otros, como medio de defraudar las normas restrictivas de orden público en materia sucesoria.

La ampliación del campo de la autonomía personal en el ámbito del derecho de sucesiones en el Siglo XXI exigía una nueva mirada, teniendo en cuenta el derecho a la libertad de disposición de los bienes del causante para después de su muerte y la tutela del tráfico jurídico económico para - entre otros fines- preservar la conservación de la empresa familiar.

2. FLEXIBILIZACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO Y RECEPCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Las modificaciones al derecho sucesorio argentino se fundan en numerosas razones, como la incorporación y reconocimiento de los DDHH fundamentales; y otras de carácter técnico - pero impostergable - que tienen en cuenta las modernas formas en que se desarrolla el tráfico jurídico económico.

El CCyC aggiornó las instituciones teniendo en cuenta las vivencias de una sociedad multicultural, la constitucionalización del derecho privado, el principio de igualdad, la no discriminación de los derechos individuales y colectivos y preservando la seguridad jurídica en las transacciones comerciales⁵.

Claros ejemplos de los medios utilizados por el legislador en el CCyC para lograr la tutela del interés general – normas de orden público - en materia sucesoria son: la determinación de los órdenes sucesorios en la sucesión intestada (arts. 2424 y ss. CCyC); la prohibición de pactos sobre herencia futura y alguna flexibilización a la sucesión contractual (art. 1010 CCyC); las normas que implican límites al poder de disposi-

a 41 “Interés propio e interés familiar en el derecho Sucesorio. Libertad testamentaria”. En “El derecho de Familia en Latinoamérica- Las familias y los desafíos sociales, págs. 973-988. LLOVERAS Nora; ORLANDI, Olga; -Sociedades: conflictos vinculados al derecho sucesorio. En “Tratado de los Conflictos Societarios (T III) Parte VII: Conflictos vinculados a cuestiones externas. Director: Diego A. J. Duprat. Ed. Abeledo Perrot. Bs, As. Noviembre de 2013. Ps. 2753 a 2790. Año 2013; Límites a la autonomía: la legítima hereditaria en *Derecho De Sucesiones Código Civil y Comercial de la Nación- Libro Quinto - Ley 26994* Directores: Nora Lloveras – Olga Orlandi – Fabian Faraoni. Ed. Rubinzal Culzoni.

⁵ Ver fundamentos del Anteproyecto de CCyC.

ción del causante – legítima (arts. 2444 ss ycc CCyC) -; la restricción en las formas de testar (arts. 2462 y ss CCyC); el proceso impuesto para la adquisición singular de los bienes transmisibles (arts. 2335 y ss CCyC) , entre otros aspectos.

El Libro Quinto del CCyC – “Transmisión de derechos por causa de muerte”- está matizado de algunas modificaciones y prescripciones importantes que deben complementarse con los principios generales enunciados en el Título Preliminar y el Libro Primero. En materia de sucesiones es en donde menos modificaciones ostenta⁶, simplifica las formas y reduce el número de artículos⁷.

Como elementos específicos señalamos que: a) se observa un reconocimiento de la persona humana y se dispensa protección a las personas con discapacidad; b) otorga un mayor ejercicio de la autonomía personal al disminuir las cuotas de legítima; y c) se amplían e implementan normas que apuntan a la continuidad económica empresarial⁸.

⁶ Entre los cambios relevantes del CCyC se destaca: i. Distinción entre sucesores: heredero legítimo, heredero testamentario y heredero de cuota -; ii. Precisiones en materia de aceptación y renuncia de la herencia; iii. Regulación del contrato de cesión de herencia; iv. Determinación de la situación de los créditos y deudas del causante; a través del sistema de responsabilidad de los herederos y legatarios; v. Claridad en las normas que regulan la indivisión hereditaria; vi. Descripción del proceso sucesorio y la administración de la herencia; vii. Ordenación de la partición de la herencia, licitación y la atribución preferencial, partición por ascendientes; viii. La disminución de las cuotas de legítima y la mejora al heredero con discapacidad; ix. la regulación de la sucesión testamentaria; x. La supresión de la desheredación y el derecho hereditario de la nuera viuda.

⁷ Cfr. ORLANDI, Olga – LLOVERAS, Nora; *Límites a la autonomía: la legítima hereditaria en Derecho De Sucesiones Código Civil y Comercial de la Nación- Libro Quinto - Ley 26994* Directores: Nora Lloveras – Olga Orlandi – Fabian Faraoni. Ed. Rubinzal Culzoni; BORDA, Delfina M. *Principales reformas en materia de Sucesiones y Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. 20-11-2013. Revista de Derecho Civil. IJ-LXIX-759.

⁸ Cfr. FERRER, Francisco, CÓRDOBA, Marcos M., NATALE, Roberto M. *Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria*. DFyP 2012 (octubre), 01/10/2012, 127. MEDINA, Graciela; MIGUEZ DE BRUNO, María Soledad, *Principios generales sucesorios y los principios generales de la sucesión intestada en particular*; DFyP 2014 (noviembre), 03/11/2014, 109. AR/DOC/3860/2014.

3. TENDENCIA A FACILITAR EL LIBRE DESARROLLO DEL TRÁFICO JURÍDICO ECONÓMICO EN ESPECIAL EN MATERIA EMPRESARIAL

Los cambios económicos y sociales de este siglo han sido profundos y se ven proyectados en los sistemas jurídicos en diversas perspectivas. Uno de los ejes rectores es la recepción de la autonomía de la voluntad o autonomía personal - que reconoce como eje a la libertad - y se proyecta en todas las áreas legislativas, abarcando el derecho de sucesiones.

Las normas de un sistema jurídico de sucesiones apuntan sin dudas a lograr la seguridad jurídica en la transmisión por causa de muerte y a la tutela del interés familiar – solidaridad- en consideración a que la familia constituye el núcleo básico de la sociedad y el medio de realización personal de sus miembros. Numerosas reglas del derecho de transmisión por causa de muerte han sido y siguen siendo de orden público, limitan la autonomía de la voluntad en miras a la tutela de ese interés general.

El derecho sucesorio debía adaptarse a las características sociológicas, a la dinámica del desenvolvimiento económico y de la empresa, mediante la recepción legislativa de una mayor autonomía. Estas exigencias se han receptado moderadamente en el CCyC⁹.

Las tensiones en el derecho sucesorio- autonomía vs. orden público- fueron abordadas en el nuevo cuerpo normativo instaurando la flexibilización de la legítima, el otorgamiento de mayor autonomía para testar, al contemplar soluciones que apuntan a resguardar los sujetos vulnerables y afianzar la solidaridad familiar, además de la recepción limitada de la sucesión contractual y la seguridad jurídica respecto a terceros.

4. LAS MODIFICACIONES DEL CCYC QUE APUNTAN A SUPERAR LAS RESTRICCIONES Y TENSIONES

El CCyC apunta a superar la tensión entre los límites que imponen el orden público en las normas sucesorias y el libre desarrollo del tráfico jurídico económico, en especial en materia empresarial.

⁹ ORLANDI, Olga; LLOVERAS Nora; Límites a la autonomía: la legítima hereditaria en *Derecho De Sucesiones Código Civil y Comercial de la Nación- Libro Quinto - Ley 26994* Directores: Nora Lloveras – Olga Orlandi – Fabian Faraoni. Ed. Rubinzal Culzoni. 2016. Capítulo 9. T. 2. Ps. 119 A 259.

Se analizan las instituciones que contribuyen a ello: a) disminución de las cuotas de legítima y efectos de la acción de reducción (arts. 2444 y ss CCyC); b) inclusión de la empresa y las sociedades como objeto de indivisión forzosa, (arts. 2330 a 2334 CCyC); c) atribución preferencial de bienes en la partición (arts. 2380 y 2381 CCyC) y d) posibilidad limitada de concretar pactos de herencia futura (art. 1010 CCyC). Estas instituciones, facilitan la transmisión de bienes sin conflictos y facilitan el traspaso de la empresa familiar coadyuvando a su conservación.

4.1. LA DISMINUCIÓN DE LAS CUOTAS DE LEGÍTIMA (ARTS. 2444 Y SS CCYC)

4.1.1. La legítima

El CCyC regula la legítima en el Título X del Libro V, en los arts. 2444 a 2461. Sin embargo no enuncia en los mencionados artículos una definición de la institución de la legítima como si lo realizaba en su art. 3591 Código Civil derogado¹⁰.

En la doctrina se define como “una limitación legal y relativa a la libertad de disponer por testamento o donación, que lleva como consecuencia la reserva de una porción de la herencia o de bienes líquidos a favor de los denominados legitimarios”¹¹.

Es una institución del derecho sucesorio cuya naturaleza compleja se revela como un límite al poder de disposición a título gratuito del causante, infundido de orden público, de modo tal que aquellos a quienes la ley les reserva una porción de esta masa hereditaria –legitimarios – tienen un conjunto de medios para proteger su derecho ante cualquier desconocimiento o perturbación¹².

¹⁰ Art. 3591 CCiv derogado “La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos”.

¹¹ PÉREZ LASALA, José Luis; *Tratado de Sucesiones*, Tomo II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2014, p. 213.

¹² Cfr. LLOVERAS, Nora, ORLANDI, Olga; “Conflictos vinculados al derecho sucesorio” en DUPRAT, Diego A. J., *Tratado de conflictos societarios*, Tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 2768. ORLANDI, Olga; *La Legítima y sus modos de protección. Análisis*

Esta restricción legal a la autonomía de la voluntad solo opera cuando el causante haya efectuado concesiones patrimoniales a título gratuito - que exceden la porción disponible-, tanto en vida como después de su muerte a través de disposiciones testamentarias; y, concurran a actualizar la vocación hereditaria los herederos legitimarios, a quienes la ley les acuerda porción legítima.

El cálculo de la legítima implicará la determinación de la porción disponible o “de libre disposición” que se traduce en una cuota parte del patrimonio del causante que puede ser pasible de liberalidades. El causante podrá en vida realizar actos que alteren su patrimonio mediante actos a título oneroso o de consumo; lo que no puede hacer es disponer de su patrimonio a título gratuito por actos inter vivos o mortis causa más allá de la porción disponible¹³.

4.1.2. Los legitimarios y sus porciones legítimas

El art. 2444 del CCyC establece que son legitimarios, porque tienen porción legítima, los descendientes, ascendientes y el cónyuge. Dicha porción varía conforme cual sea el orden hereditario llamado a recibir la herencia.

El art. 2445 del CCyC regula quienes son los legitimarios, cómo se efectúa el cálculo de la legítima y qué bienes se tomarán en cuenta para efectuar dicho cálculo¹⁴.

El CCyC ha regulado la legítima con una reducción de las porciones respecto del sistema instaurado en el CCiv. derogado. Así, para el orden

doctrinario y jurisprudencial en la dinámica del proceso sucesorio, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pp. 84-85. GOTLIB, Gabriel; BIN ASTIGARRAGA, Carolina; “La prima de control y la legítima”, LA LEY 26/11/2015, 5, Cita Online: AR/DOC/3493/2015.

¹³ Cfr. PÉREZ LASALA, José Luis; *Tratado de Sucesiones*, Tomo II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 214. GOTLIB, Gabriel; BIN ASTIGARRAGA, Carolina; “La prima de control y la legítima”, LA LEY 26/11/2015, 5, Cita Online: AR/DOC/3493/2015.

¹⁴ Cfr. LLOVERAS, Nora, ORLANDI, Olga y FARAONI, Fabián; *Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p.182. LLOVERAS, Nora, ORLANDI, Olga y FARAONI, Fabián; “Comentarios a los arts. 2277 a 2531”, en HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (Directores); *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo VI, Infojus: Sistema Argentino de Información Jurídica, Buenos Aires, 2015, p. 213.

de los descendientes la legítima paso de $\frac{4}{5}$ a $\frac{2}{3}$, para el orden de los ascendientes de $\frac{2}{3}$ a $\frac{1}{2}$ y para el cónyuge se mantuvo en $\frac{1}{2}$. Como contrapartida, las porciones disponibles para el orden de los descendientes es de $\frac{1}{3}$, y para el orden de los ascendientes y el cónyuge supérstite es de $\frac{1}{2}$.

Al reducir las porciones legítimas, la nueva regulación posibilita la autonomía de la voluntad para disponer del propio patrimonio, aunque como bien advierte la doctrina igualmente las legítimas siguen representando una parte importante del acervo y, por ende, sigue siendo cuestionado su eventual agravio al derecho de propiedad¹⁵.

Esta disminución de las cuotas de legítima facilita el desenvolvimiento económico dando mayor margen para una transmisión que permita la conservación de las unidades productivas del causante.

4.1.3. Masa de cálculo de la legítima

El art. 2445 del CCyC fija cómo se conforma la masa de cálculo de la legítima a los fines de determinar si la misma ha sido conculcada. Dice la norma que “Dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación...”.

En primer término debe calcularse el valor de todos bienes dejados por el causante que se transmiten. Se deben incluir todos los créditos del causante frente a terceros. Asimismo, se deben excluir los créditos incoobrables, los créditos sujetos a condición suspensiva salvo que la condición se cumpla con posterioridad a la muerte del causante donde habrá que incluirla o efectuar una liquidación complementaria; y los seguros de vida contratados por el causante en beneficio de un heredero, salvo las primas pagadas por el mismo que pueden reputarse como una liberalidad¹⁶.

¹⁵ AZPIRI, Jorge O.; *Incidencias del Código Civil y Comercial, Derecho Sucesorio*, BUENES, Alberto J. (Dirección); *Incidencias del Código Civil y Comercial*, Tomo 9, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 237 citado por GOTLIB, Gabriel; BIN ASTIGARRAGA, Carolina; “La prima de control y la legítima”, LA LEY 26/11/2015, 5, Cita Online: AR/DOC/3493/2015.

¹⁶ Cfr. PÉREZ LASALA, José L.; *Tratado de Sucesiones*, T. II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, ps. 217-218.

Se deben detraer el valor de las deudas del causante que no se extinguen con su muerte; incluyendo las que el causante tenga respecto de un heredero y excluyendo los créditos incobrables por haber prescripto la acción, las deudas sujetas a condición suspensiva y los gastos de alimentos, asistencia médica, de educación etc. en los términos del art. 2392¹⁷.

Los bienes menos las deudas arrojan el valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante. A este valor líquido deberá agregarse el valor de las donaciones hechas en vida por el causante a favor de legitimarios y de terceros. A este resultado se le aplicará el porcentaje de legítima que la ley establece arrojando la legítima global y la porción disponible.

El segundo párrafo del art. 2445 del CCyC aclara también cómo deben practicarse las valuaciones. Los bienes se valuaran a momento del fallecimiento y las donaciones al momento de la partición según el estado que tenían al momento de la donación.

El art. 2446 del CCyC establece que si concurren a la sucesión “sólo descendientes o sólo ascendientes, la porción disponible se calcula según las respectivas legítimas. Si concurre el cónyuge con descendientes, la porción disponible se calcula según la legítima mayor”.

4.1.4. La protección de las porciones legítimas

Los legitimarios tienen tutelado su derecho a la legítima a través de una serie de normas imperativas y de orden público – relativo- que consagran estas vías de protección.

a) Protección genérica y sus excepciones

La ley establece normas protectorias generales que buscan preservar la integridad de las porciones legítimas en los arts. 2447 y 2249 del CCyC que prohíben la imposición de gravámenes y condiciones y la imposibilidad de renuncia anticipada pues solo puede ser exigida a partir de la apertura

¹⁷ Cfr. PÉREZ LASALA, José Luis; *Tratado de Sucesiones*, T. II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 219.

de la sucesión. Si el causante ha impuesto gravámenes o condiciones a dichas porciones, éstos se tendrán por no escritos¹⁸.

Ahora bien, las disposiciones del art. 2447 admiten excepciones, que suspenden temporalmente el derecho de la legítima pero no lo suprimen, como por ejemplo los casos de indivisión temporaria (arts. 2330 a 2333), el derecho real de habitación del cónyuge superviviente (art. 2383), la atribución de la vivienda al conviviente (art. 527), la mejora del heredero con discapacidad (art. 2448)¹⁹.

b) Las acciones de protección a la legítima

Cuando la legítima ha sido conculcada la ley acuerda distintas acciones protectorias más específicas: la acción de entrega de la legítima (art. 2450), la acción de complemento (art. 2451) y la acción de reducción de las disposiciones testamentarias y de las donaciones (arts. 2452 y 2453).

El art. 2450 del CCyC regula la “acción de entrega de la legítima” que abarca dos hipótesis: la del legitimario preterido que tiene acción para que se le entregue su porción legítima a título de heredero de cuota, y la del legitimario cuando el difunto no deja bienes, pero ha efectuado donaciones.

Los arts. 2451 y 2452 CCyC refieren a la acción de complemento, el primero, cuando el legitimario recibe por cualquier título menos de su porción legítima, y el segundo a la acción de reducción, limitándola al caso de reducción de las instituciones de herederos de cuota y de los legados que han afectado la legítima del heredero forzoso. El art. 2453 CCyC se refiere a la reducción de donaciones.

Más allá de las nominaciones del sistema de acciones o si se quiere de los efectos, se trata de reducir o de disminuir hasta lo posible – a ve-

¹⁸ Cfr. LLOVERAS, Nora, ORLANDI, Olga y FARAONI, Fabián; *Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, pp.192-194. LLOVERAS, Nora, ORLANDI, Olga y FARAONI, Fabián; “Comentarios a los arts. 2277 a 2531”, en HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (Directores); *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo VI, Infojus: Sistema Argentino de Información Jurídica, Buenos Aires, 2015, pp.189-195.

¹⁹ Cfr. LLOVERAS, Nora, ORLANDI, Olga y FARAONI, Fabián; *Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, pp.194-201. PÉREZ LASALA, José Luis; *Tratado de Sucesiones*, Tomo II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 236.

ces todo -, las donaciones o disposiciones testamentarias, que hubieren conculcado la legítima.

Los arts. 2451, 2452, y 2453 CCyC – que se titulan completo, reducción de disposiciones testamentarias y reducción de donaciones- operan por medio de la “reducción” para integrar la legítima conculcada.

4.2. Posibilidad de liberarse de la resolución del dominio como efecto de la acción de reducción mediante la entrega de dinero para cubrir la legítima conculcada

Se instauró en el nuevo CCyC, efectos diluidos de la acción reipersecutoria: el donatario o subadquirente puede desinteresarse al legitimario

La reducción de las donaciones ha gozado de un efecto reipersecutorio efecto que en la actualidad se encuentra diluido conforme surge del art. 2454, párr. 3, que dice que siempre el donatario puede paralizar la resolución entregando al legitimario la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima²⁰.

El donatario tiene la posibilidad de liberarse de la resolución del dominio como efecto de la acción de reducción mediante la “*entrega de dinero*” para cubrir la legítima conculcada

La norma describe la acción reipersecutoria en relación a los bienes transmitidos por el causante a título gratuito cuando dichas disposiciones han conculcado la legítima (2458 CCyC).

- a. *El objeto*: la acción de reducción tiene efecto reipersecutorio. Los bienes dispuestos a título gratuito por el causante vuelvan a la masa en la medida que hayan conculcado la legítima.
- b. *Legitimados activos*: los herederos legitimarios –o sus representantes- a los que se haya conculcado la legítima.
- c. *Legitimarios pasivos*: el donatario y el subadquirente
- d. *Derecho del donatario o subadquirente*: desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima.

²⁰ Cfr. LLOVERAS, Nora, ORLANDI, Olga y FARAONI, Fabián; Derecho de Sucesiones, Tomo II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p.230.

El art. 2458 CCyC determina que la acción reipersecutoria procede aun contra los subadquirentes de buena fe y a título oneroso, prevaleciendo así la protección adecuada de la legítima, de acuerdo a la doctrina mayoritaria. Si la donación se ha simulado bajo la forma de un acto oneroso deberá interponerse conjuntamente las acciones de simulación y reducción²¹.

El donatario o los terceros podrán siempre modificar el efecto reipersecutorio de la acción de reducción porque estará a su alcance satisfacer en dinero el interés del legitimario lo que resguarda la estabilidad en el goce de la propiedad.

4.3. Prescripción adquisitiva

Bajo el título de “prescripción adquisitiva” se pone un límite preciso a la acción de reducción. “La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901” (art. 2459 CCyC).

Esta norma es cuestionada por la doctrina por ir en detrimento de los derechos de los legitimarios. Su finalidad es sin dudas resguardar el tráfico jurídico comercial dado al menor valor que adquieren los títulos de propiedad cuando provienen de una donación inoficiosa: compatibilizar, de algún modo la perfección de títulos de dominio provenientes de donaciones.

En síntesis: la regulación de la legítima, la posibilidad de liberar la resolución del dominio y la prescripción adquisitiva en el CCyC tienen en cuenta la reformulación de los principios de la de circulación de los bienes, para adecuarlos a necesidades modernas y promover la seguridad jurídica en las transacciones comerciales con herramientas dinámicas y actualizadas, en un marco de equidad.

²¹ La jurisprudencia anterior: Ante la particular situación de que los actos dispositivos del causante (disposiciones testamentarias o donaciones) sean negocios fraudulentos o simulados, que encubren verdaderas donaciones lesivas de la legítima, resulta imprescindible intentar las acciones de simulación, fraude o de nulidad en forma conjunta con la de reducción, que como acción fin actúa simultáneamente con la de simulación, que le sirve de medio idóneo y necesario para el reconocimiento del derecho. (C.C.C. Junín - 18/02/2010 - M., L. M. v. M., H. R. Lexis N° 1/70058495-2).

4.4. La inclusión de la empresa y las sociedades como objeto de indivisión forzosa

El CCyC incluyó a la unidad económica, la empresa y las sociedades como objeto de indivisión forzosa. (arts. 2330 a 2334 CCyC) Especialmente destacamos la indivisión impuesta por el heredero que hubiere sido parte de una explotación empresarial con el causante.

4.4.1. El objeto de la indivisión forzosa

Un importante aspecto que garantiza la continuidad empresarial y su productividad es la posibilidad de solicitar su indivisión. La figura, tiene como fin evitar el deterioro económico que puede llevar una partición hereditaria; evitando así la desintegración de la fuente laboral de sus integrantes, como también la pérdida de valor económico de dicha empresa.

Los supuestos de indivisión forzosa, son excepciones al principio de división y partición, consecuencia necesaria y efecto fundamental frente al fallecimiento de una persona. Así, ante esta regla general que implica la partición como consecuencia de la transmisión de los derechos a los herederos, la ley protege determinados intereses otorgando la figura de la indivisión forzosa a fin de evitar los eventuales daños que puede provocar la misma. Representa un límite a la autonomía en post de salvaguardar los derechos económicos y productivos de la empresa en determinados supuestos.

En atención a que las empresas –y su consiguiente investidura jurídica la que generalmente está dada a través de sociedades- dependen de quienes las integran, siendo las personas quienes las conforman las que nutren de productividad, la posibilidad de que un heredero pueda solicitar de manera ineludible su partición acarrea en no pocas ocasiones la pérdida de su valor y potencialidad de producción; sino también, directamente implica a extinción de la fuente laboral de sus integrantes²².

²² Expresa la doctrina “el CCiv. derogado, preveía que el estado de indivisión fuera ‘accidental y pasajero’, acogiendo el principio de indivisión forzosa de la herencia. Este principio, aplicado al extremo, generaba situaciones disvaliosas, efectos sociales y económicos adversos e inclusive conductas abusivas, por lo que se lo procuro mitigar contemplando supuestos de indivisión temporaria, lo que fue receptado mediante el dictado de la ley 14.294.” ASSANDRI, Mónica- ROSSI, Julia “Petición de Herencia.

4.4.2. Supuestos de indivisión forzosa en el CCyC

En este entendimiento de la realidad, el CCyC –superando la ley 14.394- ha previsto y regulado los supuestos de indivisión forzosa. Ellos están enumerados en los arts. 2330 a 2334 CCyC, los que contemplan: la indivisión forzosa impuesta por el testador; el pacto de indivisión –acordado por los herederos-; la oposición a la partición solicitado por el/la cónyuge supérstite y la oposición incoada por un heredero.

Pueden recaer sobre un bien determinado, un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o cualquier otro que constituya una unidad económica; las partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es algún heredero principal socio o accionista.

Asimismo, y teniendo en miras también la protección a las personas menores de edad, si bien en principio la indivisión puede solicitarse con un plazo máximo de diez años, dicho plazo se podrá extender hasta que los herederos menores de edad alcancen la mayoría de edad.

En caso de que la indivisión sea pactada por los herederos y exista heredero con capacidad restringida, dicha indivisión requiere aprobación judicial (homologación).

4.4.3. Indivisión solicitada por el heredero

Un caso de relevante entidad lo adquiere el supuesto de indivisión solicitado por un heredero. Prescribe el art. 2333 “en las mismas circunstancias que las establecidas en el art. 2332, un heredero puede oponerse a la inclusión en la partición del establecimiento comercial que constituye una unidad económica si, antes de la muerte del causante, ha participado activamente en la explotación de la empresa”.

Esta norma adquiere una importante significación, ya que no estaba prevista en la normativa anterior evidenciando un marcado fin tuitivo a aquel heredero que depende de la actividad empresarial ya que puede ser incluso su actividad económica principal. Además de reeditar los fundamentos generales de todos los supuestos de indivisión: la continuidad de

Responsabilidad de Herederos y Legatarios”, en LLOVERAS, Nora- ORLANDI, Olga-FARAONI, Fabián (Directores) “*Derecho de Sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994*”, Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2016, p. 289.

la empresa familiar, la continuidad del giro comercial empresarial, entre otros aspectos que hacen a la preservación del giro comercial.

4.4.4. Publicidad y oponibilidad frente a terceros

En relación a la debida publicidad y oponibilidad frente a terceros, el art. 2334 establece que “para ser oponible a terceros, la indivisión autorizada por los arts. 2330 a 2333 que incluye bienes registrables debe ser inscripta en los registros respectivos. Durante la indivisión los acreedores de los coherederos no pueden ejecutar el bien indiviso ni una porción ideal de este pero puede cobrar sus créditos con las utilidades de la explotación correspondientes a su deudor. Las indivisiones no impiden el derecho de los acreedores del causante al cobro de sus créditos sobre los bienes indivisos.”

Es preciso señalar que estos supuestos de indivisión forzosa deben interpretarse y entrelazarse –en el caso concreto- con la atribución preferencial²³ otorgada al heredero y en caso de existencia de bienes que sea suficientes para transitar un proceso particionario que permita la debida partición y adjudicación de valores o bienes en la hijuela de cada heredero; podrá ser parte la empresa del contenido total de la porción que le corresponda al interesado.

En síntesis: el CCyC –superando la ley 14.394- ha previsto y regulado los supuestos de indivisión forzosa que garantiza la continuidad empresarial y su productividad haciendo uso de la posibilidad de solicitar su indivisión. Esta figura, tiene como finalidad evitar el deterioro económico que puede llevar una partición; impidiendo así la desintegración de la fuente laboral de sus integrantes, como también la pérdida de valor económico de dicha empresa.

4.5. La atribución preferencial de bienes en la partición

Una de las importantes novedades del CCyC en materia de partición de los bienes hereditarios es la inclusión de normas sobre atribución

²³ Art. 2380. Atribución preferencial de establecimiento. Ver infra.

preferencial de determinados bienes que componen el acervo hereditario (2380 y 2381 CCyC)²⁴.

También designado como “derecho de preferencia”, es el que posibilita que ciertos herederos soliciten que le atribuyan a sus hijuelas determinados bienes que integran el acervo hereditario, como una manera clara de protección de los herederos que contribuyeron en vida del causante a la formación de esos bienes específicos²⁵.

En los supuestos que es concedido este derecho, quien se encuentre encargado de formular la partición deberá formar lotes especiales en vista a esa atribución preferencial solicitada.

4.5.1. Los supuestos de atribución preferencial presentes en el CCyC

a) *La atribución preferencial de establecimiento*, previsto en el art. 2380 CCyC, por el que se le otorga al cónyuge sobreviviente o a cualquier otro heredero, la posibilidad de peticionar la atribución preferencial de un *establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios que constituye una unidad económica*.

El requisito para que proceda es que quien haya sido participe en la formación de esa unidad económica de producción. Se protege a esas personas que conjuntamente con el causante fueron los formadores, creadores o iniciadores de lo que es objeto de atribución preferencial.

El beneficio se extiende también a aquellos que forman parte de una *explotación en forma social* y en este caso se busca que se le atribuyan de manera preferencial los derechos sociales. La excepción a este segundo supuesto es si ello afecta las disposiciones legales o las cláusulas estatutarias sobre la continuación de una sociedad con el cónyuge sobreviviente o con uno o varios herederos²⁶.

²⁴ Cfr: TAVIP, Gabriel y LUPOLI, María Claudia, *Partición hereditaria*, en LLOVERAS, Nora, ORLANDI, Olga y FARAONI, Fabián (directores), *Derecho de Sucesiones*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe/Bs. As., 2016, T I, p. 478.

²⁵ AZPIRI, Jorge, *Derecho Sucesorio*, Hammuraby, Buenos Aires, 2017, p. 210.

²⁶ PÉREZ LASALLA, José Luis, *Tratado de Sucesiones*, Rubinzal Culzoni, T. I, Buenos Aires, 2014, p. 690.

De ser viable la atribución, el bien se imputará a la hijuela del heredero o cónyuge requirente, con el cargo de pagar el saldo que supere el valor de su cuota parte. Si existe un saldo a favor de los otros coherederos, deberá ser pagado al contado, salvo acuerdo en contrario.

b) La atribución preferencial de otros bienes

De acuerdo a lo dispuesto por el art. 2382 del CCyC, tanto el cónyuge, como los herederos del causante también tienen la posibilidad de requerir la atribución preferencial de ciertos bienes o el dominio sobre ellos. La norma contempla tres supuestos.

b.1. *La propiedad o derecho a la locación del inmueble que le sirve de habitación, si tenía allí su residencia al tiempo de la muerte, y de los muebles existentes en él.* En este caso se trata de una nueva protección de la vivienda familiar que el CCyC contempla al momento de la muerte, divorcio, interrupción de la unión convivencial.

b.2. *La propiedad o del derecho a la locación del local de uso profesional donde ejercía su actividad, y de los muebles existentes en él.* Aquí se pretende la atribución de un derecho especial como es la locación, con el objeto de continuar con ella, ya que forma parte de una unidad de producción y de los enseres que permiten realizarla.

b.3. *Conjunto de las cosas muebles necesarias para la explotación de un bien rural realizada por el causante como arrendatario o aparcerero.* Es viable cuando el arrendamiento o aparcería continúa en provecho del demandante o se contrata un nuevo arrendamiento con éste. Podemos observar que se contempla una atribución especial relativa a cosas muebles que eran de titularidad del causante y que tienen un significado y función especial en la explotación de una explotación rural en la que el causante era aparcerero o arrendatario. Para que sea posible ejercer el derecho, el heredero o cónyuge deben haber continuado esa aparcería o arrendamiento o debe haber realizado un nuevo contrato de arrendamiento con el titular de bien inmueble.

Es decir derecho de preferencia o atribución preferencial consagrado en el CCyC, posibilita que ciertos herederos soliciten que le atribuyan a sus hijuelas determinados bienes que integran el acervo hereditario, como una manera clara de protección de los herederos que contribuyeron en vida del causante a la formación de esos bienes. Se tiene en cuenta que haya sido participe en la formación de esa unidad económica de producción, es

decir que se protege a esas personas que conjuntamente con el causante fueron los formadores, creadores o iniciadores de lo que es objeto de atribución preferencial. El beneficio se extiende también a aquellos que forman parte de una *explotación en forma social*. De esta manera se preserva en forma clara la continuidad de la actividad económica relacionada con dichos bienes.

4.6. La posibilidad limitada de concretar pactos de herencia futura

El art. 1010 del CCyC²⁷ se ubica en el Libro Tercero (Derechos Personales), Título II (Contratos en General), Capítulo 5 (Objeto). Sin embargo, la norma no puede abordarse de manera aislada, sino que sus postulados deben comunicarse con los arts. 2286, 2293, 2380 y las normas sobre cesión de la herencia²⁸.

Así, sólo puede cederse el derecho a una herencia a partir de la apertura de la sucesión, y ese es el sentido de la voz “deferida”, de lo que se colige que no está permitido la cesión de herencia futura. En igual sentido, el art. 1449 del Código derogado prohibía la cesión de esperanzas de sucesión.

De la lectura detenida del art. 1010 del CCyC surge una *regla general*: *La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares.*

²⁷ Art. 1010 del CCyC: “La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa. Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros”.

²⁸ El art. 2286 del CCyC dispone: “Tiempo de la aceptación y la renuncia. Las herencias futuras no pueden ser aceptadas ni renunciadas”. El art. 2293 del CCyC expresa: “Formas de aceptación. La aceptación de la herencia puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando el heredero toma la calidad de tal en un acto otorgado por instrumento público o privado; es tácita si otorga un acto que supone necesariamente su intención de aceptar y que no puede haber realizado sino en calidad de heredero”.

No obstante, se morigera la solución normativa, ampliando el margen de actuación a la autonomía de la voluntad, otorgando validez a los pactos si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge ni los derechos de terceros.

Dado que el CCyC no exige una forma específica, es posible pensar que rige la libertad de forma como principio general²⁹.

Analizamos seguidamente la posibilidad limitada de concretar pactos de herencia futura.

4.6.1. La autonomía de la voluntad en el CCyC

En primer lugar, no podemos dejar de mencionar que el CCyC se pronuncia decididamente por otorgar mayor poder de actuación a la autonomía de la voluntad³⁰ no sólo en el derecho sucesorio (vgr. reducción de la legítima) sino que esa directiva se observa como un nuevo observatorio de las relaciones jurídicas (vgr. capitulaciones matrimoniales, opción de régimen patrimonial matrimonial, deber moral de fidelidad, entre otras).

Para Medina, “uno de los principios que inspiran el Código es la reformulación de los principios de la contratación, y de circulación de los bienes, para adecuarlos a necesidades modernas y para contemplar instituciones comunes al desarrollo económico con herramientas dinámicas y actualizadas, todo ello en un marco de equidad”³¹.

²⁹ Para algunos autores “el pacto de herencia es una convención accesoria. Vale decir que no podrá ser autónomo, sino que deberá estar dentro o vinculado directamente a un protocolo familiar o pacto de sindicación de acciones (art. 1010 CCyC). Ambos instrumentos gozan de libertad respecto de la forma en que pueden otorgarse y podrán ser otorgados en diferentes oportunidades, satisfaciendo así la vinculación entre sí. Es decir, la relación entre ambos instrumentos será de conexidad (art. 1073 CCyC), ya que “se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común”. CESARETTI, María; CESARETTI, Oscar, *El pacto sucesorio y la empresa familiar en la unificación*, Revista del Notariado 918, 56, Cita Online: AR/DOC/2504/2016.

³⁰ EPSTEIN, Constanza; MONJO, Sebastián, *La autonomía personal en el derecho de sucesiones: el Siglo XXI*, Revista de Derecho de Familia n° 53. Marzo 2012. Bs. As. Abeledo Perrot. Directoras: Cecilia GROSMAN; Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI; Nora LLOVERAS, ISSN 1851-1201, pgs. 167 á 186.

³¹ MEDINA, Graciela, *Derecho de sucesiones y principios del Código Civil y Comercial*, LA LEY 09/12/2015, 1, LA LEY 2015-F, 1169, Cita Online: AR/DOC/3392/2015.

En el anterior paradigma normativo, la derogada ley 14394 contenía entre sus normas diversos supuestos de indivisión de la herencia (vgr. impuesta por el causante en el art. 51 Ley 14394), pero no contemplaba expresamente la posibilidad de pactar sobre futuros derechos hereditarios en las hipótesis de explotación productiva o participaciones societarias. Aquí, se produce la expansión de la fuerza de la autonomía de la voluntad sobre el orden público sucesorio³², cuyos ribetes analizaremos seguidamente.

4.6.2. La regla general: *La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares.*

Como ya sostuvimos, la herencia futura se encuentra excluida del ámbito de la autonomía de la voluntad, así como tampoco pueden concretarse pactos los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares.

Esta regla estaba contenida en el art. 1175 del Código Civil derogado, con una mayor rigurosidad que la observada en el novel ordenamiento. Los pactos que contraríen el art. 1010 del CCyC son nulos de nulidad absoluta (art. 387 CCyC) por estar comprometido los principios de orden público sucesorio.

4.6.3. La excepción

Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios.

³² DE LA FUENTE, Horacio H., *Orden Público*, Astrea, Bs. As., 2003, p. 23.

4.6.3.1. El alcance de la autonomía de la voluntad

Como se observa de la sola lectura de la norma bajo estudio, la hipótesis habilitada por el ordenamiento jurídico para que actúe la autonomía de la voluntad es muy limitada:

a) Explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo. Debe tratarse de una explotación productiva o participaciones societarias, esto es, aquellas relaciones jurídicas o situaciones jurídicas que tiendan a perdurar en el tiempo o, más bien, que supongan una continuidad.

Los pactos pueden celebrarse respecto de cualquiera de los tipos societarios incluidos en la Ley General de Sociedades (Ley 19550 modificada por Ley 26994³³), inclusive respecto de las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II.

Esta inteligencia se impone puesto que la expresión “explotación productiva” no constituye una categoría jurídica autónoma o reconocida por el sistema normativo de la que puedan derivarse consecuencias. Igual abordaje corresponde efectuar de la voz empresario contenida en numerosos pasajes del CCyC.

Medina afirma que parece que “el Código quiere referirse a la “empresa individual o familiar” en la que trabajan padres e hijos y eventualmente otros parientes, muchas veces de manera informal, y que constituye la fuente del sustento familiar”³⁴.

En definitiva, se observa una mirada amplia de empresa familiar³⁵ o sociedad familiar, respecto de la cual pueden celebrarse pactos con la finalidad propuesta por el legislador.

b) Finalidad de la norma: conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos

³³ Denominación del Título sustituida por punto 2.1 del Anexo II de la Ley N° 26.994 B.O. 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según art. 1° de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014.

³⁴ MEDINA, Graciela, *Pactos sobre herencia futura*, LA LEY 13/10/2015, 1, LA LEY 2015-E, 1144, Cita Online: AR/DOC/3398/2015.

³⁵ Sin embargo, se sostiene que el art. 1010 del CCyC no refiere expresamente que deba tratarse de empresa “familiar” LISOPRAWSKI, Silvio V., *Fideicomiso de planeación patrimonial y la prohibición del pacto sobre herencia futura*, DCCyE 2015 (febrero), 119, LA LEY 03/03/2015, 1, DFyP 2015 (octubre), 125.

Los pactos pueden versar³⁶ sobre herramientas destinadas a la conservación de la unidad de gestión empresarial (vgr. cláusulas de consolidación, cláusula de continuación, entre otras) o vías de abordaje de los conflictos que puedan generarse en esa unidad, ya bien destinados a prevenirlos o a resolverlos (vgr. mediación, arbitraje, entre otros)³⁷.

Para Rolón, existe una contradicción en la normativa³⁸ sin perjuicio de que el fin último sea la de proteger la continuidad, integridad y permanencia de la empresa y, en última instancia, de la familia³⁹.

La posibilidad de celebrar pactos sobre herencia futura tiene en miras la protección de la empresa familiar⁴⁰ y una clara vocación de continuidad de la misma⁴¹.

³⁶ Molina Sandoval refiere que “La idea eje de la empresa familiar, como dijimos, es justamente la conservación de una adecuada gestión empresarial en las siguientes generaciones, siempre bajo el norte de evitar futuros conflictos y, por supuesto, respetar los límites que el derecho sucesorio impone para estas cuestiones” MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Programación patrimonial en la empresa familiar*; LA LEY 08/09/2015, 1, LA LEY 2015-E, 677, Cita Online: AR/DOC/2986/2015.

³⁷ Afirma Ferrer que “se refleja, sin duda, la influencia del pacto de familia italiano del año 2006, aunque el pacto del nuevo Código argentino es más amplio, pues no solo comprende la transmisión de la explotación productiva o de las participaciones societarias, de su titular a uno de sus descendientes, sino también se admite todo otro convenio entre los mismos herederos legitimarios presuntivos, aún cuando no sean parte el futuro causante y su cónyuge” FERRER, Francisco A. M., *Aspectos de las sucesiones en el nuevo Código*, LA LEY 23/09/2015, 1, LA LEY 2015-E, 864, Cita Online: AR/DOC/2778/2015.

³⁸ Afirma el autor que “La locución “gestión empresarial” se refiere no tanto al control o a la propiedad de las referidas participaciones sino a la dirección, a la administración de la empresa. Bien puede suceder, y en los hechos ocurre aún en sociedades completamente familiares, que la titularidad de las acciones y la gestión estén disociadas. Es decir, que la propiedad de las acciones sea de las “cabezas” de la familia (por ejemplo, del futuro causante y su cónyuge), pero la “gestión”, es decir la administración, el “management”, esté a cargo de sus descendientes, futuros herederos, integrando el órgano de administración de la sociedad” ROLÓN, Avelino (h.), *Pactos sobre herencia futura permitidos en el Código Civil y Comercial (art. 1010, segundo párrafo): una interesante herramienta de planificación del patrimonio familiar*, RCCyC 2016 (mayo), 129, Cita Online: AR/DOC/917/2016.

³⁹ ROLÓN, Avelino (h.), *Pactos sobre herencia futura permitidos en el Código Civil y Comercial (art. 1010, segundo párrafo): una interesante herramienta de planificación del patrimonio familiar*, RCCyC 2016 (mayo), 129, Cita Online: AR/DOC/917/2016.

⁴⁰ MEDINA, Graciela, *Derecho de sucesiones y principios del Código Civil y Comercial*, LA LEY 09/12/2015, 1, LA LEY 2015-F, 1169, Cita Online: AR/DOC/3392/2015.

⁴¹ FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., *La empresa familiar frente al nuevo Código Civil y Comercial*, Temas de Derecho Comercial, Errepar, 2015, año I, p. 51.

c) Pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios.

Los pactos sólo pueden tener como partes a los herederos forzosos y al causante, pudiendo prescindirse de éste último o de su cónyuge en determinados supuestos⁴².

Compartimos con Medina quien refiere que pueden ser celebrados por los herederos forzosos y el causante o por los herederos forzosos solos o por el causante y el cónyuge⁴³.

4.6.3.2. Validez condicional: la no afectación de la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge o de los terceros

La validez de los pactos está condicionada a que no afecten la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge o de los terceros. Ello importa convocar a los herederos legitimarios a los fines de que presten conformidad al momento de la celebración del pacto o con posterioridad, por encontrarse imbuidos de las acciones de los arts. 2453, 2451 y 2385 del CCyC⁴⁴.

Ahora bien, nos preguntamos si en aquellos supuestos en que estuviera afectada la legítima, los derechos del cónyuge o de los terceros, debe declararse la nulidad del pacto, de alguna de sus cláusulas, o reducirlo hasta dejar a salvo los derechos de los sujetos mencionados.

⁴² Afirma el autor que “La locución “gestión empresarial” se refiere no tanto al control o a la propiedad de las referidas participaciones sino a la dirección, a la administración de la empresa. Bien puede suceder, y en los hechos ocurre aún en sociedades completamente familiares, que la titularidad de las acciones y la gestión estén disociadas. Es decir, que la propiedad de las acciones sea de las “cabezas” de la familia (por ejemplo, del futuro causante y su cónyuge), pero la “gestión”, es decir la administración, el “management”, esté a cargo de sus descendientes, futuros herederos, integrando el órgano de administración de la sociedad” Rolón, Avelino (h.), *Pactos sobre herencia futura permitidos en el Código Civil y Comercial (art. 1010, segundo párrafo): una interesante herramienta de planificación del patrimonio familiar*, RCCyC 2016 (mayo), 129, Cita Online: AR/DOC/917/2016.

⁴³ MEDINA, Graciela, *Pactos sobre herencia futura*, LA LEY 13/10/2015, 1, LA LEY 2015-E, 1144, Cita Online: AR/DOC/3398/2015.

⁴⁴ CÓRDOBA, Marcos M., *Comentario al art. 1010 del CCyC*, en: Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Director: Lorenzetti, Ricardo Luis, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, T. V, p. 744.

Pensamos que no puede elaborarse una única solución sino que el alcance de la ineficacia contractual dependerá del caso concreto⁴⁵. Servirán de pautas interpretativas los principios contractuales (vgr. conservación del contrato, frustración de la finalidad – art. 1090 CCyC -) y sucesorios (orden público).

En definitiva se recepta acertadamente la tendencia de las legislaciones europeas de flexibilizar la prohibición para evitar la desaparición de las pequeñas y medianas empresas, de carácter personal, familiar o societario⁴⁶, con motivo de la transmisión sucesoria y al principio de la partición forzosa.

Mediante los pactos sucesorios se contribuye a fortalecer la empresa familiar, el fideicomiso testamentario, la atribución preferencial, asegurando y facilitando mediante su continuidad el beneficio de la economía general del país.

5. CONCLUSIONES

En las modificaciones al derecho sucesorio argentino se observa la incorporación y reconocimiento de los DDHH fundamentales; y las modernas formas en que se desarrolla el tráfico jurídico.

Los perfiles argumentales y las nuevas soluciones legislativas tienden a armonizar la recepción de la autonomía personal en el sistema jurídico sucesorio, con la necesaria protección de las familias y la seguridad del tráfico jurídico.

Los cambios operados en la legislación sucesoria permiten avanzar en la superación de la tensión entre los límites que imponen las normas

⁴⁵ Se sostiene que “en virtud de que el presupuesto de validez de los pactos es la no afectación de la legítima, la preterición de un legitimario no tendrá otro efecto que la inoponibilidad del pacto al omitido (art. 1021 CCCN). Si además de haberse omitido resultare la afectación de su legítima, el resultado sería la invalidez del contrato” CESARETTI, María; CESARETTI, Oscar, *El pacto sucesorio y la empresa familiar en la unificación*, Revista del Notariado 918, 56, Cita Online: AR/DOC/2504/2016.

⁴⁶ FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h). “La empresa familiar frente al nuevo Código Civil y Comercial”, Rev. Temas de Derecho Comercial, Ed. Errepar, febrero 2015, año I, Ed. Lanzamiento, pág. 51 y ss .

sucesorias de orden público y el libre desarrollo del tráfico jurídico económico en materia empresarial.

Las instituciones que contribuyen a ello son: a) flexibilización de la legítima, efectos de la acción de reducción y prescripción adquisitiva (arts. 2444 y ss CCyC); b) inclusión de la empresa y las sociedades como objeto de indivisión forzosa, (arts. 2330 a 2334 CCyC); c) atribución preferencial de bienes en la partición (arts. 2380 y 2381 CCyC); d) posibilidad limitada de concretar pactos de herencia futura (art. 1010 CCyC). Estas instituciones, facilitan la transmisión de bienes sin conflictos y facilitan el traspaso de la empresa familiar coadyuvando a su conservación.

La regulación de la legítima, la posibilidad de liberar la resolución del dominio y la prescripción adquisitiva en el CCyC tienen en cuenta la reformulación de los principios de la de circulación de los bienes, para adecuarlos a necesidades modernas y promover la seguridad jurídica en las transacciones comerciales con herramientas dinámicas y actualizadas, en un marco de equidad.

Se ha previsto y regulado los supuestos de indivisión forzosa que garantiza la continuidad empresarial y su productividad es la posibilidad de solicitar su indivisión. Esta figura, tiene como finalidad evitar el deterioro económico que puede llevar una partición y la desintegración de la fuente laboral de sus integrantes, como también la pérdida de valor económico de dicha empresa.

El derecho de preferencia o atribución preferencial posibilita que ciertos herederos soliciten que le atribuyan a sus hijuelos determinados y específicos bienes que integran el acervo hereditario, si ha sido participe en la formación de esa unidad económica de producción. Se preserva en forma clara la continuidad de la actividad económica relacionada con dichos bienes.

El derecho sucesorio a nivel mundial refleja el debate - y concreta tendencias- hacia una mayor recepción del principio de autonomía, flexibilizando sus restricciones y dando paso a la concreción de pactos sucesorios, adaptándose así a las características económico sociales de esta época.

El ejercicio de la libertad está inserto en el sistema jurídico argentino con fundamento en principios de rango constitucional. Si añadimos a esto las tendencias a una mayor autonomía - que marcamos en materia de derecho sucesorio - queda abierto el desafío de moldear las bifurcaciones que

sacuden a la época actual de manera que resulte una época de bienestar y libertad fundada en los principios de solidaridad y responsabilidad.

El derecho sucesorio y las restricciones de orden público, están asumiendo el desafío de la libertad de la persona humana en un mundo transitorio y cambiante. Se observa un salto cualitativo en el nuevo CCyC argentino que permitirá transitar un camino y seguir perfeccionando las soluciones planteadas.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- AZPIRI, Jorge; *Incidencias del Código Civil y Comercial- 9 – Derecho Sucesorio Hammurabi* José Luis Depalma – Editor – 2015. *La legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012*. En Primeras reflexiones en materia de Sucesiones en el Proyecto De Código Civil Y Comercial de 2012. Abeledo Perrot.
- BOJANICH, Oscar Daniel, *Personas con discapacidad y derecho sucesorio en el Código Civil y Comercial 2012*. DFyP 2012 (octubre), 01/10/2012, 150.
- BORDA, Delfina M.; Principales reformas en materia de Sucesiones y Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. 20-11-2013; Publicación: Revista de Derecho Civil. Cita: IJ-LXIX-759.
- BUERES, Alberto J. –dirección- Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado. Tomo 2 Arts. 1430 a 2671. Hammurabi – 2015.
- CERÁVOLO, Francisco; *Donaciones inoficiosas. Propuesta de modificación del Proyecto de Código*. LA LEY 08/11/2012, 08/11/2012, 1.
- CESARETTI, María; CESARETTI, Oscar, *El pacto sucesorio y la empresa familiar en la unificación*, Revista del Notariado 918, 56, Cita Online: AR/DOC/2504/2016.
- CÓRDOBA, Marcos M., *Comentario al art. 1010 del CCyC*, en: Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Director: Lorenzetti, Ricardo Luis, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.
- DE LA FUENTE, Horacio H., *Orden Público*, Astrea, Bs. As., 2003.
- DI LELLA, PEDRO, *Aproximación a las modificaciones más relevantes en materia de sucesiones que propone el Proyecto de Código Civil del*

- año 2012 En Primeras reflexiones en materia de Sucesiones en el Proyecto De Código Civil Y Comercial de 2012. Abeledo Perrot.
- EPSTEIN, Constanza; MONJO, Sebastián, *La autonomía personal en el derecho de sucesiones: el Siglo XXI*, Revista de Derecho de Familia n° 53. Marzo 2012. Bs. As. Abeledo Perrot. Directoras: Cecilia Grosman; Aida Kemelmajer de Carlucci; Nora Lloveras.
- ETCHEGARAY, Natalio Pedro; Donación a los herederos legitimarios en el CCyC. Diario La ley 2/08/2015.
- FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., *La empresa familiar frente al nuevo Código Civil y Comercial*, Temas de Derecho Comercial, Errepar, 2015, año I
- FERRER, Francisco A. M.; *El derecho de sucesiones en el proyecto de Código Civil y Comercial. Pactos sucesorios y el Código Civil y Comercial*; Diario La Ley 20/08/2015.
- FERRER, Francisco, CÓRDOBA, Marcos M., NATALE, Roberto M., Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria, DFyP 2012 (octubre), 01/10/2012, 127.
- FERRER FRANCISCO A. M., *Aspectos de las sucesiones en el nuevo Código*, LA LEY 23/09/2015, 1, LA LEY 2015-E , 864, Cita Online: AR/DOC/2778/2015.
- GARCÍA DE SAIN, Emma Beatriz. DFyP 2014 (enero), 23/01/2014, 111.
- HERNÁNDEZ, Lidia B.; UGARTE, Luis A; *Los sucesores en el Proyecto de Código*. LA LEY 11/10/2012.
- LISOPRAWSKI, Silvio V., *Fideicomiso de planeación patrimonial y la prohibición del pacto sobre herencia futura*, DCCyE 2015 (febrero), 119, LA LEY 03/03/2015, 1, LA LEY 2015-A, 1085, DFyP 2015 (octubre), 125, Cita Online: AR/DOC/201/2015.
- LLOVERAS, Nora - ORLANDI, Olga- FARAONI Fabián – Comentario al Código Civil y Comercial Tomo VI – Sucesiones - Directores: Marisa Herrera- Gustavo Caramelo – Sebastián Picasso- Infojus. 2015.
- LLOVERAS, Nora - ORLANDI, Olga - *Sociedades: conflictos vinculados al derecho sucesorio*. En “Tratado de los Conflictos Societarios (T III) Parte VII: Conflictos vinculados a cuestiones externas. Director: Diego A. J. Duprat. Ed. Abeledo Perrot. Bs, As. Noviembre de 2013. Ps. 2753 a 2790. Año 2013; *Límites a la autonomía: la legítima hereditaria en Derecho De Sucesiones Código Civil y Comercial de la Nación- Libro Quinto - Ley 26.994* Directores: Nora Lloveras – Olga Orlandi – Fabian Faraoni. Ed. Rubinzal Culzoni.

- _____ *Las sucesiones intestadas en el Proyecto de Código Civil 2012.*
En Primeras reflexiones en materia de Sucesiones en el Proyecto De Código Civil Y Comercial de 2012. Abeledo Perrot.
- MASSANO, Alejandra; ROVEDA, Eduardo G. *La legítima hereditaria y el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.* Publicado en: DFyP 2013 (septiembre), 04/09/2013, 103.
- MEDINA, Graciela, *Derecho de sucesiones y principios del Código Civil y Comercial*, LA LEY 09/12/2015, 1.
- MEDINA, Graciela; MIGUEZ DE BRUNO, María Soledad, *Principios generales sucesorios y los principios generales de la sucesión intestada en particular*; DFyP 2014 (noviembre), 03/11/2014, 109. *Pactos sobre herencia futura*, LA LEY 13/10/2015, 13/10/2015, 1.
- 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.
- MILLÁN, Fernando: *El principio de solidaridad familiar como mejora a favor del heredero con discapacidad* Publicado en: DFyP 2012 (julio), 01/07/2012, 245.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Programación patrimonial en la empresa familiar*, LA LEY 08/09/2015, 1, LA LEY 2015-E, 677, Cita Online: AR/DOC/2986/2015.
- ORLANDI, Olga, *Vulnerabilidad en El Derecho Sucesorio. La mejora al ascendiente y descendiente con discapacidad.* En: Derecho Privado Nro. 6. Reforma del Código Civil V. Familia y Sucesiones. Directores: Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso. Editorial: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Año 2 Nro. *La Legítima y sus Modos de Protección - Análisis Doctrinario y Jurisprudencial en la Dinámica del Proceso Sucesorio.* Colección derecho de familia y sucesiones. (2ª Edición actualizada) Abeledo Perrot. Buenos Aires 2012.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.; *La mejora a favor del legitimario con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial*; DFyP 2015 (agosto), 20/08/2015, 134 - AR/DOC/2042/2015.
- PÉREZ LASALA, José Luis, *Tratado de Sucesiones - Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26994. Tomo II. Parte especial*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2014.

- ROLLERI, Gabriel G., OLMO, Juan Pablo; *Beneficiarios de la mejora a favor del heredero con discapacidad* Publicado en: DFyP 2014 (enero), 23/01/2014, 115. Cita Online: AR/DOC/4612/2013.
- ROLÓN, Avelino (h.), *Pactos sobre herencia futura permitidos en el Código Civil y Comercial (art. 1010, segundo párrafo): una interesante herramienta de planificación del patrimonio familiar*, RCCyC 2016 (mayo), 129, Cita Online: AR/DOC/917/2016.
- ZANNONI, Eduardo A.; *Algunos aspectos del Derecho Sucesorio en el nuevo Código Civil*. En Revista de Derecho Privado y Comunitario. Año 2015 - . Número extraordinario. Claves del CCyC. Rubinzal Culzoni. 2015. P. 369. *Algunos aspectos sobre la igualdad entre herederos forzosos y la protección de la legítima hereditaria en el Proyecto de Código Civil (Acciones de Colación y reducción)* en RDC- 2012-3 – “Proyecto de Código Civil” – II Rubinzal Culzoni Editores – 2013 – p. 666.

LA INTERPRETACIÓN A PARTIR DE PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO¹

María del Carmen Piña²

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto analizar los cánones de interpretación que utilizan los jueces cuando emplean principios jurídicos como fundamento normativo en sus decisorios, con especial referencia al Derecho Laboral. Con ese objetivo, se procura identificar cuáles son los principios de los que parte la dogmática. Se busca verificar qué normas, sentencias o posiciones doctrinarias mencionan a los principios jurídicos o a la interpretación de ellos en la dogmática, indagando en los distintos supuestos la terminología utilizada.

Palabras clave: Principios jurídicos - Derecho laboral - jueces - interpretación - métodos - hermenéutica - Dogmática - terminología - ideología.

1.- IDENTIFICACIÓN DE CUÁLES SON LOS PRINCIPIOS, PRESUPUESTOS, IDEAS PREVIAS DE LOS QUE PARTE CADA ESCUELA O METODOLOGÍA QUE PROPONE O UTILIZA AL PJ.

Uno de los fenómenos singulares en la evolución del Derecho del Trabajo, productor de cierta perplejidad, es el cuestionamiento a la aplicación lisa y llana de los principios de la teoría general del derecho, sostenía Eduardo Álvarez. Como si la disciplina laboral fuera un sector del ordenamiento amurallado, de difícil acceso y en el cual toda traslación de pautas ajenas debería atravesar por arduos juicios de compatibilidad, esbozados sin demasiado rigor científico. Decía

¹ Artículo recibido 30/06/2017 – Aprobado para su publicación 21/08/2017.

² Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Diplomada en Derecho Comparado, Universidad Attila Jospé, Sèged, Hungría. Profesora titular de la Cátedra de Metodología de la Investigación Jurídica de la UCC, Co directora de la carrera interinstitucional de Derecho Laboral (Universidad Nacional de Córdoba, Universidad Católica de Córdoba y Universidad del Litoral).

que en algunos momentos, los operadores jurídicos prescindieron de la unidad esencial del universo normativo.³

No obstante la validación que puede otorgarse al pensamiento de este jurista, en aras de evitar el recurso de autoridad, resulta viable una hipótesis de trabajo en el ámbito del denominado “Derecho Nuevo”, como ha dado en llamarse al Derecho del Trabajo y sostener que sólo pocos juristas de esa especialidad construyen un pensamiento confluyente, que admita e identifique herramientas de la teoría general del derecho⁴ para abordar el estudio de los Principios jurídicos del Derecho del Trabajo.

Partiendo de este presupuesto y antes de un abordaje frontal al ámbito identificado como *Los principios del derecho del Trabajo*, resulta atinado formularse este interrogante: ¿existe un área temática que admita indubitadamente tal denominación? No obstante, es interesante relevar datos del debate sobre el tema, dado el nivel de complejidad que aparece en la actualidad; lo que obliga según los juristas a efectuar un trabajo suplementario de preguntarse si su análisis y exposición sistemáticos sirven más que dificultan para pensar, comprender, interpretar, aplicar y enseñar el Derecho del Trabajo. O, en todo caso y por lo menos, qué tipo de exposición necesitan, y qué grado de profundización y detalle le conviene a este tema.⁵

En el ámbito de la dogmática laboral trascendió la antigua disputa entre dos juristas españoles -Perez Botija y Bayon Chacón- sobre la existencia o no de principios generales específicos del Derecho del Trabajo.

Para el primer autor, no todos los principios generales del derecho eran aplicables al Derecho del Trabajo, debido a la especificidad de éste, por lo cual sostuvo que había principios específicos laborales, opuestos

³ ÁLVAREZ, Eduardo, El artículo 54 de la ley 19.550, la responsabilidad solidario de los socios y un debate inexplicable, en Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, N° 2001-1, p. 251

⁴ Una de las cuestiones que la teoría del derecho, esto es, la actividad de contemplar críticamente la realidad jurídica, ofrece a la mirada del operador de esta ciencia es la imposible prescindencia de una dimensión filosófica acerca de la realidad. Cfr TZITZIS, Stamatios, “de la Theoria Dikaiou à la Théorie du Droit, Persona y Derecho, Pamplona, 32, esp. p. 234, citado por RABBI VALDI CABANILLAS, Renato, Dimensión Filosófica de la Labor interpretativa, La Ley.

⁵ RAMÍREZ BOSCO LUIS, (2000), *Para una introducción al Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, Editorial Universidad, p. 67.

en ocasiones a los del derecho común.⁶ Para Bayón Chacón (1955) no existían principios generales del derecho de tipo específicamente laboral, debiendo considerarse como fuentes los principios generales reconocidos en el derecho común. Para este autor, los principios específicos del Derecho Laboral sólo cumplían una función orientadora e interpretativa, pero no normativa.⁷

En Argentina, Mario L. Deveali fue el primer jurista que se ocupó de los principios del Derecho del Trabajo en la literatura jurídico laboral⁸, quien al referirse a la legislación de la materia enunció una serie de principios y sus corolarios, dirigidos a “*inspirar al legislador, o al que haga sus veces, en la técnica de la aprobación de las normas*”.

De cualquier manera, en el Derecho del Trabajo en Argentina, la discusión sobre la existencia de los principios generales propios del Derecho del Trabajo, aparecería superada en gran parte por la Ley de Contrato de Trabajo, al consagrarlos legislativamente; ya sea concretándolos en normas de la ley -como en el caso del art. 9- o bien al referirse a ellos como integradores en caso de lagunas de la ley, en el art. 11 del Régimen de Contrato de Trabajo.⁹

Una mención expresa a los “principios” como fuente de aplicación e interpretación de las normas laborales aparece en el art. 11 del régimen de contrato de trabajo. El texto de dicha norma expresa:

“Principios de interpretación y aplicación de la ley”. Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe”.

Sobre la norma en estudio, Carlos Etala (2004) señaló la existencia de una cierta discordancia entre el epígrafe y el contenido de la misma, puesto que mientras el primero alude a “principios de interpretación y aplicación”,

⁶ PÉREZ Botija E., (1954), *El contrato de trabajo*, 2ª edición, Madrid, Editorial Tecnos.

⁷ BAYÓN Chacón y PÉREZ Botija E. (1962), *El Manual del Derecho del Trabajo*, 3ª Edición, Madrid, Marcial-Pons Libros Jurídicos.

⁸ DEVEALI Mario L., (1948) *Lineamientos de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, Págs. 59 y ss. citado por Etala Carlos, (2004), *Interpretación y aplicación de las normas Laborales*, Buenos Aires, Editorial Astrea, p. 133.

⁹ Ley de Contrato de Trabajo, Art. 11.

su contenido se refiere más a los principios de “integración de normas”. Hay acuerdo, no obstante, en que esta norma ocupa un lugar de directiva fundamental en materia de interpretación y aplicación de normas.¹⁰

Mucho tiempo antes de la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo, Mario Deveali (1948) intentó sentar las bases de una “*ciencia de la legislación laboral*”, cuyo objeto de análisis consistiría en el estudio de los sistemas de cada país en las distintas épocas, pero considerándolos como simples datos de la experiencia. Esta investigación debía desarrollarse en el campo económico y social, de modo que posibilitara fijar *los principios* destinados a orientar la mencionada intervención del Estado tornando a ésa más eficaz.¹¹ En dicha exposición estos principios estaban más bien destinados a cumplir una función “informadora”, antes que “normativa” o interpretativa. Sin embargo, sostuvo Etala, esta circunstancia no excluye que este tipo de “principios” sean incorporados a una decisión judicial con una función integradora o interpretativa, de modo que actúen como “criterio de objetividad” similar a una fuente de derecho. Sea en el plano doctrinario de los autores, sea como expresión de valoraciones sociales que integran el medio cultural que rodea al juez, y que éste releva como una pauta reconocida por la comunidad, resultando apta al momento de fundar sus decisiones.¹²

Los principios específicos del subsistema jurídico laboral observan las mismas características de los principios generales del derecho. Su especialidad se limita a la que deriva de la propia naturaleza y contenido del Derecho del Trabajo, y en tal sentido, están sujetos a las limitaciones y funciones propias de los principios generales.

Se observa que por razones prácticas, a veces, se separa para su análisis el tratamiento de los principios, de las fuentes. Ramírez Bosco, ha referido que en la doctrina laboral hay obras importantes que no se ocupan del tema de los principios como algo especial, advirtiendo, sin embargo, que en estudios más recientes se releva un verdadero auge respecto a la temática principialista.¹³

¹⁰ ETALA Carlos, *ibidem*.

¹¹ DEVEALI Mario, op. cit., p. 62 y ss. citado. por Etala Carlos, *ibidem*.

¹² ETALA Carlos, op.cit. p. 134.

¹³ RAMIREZ Bosco, op. cit., p. 69.

La exposición que antecede constituye sucintamente, los postulados de la dogmática.

En su *Tratado de Derecho del Trabajo*, obra de actualidad y notable por su contenido, Ackerman (2005), aludiendo al desarrollo que reclama el estudio de los principios en el Derecho del Trabajo, afirmó que los mismos condicionan la propia autonomía de la disciplina. Constató en segundo término que de ningún modo es comparable la gran importancia que se asigna a este tema en los estudios de Derecho del Trabajo en el Río de la Plata, por la escasa –si no nula– presencia que él tiene fuera de este ámbito, especialmente en la doctrina europea.

Ha considerado además, que buena parte de la responsabilidad de este hiperdesarrollo, deba atribuirse a los trabajos de Américo Pla Rodríguez, especialmente a partir de su clásica obra *Los principios del Derecho del Trabajo*.¹⁴ Observa por último, que el extenso y variado catálogo de principios, cuyo contenido suele depender de decisiones no siempre explicadas por sus autores, incluye categorías heterogéneas de instrumentos jurídicos que, en la abrumadora mayoría de los casos, resultan difícil de agrupar bajo una común denominación de principios. Y esto aún en función del concepto de éstos adoptado –en forma explícita o implícita– por el autor.¹⁵

En fecha posterior, Tosto (2007) al dirigir una obra sobre la materia, sostuvo que el Derecho del Trabajo se ocupa de sus principios, pero sin embargo, no se esclarecen los criterios para identificarlos, individualizarlos, sistematizarlos y aplicarlos. Positivistas, antipositivistas y escépticos ha dicho, utilizan diferentes razones para identificarlos y emplearlos, puesto que disienten en el modo de concebir el Derecho. No acuerdan respecto a lo que cuenta para identificar una norma a la hora de solucionar un problema jurídico o justificar una decisión. En su labor, los juristas de la disciplina laboral adicionan distintos criterios respecto a las *funciones* que asignan al Derecho del Trabajo y de este modo, se constatan dispares actitudes morales ante el Derecho, y formula una clasificación en: pro-

¹⁴ PLA RODRIGUEZ, Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, 2ª edición actualizada, ed. Depalma, Buenos Aires, 1978.

¹⁵ ACKERMAN, Mario, “*Tratado de Derecho del Trabajo*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, pp. 307 y sgts.

teccionistas clásicos, proteccionistas garantistas y moralistas a quienes operan en ese ámbito.¹⁶

2.- VERIFICACIÓN DE NORMAS, FALLOS O POSICIONES DOCTRINARIAS QUE MENCIONAN A LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS O A LA INTERPRETACIÓN DE ELLOS EN LA DOGMÁTICA

Ahora bien, cuando se emprende la tarea analítica de comprender el significado de enunciados tales como *existen principios en el Derecho del Trabajo*, puede resultar importante realizar alguna explicitación de las complicaciones que presenta su estructura gramatical profunda.

En sentido general, el referido enunciado se utiliza para afirmar que existen, dentro de la rama específica del derecho, ciertos principios jurídicos que orientan su creación, interpretación y aplicación. Ello importa simultáneamente, sostener las siguientes proposiciones:

I) Que efectivamente existe el Derecho.

II) Que formando parte de él, se verifica un área específica de conocimiento que recibe el nombre de *Derecho del Trabajo*.

III) Que ambos no están compuestos únicamente por normas jurídicas, sino que existen otros elementos que, juntamente con aquellas, contribuyen a su tipificación.

IV) Que entre esos elementos, tienen una particular importancia los denominados *principios o directrices* los cuales aparentemente, poseen un status jurídico distinto al de las normas.

V) Que existe una pluralidad de principios o directrices y que, algunos de ellos, tienen la característica de estar específicamente vinculados al área de problemas del Derecho del Trabajo.

La explicitación precedente, que distingue entre normas, principios y directrices, no implica una contraposición a la cuestión teórica expuesta anteriormente, sino que la misma es utilizada, por estimar que arroja alguna claridad conceptual en el análisis de la dogmática laboral.

Juristas abocados al estudio del Derecho del Trabajo han convenido desde hace años, que se trata de una polémica ya superada, sosteniendo

¹⁶ TOSTO, Gabriel, *Principios y Reglas en el contrato de trabajo y en el derecho colectivo de trabajo*. Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2007, p. 71

que resulta indiscutible la existencia de principios generales propios del Derecho del Trabajo, como ideas fundamentales y con funciones informadoras, interpretativas y normativas del sistema jurídico laboral.¹⁷

Se detecta que en general hay consenso por parte de la doctrina respecto a estas tres funciones que se adjudican a los principios, aunque en tren de imponer sello de propiedad, hay quienes efectúan alguna sinonimia o agregan algún otro tipo a la calificación.

Se trata de un autor como Grisolia, quien en referencia a esta materia, clasifica en función orientadora o informadora, normativa o integrativa, interpretativa y unificante o de armonización de política legislativa y judicial¹⁸.

Hay también acuerdo en centralizar con el principio protectorio, la piedra basal en el Derecho del Trabajo. Para ello se encuentra delimitado su origen, y su consecuente nacimiento. Sobre este espacio, es posible indagar su desarrollo como principio jurídico, casos protegidos y alcanzados por él y doctrinas elaboradas sobre su articulación.

Es observable que se trata de una creación que obedece a una importación jurídica y por esta razón, es útil relevar el modelo desde su origen.

Tan importante resulta la elaboración doctrinaria en torno a este principio, que la mayoría de los autores sostienen que se trata del pilar básico en torno al cual debe elaborarse cualquier cuerpo legal o realizarse la interpretación judicial atinente a la materia en el momento de la aplicación efectiva del derecho. También se afirma que es el más original y distintivo de esta rama del derecho y el que informa la mayor parte de sus normas, al punto que se lo considera una característica definitoria del Derecho del Trabajo.

También se verifica que algunos principios están privados de formulación, lo que significa que habitualmente aparecen mencionados pero no formulados; que se los conoce por su nombre, pero que no traslucen una concisa formulación normativa, ya que eso que se denomina principio, no es una norma particular sino una “doctrina”, como el caso de la doctrina de la justicia social.

¹⁷ GARCÍA MARTÍNEZ Roberto, (1995), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Buenos Aires, Editorial. AD-HOC, p. 98.

¹⁸ GRISOLÍA, Julio Armando, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lexis Nexis, Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 73.

Cabe verificar además, que en la discusión sobre los principios jurídicos, si bien parece indispensable profundizar el análisis dentro del marco de la Teoría General del Derecho, para luego en un intento posterior aproximar dicho análisis a la dogmática laboral, la realidad es demostrativa que el primer paso es obviado, sistemáticamente.

Tampoco se advierte que en la discusión se precise cuál es la posición que se adopte frente al derecho y el lugar, alcance y consecuencias que los principios tengan en el ordenamiento jurídico, en concordancia con el punto de vista adoptado.

La disputa verificada en torno al paradigma protectorio (Principio Protectorio), muestra que a veces la dogmática utiliza recursos epistemológicos haciéndolo sin reflexión ni control de sus alcances ni consecuencias.

Dentro de la dogmática laboral, se observa que el trabajo teórico de determinar si existen y cuáles son los principios generales del Derecho del Trabajo, tiene importancia, en la medida en que sólo estos principios permiten afirmar la autonomía de la materia, le dan coherencia interna y la convierten en algo unitario desde el punto de vista lógico. Lo dicho implica también que estos principios aparecen señalando en grandes líneas, los límites de aplicación posible del Derecho del Trabajo.

Partiendo desde este punto de vista, Ramírez Bosco escribió que la doctrina no ha dedicado al estudio de este punto, un esfuerzo proporcional a su trascendencia. Hay decía, importantes obras especializadas que omiten el tratamiento de la cuestión, de manera diferenciada o bajo el título específico, diluyéndola a veces, en medio de los caracteres o de las ideas fundamentales vinculadas al Derecho Laboral.

El mencionado jurista refirió que esta falta de suficiente elaboración de un tema que la requeriría, es que al ser el Derecho del Trabajo un derecho reformatorio del derecho común, sus principios no dejan en general de ser los mismos de éste. Este hecho, que por un lado cuesta y por el otro parece innecesario reconocer, se suma al estado de los principios generales del derecho en general y sin demasiadas perspectivas de ser resuelta en un futuro próximo, con lo cual parece dificultoso que un derecho especial esté más adelantado.

También la permanente creación, evolución, expansión y achicamiento del Derecho del Trabajo, dificulta la determinación de cuáles sean las ideas directrices de todo este movimiento, si es que las hay en todos los casos.

Por otra parte, el mismo Ramírez Bosco puso el énfasis en la importancia de intentar un nuevo esfuerzo para la ubicación de los principios generales de la materia, dado que contando con este dato, es posible avanzar coherentemente, tanto en el ámbito legislativo, como en el de interpretación de la norma ya dada.¹⁹

Dentro de esta indagación se observa que cuando los juristas abogados al estudio del Derecho del Trabajo hacen mención a “principios”, se encuentra latente el problema de la plenitud del sistema, o la necesidad de elegir entre distintos significados de una disposición normativa de construcción gramatical o semántica dudosa, sin perjuicio de que se persiga también otro objetivo, tal como el de alcanzar soluciones moralmente plausibles cuando una regla o norma determinadas, conduce a resultados que se juzgan inaceptables o disvaliosos, aunque no siempre se cuida y por cierto no se logra, desde el esquema del que se parte, una correcta interpretación del derecho en su conjunto y en particular su aplicación.

2.a. Normas y posiciones doctrinarias

El Derecho del Trabajo cuenta con una serie de particularismos que en gran medida se deben a la función de estos principios, que han ido inspirando el sentido de las normas laborales de acuerdo a criterios distintos de los que se observan en otras ramas jurídicas. Vale mencionar como ejemplo, el negocio jurídico laboral que se encuentra intervenido con una mayor intensidad por el orden público que, a su vez, tiene un especial carácter relativo o protectorio.

Del mismo modo se establece un sistema de prelación de fuentes que privilegia a aquella que redunde en un mayor beneficio para el trabajador, más allá de su jerarquía.

En referencia a ellos, Vázquez Vialard destacaba que los principios del derecho del trabajo se caracterizan por su “amorfirmo” ya que, por lo común, no tienen un procedimiento técnico de exteriorización, sino que se reflejan en diversas normas del ordenamiento. Sostenía que la concreción

¹⁹ RAMÍREZ BOSCO Luis. “Los Principios del Derecho del Trabajo”, en Revista Derecho del Trabajo XLIII-A, Buenos Aires, p. 637

o cristalización positiva del principio podía llegar a congelar su función inspiradora de soluciones, quitándole fecundidad.²⁰

Concerniente a este aspecto, sostuvo que la recepción de distintos principios en la LCT permite en cierta manera clasificarlos según que: a) tengan como fin descifrar el sentido de la norma o salvar el escollo que presentan situaciones no previstas, es decir, que sirvan para aplicar o interpretar la norma (arts. 9° y 11° LCT; b) establezcan directivas básicas a fin de mantener el equilibrio entre las partes de la relación (arts. 7°, 10, 12, 17 LCT).²¹

Un jurista notable sobre el ámbito de esta investigación fue Roberto García Martínez, (1987) quien sostuvo que el Derecho del Trabajo tiene sus propios principios generales, como rama jurídica autónoma, pero sin desconocer aquellos que son generales a todo el derecho. Definió a estos principios como ideas directrices, o pautas de valoración, que informan en la creación de nuevas normas, e inspiran directa o indirectamente soluciones, con las ya existentes al aplicarlas al caso concreto.

Los principios dijo, son el resultado de la conciencia jurídica de la sociedad en un momento dado, pues es la comunidad entera a través de sus convicciones y creencias la que los crea. Estos principios tienen una capacidad organizativa, para comprender, interpretar y ordenar las normas jurídicas que pueden venir de fuentes diversas, realizando así una función catalizadora, o integradora, si existieren algunos puntos sin solución. Estos principios pueden positivizarse, al ser incorporados a una norma y más aún adquirir un rango constitucional predominante al ser incorporados a una carta magna. También actúan como filtro al adecuar instituciones extra laborales al derecho del trabajo y son por otra parte una barrera de contención ante el avance de disposiciones perjudiciales que pueden dañar al derecho del trabajo.

Son múltiples las funciones que cumplen los principios generales, a tal punto que se constituyen en una imprescindible herramienta para la interpretación y progreso del derecho. Para su tratamiento deben tenerse en cuenta dos limitaciones: la primera es que no debe pedírsele más de

²⁰ VAZQUEZ VIALARD, Antonio, *Ley de Contrato de Trabajo de Trabajo comentada y concordada*, 1° ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, t. I p. 180.

²¹ VAZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, ed. Astrea, Buenos Aires, p. 66.

lo que en realidad puedan dar, no se debe abusar de ellos como panacea universal para resolver todos los problemas que se nos presentan. Y la segunda, es manejarnos con verdaderos principios generales del derecho del trabajo y no involucrar en ellos otros axiomas o ficciones legales, lo que puede llevarnos a verdaderas confusiones. La aplicación de principios permite recrear todo el sistema jurídico, adecuándolo a cada paso al devenir político económico y social.²²

A esta altura es posible relevar la inexistencia de un orden de prelación al momento de la aplicación de los principios y por ende, el intérprete es libre en su apreciación, debiendo tener en claro las circunstancias de cada caso, de acuerdo a lo prescripto en el art. 2 del nuevo CCC, sin obviar por cierto el consiguiente ámbito de debate y discutible juridicidad de los elementos usados en la construcción del orden jerárquico.

Un autor como Maza, en fecha más reciente, ha referido que los principios del derecho del trabajo son directrices que orientan en general la disciplina y son el producto de una valoración social con vocación de permanencia y universalidad. Todas las normas del sistema, aún las más “capilares” (los contratos), deben adecuarse a estos lineamientos o axiomas representados o arquitecturados por los principios.

El citado jurista ha mencionado que en diversas obras, Fernández Madrid había descripto las diferentes funciones que cumplen los principios generales del derecho del trabajo en consonancia con la explicación esbozada por de Castro, respecto de los principios generales del derecho.

En lo que aquí ocupa, aludió a la función de interpretación y destacó que los principios constituyen el sentido y la razón de ser de un cuerpo normativo, de modo que lo reflejan en las normas que lo integran. A partir de tal concepción, es lógico considerar que los principios orientan al intérprete y lo hace, en particular, indicando la finalidad de las normas laborales (*ratio legis*), cuestión que adquiere una determinante relevancia, por ejemplo, al momento de realizar interpretaciones extensivas.

Observó que el nuevo texto del art. 9 de la LCT, a través de la ley 26.428 que prescribe: *En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales, o en la apreciación de la prueba en los casos concretos, prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose*

²² GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, Los principios generales del derecho del trabajo y sus funciones, DT 1987.

la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador; es un claro ejemplo de la función interpretativa de los principios generales del trabajo, dado que impone al operador jurídico, en caso de duda, optar por aquella hermenéutica que resulte más favorable para el trabajador.

Otro tanto ocurre con el art. 10 del mismo cuerpo legal, que extiende los efectos del principio de conservación de contrato a los dilemas interpretativos que se presentan en los hechos o situaciones concretas y cuya textualidad expresa: *Conservación del contrato. En caso de duda las situaciones deben resolverse en favor de la continuidad o subsistencia del contrato.* Advirtió asimismo que otro texto jurídico que no puede obviarse, es el artículo 63 de la LCT en cuanto refiere: *Principio de la buena fe. Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo.*

Este artículo permite inducir una pauta interpretativa de los contratos, similar a la contemplada por el art. 9 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, de conformidad con otro principio general del derecho, cual es el de buena fe. Al referirse a la función integradora de los principios, Maza afirmó que estos tienen aplicación en caso de carencia de normas positivas, para afrontar una determinada situación fáctica que no pueda resolverse... *“por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo, por las leyes análogas...”* Y que el artículo 11 de la LCT remite, en primer término a los principios de Justicia Social y luego a los generales del derecho del trabajo, pese a lo cual, no parece viable sostener que exista un orden determinado en su aplicación. También este autor aludió a la función informadora de los principios, en cuanto la noción implica que los principios generales del DT inspiran y otorgan fundamento a los legisladores para la creación de nuevas normas que deben adecuarse al marco de un sistema dado.

Aseveró también, que a partir de esta lógica, una norma contraria a los principios, tal las que proliferaron en Argentina en los años 90, generó una tensión en el sistema que se resolvió en casos por declaración de inconstitucionalidad y para ese supuesto, aludió a la seguidilla de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que desestructuró la Ley de

Riesgos y que son identificados como “Castillo” “Aquino” y “Milone” y los casos de desalarización de las retribuciones, “Pérez” y “González”.²³

De lo expuesto puede colegirse que la mayoría de las normas jurídicas establecen pautas no concluyentes en algún grado o sus condiciones de aplicación refieren alguna excepción. Por ello, en tal situación, se deberían identificar todas las reglas y sistematizar la totalidad de los casos generales comprendidos y sus respectivas consecuencias jurídicas. Se requiere además, en ciertas oportunidades, optar por un criterio para identificarlas y luego justificar el uso.

No hay duda que la doctrina laboral ha sido prolifera en identificar como principios a ciertas normas, a partir de normas sociales, morales y construcciones de los juristas. Ahora bien, pese a este relevamiento, también es posible constatar que no ha sido igualmente productiva en intentar demostrar los criterios por lo que identifica a aquellas normas como un principio o como una regla.

2.b. Fallos

Se constata que el relevamiento concerniente al criterio de interpretación de las normas que ha explicitado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en forma reiterada, en general, es similar en todas las ramas del derecho. Ahora bien, en el campo específico del Derecho del Trabajo, el más alto tribunal ha marcado algunas pautas que probablemente no resulten de aplicación a otras ramas del derecho, en tanto responden a sus principios rectores.

En forma reiterada ha dicho que cuando la inteligencia de una norma basada exclusivamente en la literalidad de sus términos conduzca a resultados que sean adversos a sus fines y a los principios fundamentales del derecho o provoque consecuencias notoriamente injustas, es posible arbitrar otras de mérito opuesto.²⁴

²³ MAZA Miguel Ángel Tratado de Derecho del Trabajo, Director M. Ackerman, Tomo I, Teoría General de Derecho del Trabajo, pp. 321-325.

²⁴ M. Cristina ÁLVAREZ MAGLIANO, Mario FERA *El Derecho del Trabajo según la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 53

La fuente doctrinaria utilizada en esa indagación, rara por lo específica y calidad de su contenido, mencionaba que ya en la época de los años 60, la Corte había señalado que era procedente utilizar preceptos de leyes generales para determinar el alcance de normas de previsión social, si las conclusiones a que llevaba tal criterio eran razonables y compatibles con los principios propios de la ley especial y su finalidad. Por ello, debía actuarse con suma cautela antes de llegar al desconocimiento de tales derechos.²⁵

Hay verificación de que mucho después, comenzó a perfilarse una tendencia hacia la consideración de que ciertos beneficios laborales debían asimilarse a las prestaciones de la seguridad social.²⁶

Vinculado al tema de la determinación del porcentaje de incapacidad, en específica relación a la ley 9688, se dijo que atento a la naturaleza y origen del crédito en juego, era lícito extender a los litigios laborales la pauta interpretativa elaborada en materia de previsión social, según la cual debe actuarse con cautela para llegar a la denegación de beneficios reconocidos por las leyes de la materia.²⁷

En causa “Dardanelli de Cowper del 18/10/84, el pronunciamiento fue direccionado con una pauta semejante a la anterior. Aun cuando quepa aceptar la existencia de regímenes indemnizatorios diversos según la distinta actividad laboral- sostuvo la Corte- es apropiado destacar que la razonabilidad de las leyes depende de su adecuación a los fines que persiguen y de la ausencia de iniquidad manifiesta.

Al vincular el tema con las prescripciones del art. 16 de la Constitución Nacional y el principio de igualdad, tuvo en cuenta que si la reparación establecida por el régimen especial equivalía a menos de la quinta parte de la del régimen para la mayor parte de los trabajadores dependientes, afectaba notoriamente la garantía constitucional invocada.

²⁵ Fallos: 266:202; 272:258.

²⁶ Se trata del voto del juez Fayt en la causa “Sassone, Alejandro Vicente c/ Papelera Hispano Argentina S.A.”, del 3/10/1985 y su remisión a Fallos: 304:415. También el voto del mismo juez, en disidencia, en la causa “Jacinto Zapiola c/ E.F.A.”, señaló, en referencia a una interpretación literal del art. 212 de la LCT- que no cabía sacrificar la finalidad tuitiva a la literalidad del texto y apartarse del principio de hermenéutica que prescribe la suma cautela con que ha de conducirse el intérprete para ponderar la denegatoria de esta base de derechos.

²⁷ “ANZORENA, Pedro Brain c/ O.S.N”, del 31/05/1988.

Los juristas consultados refirieron a la causa “Bagolini” del 12/22/1991, donde años más tarde, la Corte descalificó la sentencia de cámara que había interpretado el art. 245 de la LCT con estricto apego a su texto entonces vigente en cuanto literalmente se aludía en él a la mejor remuneración mensual, normal y habitual “percibida”. El Tribunal Supremo reprochó al *a quo* el no haber considerado si, pese a la redacción de la norma en cuestión, “tanto el espíritu de la ley – que debe rastrearse en procura de una aplicación racional, que averse el riesgo de un formalismo paralizante ... - como el propósito que tuvo el legislador- al que se debe asignar pleno efecto en armonía con la Ley Suprema y el resto del orden jurídico ...- fueron, o no, establecer que el cálculo para establecer la indemnización por despido es “la remuneración que se debió percibir”, ya que de lo contrario, no sólo se permitiría el indebido beneficio del empleador- deudor (cuya única base sería el incumplimiento de éste) sino que, también se dejaría librada la determinación del importe del resarcimiento al exclusivo arbitrio del moroso.

La Corte agregó que “*no siempre es método recomendable el atenerse estrictamente a las palabras de la ley*”; que “en todos los casos debe buscarse una interpretación valiosa de lo que en las normas, jurídicamente, se ha querido mandar, porque no es posible admitir soluciones notoriamente injustas cuando se pueden arbitrar otras de mérito contrario, ya que esto no resulta compatible con el fin común de la tarea legislativa y judicial,²⁸ y que al interpretarse el artículo 245 del régimen de contrato de trabajo en la forma en que se lo hizo, la norma se tornó inoperante y se cercenó la garantía constitucional de la interesada a la protección contra el despido arbitrario (art. 14 bis, C.N.).

Atinente a las pautas de interpretación utilizadas por la Suprema Corte, *las consecuencias en la realidad*, aparece como otro de los conceptos tenidos en cuenta.

Sobre este título, ha dicho el Alto Tribunal que no puede prescindirse de las consecuencias que importe la adopción de determinado criterio: es éste el mejor medio para verificar su razonabilidad y equidad. Si de la aplicación de un criterio determinado en una causa se derivan consecuencias insostenibles por su iniquidad y es posible arbitrar otras soluciones, debe estarse a ellas.

²⁸ Doctrina de Fallos: 300:417; 302:1209; 1284; 303; 248 y sus citas entre otros muchos.

El criterio se refiere tanto a la pérdida de los derechos para el trabajador como de la imposición de cargas exageradas o inicuas para el empleador; no es pensable que al sancionar una ley haya intentado transponer los límites de la razonabilidad tantas veces aludido. Ello se relaciona, a su vez, con la compatibilidad entre las soluciones que se adopten en el marco de la realidad al cual están destinadas. En estos casos, la Corte ha salido al cruce y actuado como moderador en conflictos con proyección social.

Hay varios ejemplos demostrativos de este aserto: en las causas Valdez, José R. c. Nación Argentina²⁹ admitió la desvalorización monetaria en el pago de salarios a cargo del Estado. En la causa “Núñez” del 13/04/1989 aludió a la limitación impuesta al apartamiento de un plenario; en la causa “Felauto”³⁰, se refirió a la admisión de reclamos sin prueba suficiente; en la causa “Cajal” del 26/03/1991, a la interpretación de normas aisladas sin tener en cuenta el contexto en el cual se insertan y su sistema; en las causas “Rodríguez” de abril de 1993 y “Luna” de julio de 1993 se trató la extensión de solidaridad.

En puntual referencia al objeto de esta indagación, ha dicho la Corte que, no es método recomendable en la interpretación de las leyes el atenerse estrictamente a sus palabras, ya que el espíritu que las informa es lo que debe rastrearse en procura de una aplicación racional, que averse el riesgo de un formalismo paralizante; lo que ha de perseguirse es una valiosa interpretación de lo que las normas, jurídicamente, han querido mandar³¹.

Las mencionadas antes constituyen una muestra simple de los casos estrictamente vinculados al ámbito del derecho laboral, donde el Alto Tribunal ratificó principios de interpretación comunes a todas las ramas del derecho, pero poniendo de relieve el criterio de que debe tratarse siempre de una *interpretación valiosa*, esto es, que de modo imperativo es menester identificar el espíritu de la ley al momento del acto hermenéutico.

En lo que vincula el *orden público laboral: principio de irrenunciabilidad*, se observa que este último ha sido motivo de pronunciamientos expresos de la Corte. En la causa “Mallo, Juan Manuel c. Alba Cía de Seguros” del 28/8/1984, se refirió al pago insuficiente de obligaciones laborales según lo dispuesto por el art. 260 del régimen de contrato de

²⁹ Fallos: 295:937.

³⁰ Fallos 314:253.

³¹ Setiembre 12-989- Partido del Trabajo y del Pueblo; L.L., 1990-A, 279.

trabajo. Allí puntualizó que “las normas generales del Código Civil sobre los efectos liberatorios del pago no resultan adecuado sustento de la decisión apelada.

En la causa “Padín Capella” del 12/03/1987, se dejó sin efecto una sentencia que había aplicado criterios extraídos del derecho civil; en concreto, la posibilidad de que el silencio del trabajador en ciertas y determinadas circunstancias pudiera ser asimilado a una novación objetiva de las cláusulas del contrato de trabajo.

Años después, se verifica que la Corte acotó los alcances de esa doctrina. Así se dijo el 9 de abril de 1991, en la causa “Felauto, Miguel A. c/ Mercedes Benz” que la *aplicación del principio de irrenunciabilidad* no puede conducir a sostener, con base en el silencio del trabajador o de interpretaciones abstractas o generales sobre principios de justicia social, la existencia de obligaciones salariales que no encuentren sustento en el contrato individual, el colectivo o en la ley, esto es, obligaciones sin causa que las sustenten, pues en ello si resulta de aplicación el art. 499 del Código Civil.

Concerniente a la *aplicación de la norma más favorable*, se han relevado precedentes que señalan su indebida extensión a supuestos incompatibles con su finalidad. En el caso de *Fallos*: 308/2475, la Corte hizo suyo el dictamen del procurador general donde se puntualizara que debía tenerse en cuenta el contexto general de las normas y los fines que las informan, como la manera en que mejor se compadezca con los principios y garantías constitucionales. En esa oportunidad se juzgó arbitrario acordar al trabajador derecho a percibir los días por enfermedad sin atender al tope de garantías establecido en una convención colectiva, invocando el art. 9 de la LCT, pues ello era incompatible con el marco general en que se desenvuelve la contratación portuaria. Sostuvo que en esas condiciones, la mención del artículo citado por el tribunal de grado aparece forzado, desde que cualquiera fuese su ámbito de aplicación personal, ésta requiere la existencia de duda en la interpretación o alcance de la norma convencional o legal, supuesto no discutido en el caso.

Luce de alta significación el comentario efectuado por los juristas estudiosos de este ámbito de la interpretación al exponer que la orientación de la Corte, parece coincidir con la idea de Krotoschin en sus *Instituciones*, en el sentido de que si se quisieran concretar algunas reglas de interpretación concretas en el derecho del trabajo, tal vez podría decirse que las

leyes y demás normas deben interpretarse conforme a las finalidades y propósitos de la “justicia social”. En presencia de varias normas igualmente aplicables, debe darse preferencia a la más favorable al trabajador: las situaciones dudosas deben resolverse en favor del trabajador pero todo ello sin perder de vista que el derecho del trabajo se refiere a la coexistencia de trabajadores y empleadores. “Por lo tanto, la inclinación a hacer preponderar la protección judicial del trabajador, con el fin de equilibrar su inferioridad económica, no debe convertirse, por otro lado, en el amparo de una desigualdad jurídica, que se estableciera en perjuicio del patrono.”³²

Resulta posible al investigador, efectuar un relevamiento de los pronunciamientos judiciales vertidos en torno a cuestiones atinentes al principio protectorio, los que constituyen, una clara muestra del alcance que como pauta interpretativa mantiene el mencionado principio jurídico en el derecho vigente. Es sin duda una ardua tarea.

2.c. Actualidad de la hermenéutica principialista de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En conflictos regulados por el derecho del trabajo y en fecha más reciente, la CSJN ha emitido pronunciamientos exhibiendo una explícita hermenéutica principialista. Así, en los autos Aceval Pollacchi, Julio César c. Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/ despido, 28/06/2011, la sentencia de Cámara modificó el fallo de grado y, en consecuencia, elevó el monto de la condena monetaria que debía soportar la demandada, sobre la base de considerar constitucionales el decreto de necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo Nacional 883/2002 que prorrogó en el tiempo la indemnización agravada por despido sin causa. Contra esa sentencia la demandada interpuso recurso extraordinario. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la decisión recurrida. En síntesis, la recurrente adujo que la sentencia vulneró los derechos y garantías establecidos por los artículos 17, 18, 28 y 31 de la Ley Fundamental, al acoger el incremento indemnizatorio legislado en el artículo 16 de la ley n° 25.561, cuya interpretación y alcance cuestionó. En el mismo marco, reiteró sus reproches relativos a la regularidad de los decretos n° 264/02

³² KROTOSCHIN, Ernesto, *Instituciones de derecho del trabajo*, Ed. Depalma, 1947, pp. 42/43.

y 883/02, en cuanto extendieron la duplicación indemnizatoria a otros rubros derivados del despido y prorrogaron la veda al distracto dispuesta en la ley n° 25.561, respectivamente (fs. 180/187).

Refirió que a la luz de la máxima in dubio pro *iustitia socialis*, dado su carácter de principio inspirador y guía de hermenéutica de cualquier normativa vinculada con los derechos y garantías laborales y sociales establecidos constitucionalmente, no aparece irrazonable que, en consideración de la crisis profunda y de su consiguiente impacto en el empleo, se haya procurado mediante la Ley 25.561 y el DNU 883/2002 —que prorrogó la indemnización agravada por despido arbitrario con anterioridad a la sanción de la ley 26.122—, disuadir excepcionalmente —por tiempo determinado— los despidos sin causa, tornándolos —sin prohibirlos— más onerosos, privilegiando así un objetivo de contención social en las apremiantes circunstancias descriptas. (Del voto de los Doctores Highton de Nolasco y Maqueda).

El Alto Cuerpo sostuvo que en el marco de esta interpretación del referido art. 14 bis, no aparece irrazonable que el legislador, en consideración de la crisis profunda y de su consiguiente impacto en el empleo, haya procurado, teniendo en cuenta el principio protectorio, disuadir excepcionalmente —por tiempo determinado— los despidos sin causa, tornándolos —sin prohibirlos— más onerosos, privilegiando así un objetivo de contención social en las apremiantes circunstancias descriptas.

Se resolvió en definitiva que al no haberse cumplido con el mecanismo constitucional propio de la excepción, el decreto 883/02 debe reputarse dictado en transgresión al principio general establecido en el art. 99, inc. 3°, segundo párrafo, de la Constitución Nacional.

En el caso, se hizo lugar al agravio de la demandada y se declaró que el decreto 883/02, que regía —según la Alzada— el despido del actor, es absoluta e insanablemente nulo en los términos del art. 99, inc. 3°, segundo párrafo, de la Constitución Nacional. Lo decidido hizo innecesario considerar el agravio que apunta a la invalidez del art. 4° del decreto 264/02, por cuanto esta norma concierne a la extensión de la duplicación de la indemnización prescripta por el art. 16 de la ley 25.561, que, por lo dicho, no estaba vigente al momento del despido de autos.

3.- VERIFICACIÓN DE LA TERMINOLOGÍA QUE UTILIZA

Conforme lo explicitado hasta aquí, es claramente determinable que la terminología que se utiliza para nada es uniforme. Se pueden formular no obstante, algunas precisiones: a) La interpretación alude en la mayoría de los casos al espíritu de la ley o a los fines, de modo tal que puede afirmarse que el criterio es marcadamente axiológico y en su caso, más de las veces los valores del intérprete son los que aparecen identificando este tipo interpretativo. b) Cuando se habla de principios de la ley, se lo hace en directa referencia a los que están normativizados. Además, mucho se ha expresado en torno a la tendencia expansiva del intérprete a la invocación de principios jurídicos del derecho del trabajo, como mandatos de optimización, reglas técnicas, directriz política, criterio de justificación, preferencia axiológica, meta normas etc. c) Dentro de textos que convergen en el ámbito de este estudio, se puede citar: “una perspectiva diferente concibe a los principios jurídicos como algo aproximado a las *reglas ideales* o normas constitutivas de determinadas dimensiones ideales de los estados de cosas que el mundo debe tener para ser conforme a al Derecho”... “En el derecho del trabajo el estado de cosas ideal regulado por la Constitución debe ser tal que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador unas condiciones favorables a su protección (art. 14 bis, CN). d) Existe un consenso extendido en la doctrina laboral en aceptar al principio de protección como mandato jurídico, que proporciona justificación, contenido e identidad a todo el derecho del trabajo”.³³

3.a. Concepto o sentido de PJ

Los juristas han advertido que no existe un criterio infalible que permita reconocer o descubrir un nuevo principio jurídico. Sin embargo, hay también cierto consenso en que para un autorizado sector doctrinal estas convicciones jurídico-éticas que se encuentran, no tienen en sí la misma fuerza jurídica, por lo que su descubrimiento no presupondría propiamente el hallazgo de los principios. Para los autores que mantienen la postura, estas ideas sólo se justifican o lo que es lo mismo, sólo forman parte del ordenamiento jurídico cuando se positivizan.

³³ TOSTO, Gabriel, op cit, pp. 57-58.

Es este trámite el que los convierte en auténticos principios jurídicos o como dice Esser, el que transforma los principios pre-positivos en principios positivos.

Conforme la explicitación precedente, en el Derecho del Trabajo podría hablarse de principio protectorio, principio de continuidad, principio de irrenunciabilidad, principio de primacía de la realidad, etc., a partir de la puesta en escena de alguno de los presupuestos que este jurista merita como ineludibles para que se pueda denominar tales a las nociones utilizadas.

Esser identifica como *pre-principios* a aquellos a los que hoy denominamos de modo incuestionado principios jurídicos, incluyendo en esta carátula al protectorio, los que han tenido su período de conformación, aunque no deba hablarse de existencia o validez del principio sino a partir de su positivización.

Un jurista como de Castro, manifestó su disenso con esta corriente sosteniendo que los principios jurídicos son, precisamente esas ideas de la comunidad jurídica laboralista; principios, además que constituirían auténticas fuentes del Derecho sin necesidad de seguir ningún procedimiento de positivización. El trámite de positivización dijo, va unido a su propia existencia. Pareciera que esta precisión, resulta fundamental cuando se quiere comprender la trascendencia que tiene lo que se ha dado en llamar el “descubrimiento” de los principios.

En la actualidad, y más cerca de la última corriente mencionada, se detecta un ámbito de juristas y jueces que utilizan de modo remanido y cierta exaltación, algunas nominaciones tales como *Principio de trabajo decente y principio de progresividad*, sin que exista respecto de ambos procedimiento de positivización.

Utilizan además la interpretación a partir de principios, constituyendo con ellos, aún sin positivización ni acuerdo en lo que concierne a su contenido y alcance, premisa mayor en sus decisorios.

En relación a esta última constatación, fueron identificados criterios tales como el elaborado por Arese (2008), quien en artículo titulado: “*Principiología laboral de la nueva Corte Suprema*” escribió:

2.- Hay un neoprincipismo evidente en la tarea de la CSJN. Se retorna a la reflexión sobre sustancias jurídicas diluidas en la profusión y contradicción de las normas construidas en cascadas y se acude a lo que parece más evidente i invisible, los derechos fundamentales incluidos en el Derecho Constitucional y supranacional operable internamente.

3.- Los principios no son estáticos. Son mudables y opinables según los cambios de legislación, de la jurisprudencia, de la doctrina y de las propias ideas sociales imperantes. Por esta época, la CSJN ha venido a instalar valores que, como astrolabios, ayudan a comprender y orientarse en la amplia esfera del Derecho mientras se viaja por aquella cambiante realidad de la sociedad y sus ideas.

4.- Tanto los artículos 14 bis y 75, inc 23, de la Constitución Nacional como normas supranacionales incorporadas al orden interno por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y el propio artículo 11 de la LCT se abstienen, salvo a algunos pocos casos, de definir los principios del Derecho del Trabajo. Existe sí una referencia particular del artículo 11 de la LCT a los “principios de interpretación y aplicación de la ley”...

Pero a partir de allí comienza la ardua tarea de la doctrina y de la jurisprudencia. Definir, circunscribir y otorgar ideas propias y conceptuales concretas a enunciados destinados a convertirse en alma y corazón de las leyes, valores que deberían impulsar a los legisladores y ser la luz del escritorio de intérprete sin la cual toda operación se hace, en cierta manera, en tinieblas.

Ha escrito el mencionado autor, que *“los principios dan idea de comienzo o punto de partida y, a la vez, ideas o criterios fundamentales para la construcción de un conocimiento sistemático”* y agrega que *“dar cuerpo a una principiología laboral, implica asumir riesgos y alcanzar una mayor perduración de los principios, tal como la que Aristóteles otorgó a sus máximas, es cosa de genios y de clásicos”*.³⁴

Dentro del mismo texto y en alusión al principio de estabilidad o continuidad, después de aludir a varios conceptos y a legislación comparada, aclara que la adopción de una u otra denominación, está condicionada por el grado de protección que otorga la legislación y por el tono que se quiera imprimir a ese amparo frente al desempleo o al derecho del trabajo. Sostiene que cualquiera sea su denominación, este principio se encuentra incluido en la garantía de “condiciones dignas y equitativas de labor” y específicamente, en la “protección contra el despido arbitrario” y la “estabilidad del empleado público”.³⁵

³⁴ ARESE, César, Principiología laboral de la Corte Suprema, en Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Actualidad N° 2008-2, p. 33 y sgts.

³⁵ ARESE, César, op cit.

De lo expuesto es dable inferir que dicha explicitación doctrinaria exhibe un uso directivo y emotivo del lenguaje. Ello es generador de serias complicaciones si se tiene en cuenta que es formulada en alusión a un área que ha tenido desde siempre en la Teoría General, una apreciación altamente controversial.

Dentro de este desorden y en alusión al denominado *Principio de Trabajo decente*, se constata lo siguiente: “El trabajo decente es todavía un concepto en construcción que se va ampliando y enriqueciendo tanto en el mismo seno de la OIT como en las discusiones internas que los actores sociales de muchos de los países miembros han encarado con un rigor y un entusiasmo ciertamente alentador”.³⁶

Así textualmente se leía en la memoria redactada por un grupo de investigadores argentinos alentados con la esperanza de realizar un aporte para la construcción del concepto y efectuar la evaluación del mismo en la realidad argentina.

Denunciaban de inmediato que este concepto, acuñado por OIT, ha tenido algunos problemas de indeterminación semántica, a consecuencia de su origen lexicológico “*Decent work*”, expresión lingüística que generó algunos inconvenientes al momento de la traducción de los vocablos. La eficacia de elaborar una definición o descripción de estos contenidos constituyó para los expertos una preocupación inicial importante.

Se trataba al decir de Ferrajoli, de una definición estipulativa o convencional, construida por el teórico “*en función de su aptitud para explicar y sistematizar los fenómenos observables en la dogmática*”.³⁷

Esta noción así aquilatada, con la problemática antes referida, aparece incorporada por algunos jueces, quienes indubitadamente la utilizan como premisa mayor de sus decisorios. Esto permite detectar que para ellos, el sistema jurídico laboral, contiene ese principio cuyo contenido definitorio, surge elaborado por el magistrado con el dictado de la sentencia.

³⁶ “El Trabajo Decente - El caso argentino”, redacción a cargo de Susana Corradetti, Enrique Deibe, Beatriz Fontana, Juan Iacona, Marcel Peralta, Noemí Rial y Susana Treviño, X Encuentro Grupo Bologna- Castilla La Mancha, Nov. 2001.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi, “La semántica della teoria del diritto” en V. Scarpelli D. cit. por Prieto Sanchís, Luis (1992), Sobre Principios y Normas, Problemas del razonamiento Jurídico. Cuadernos y Debates, Madrid, Centro de estudios constitucionales, p. 25.

Algo similar ocurre en el ámbito jurídico laboral con el invocado *principio de progresividad*, con mínimas referencias de positivización en el Derecho del Trabajo, pero enarbolado por algunos doctrinarios e identificado en casos jurisprudenciales, aunque también verificándose aristas de resistencia y desconocimiento de sus alcances tanto por otras áreas de la doctrina y particularmente en la jurisprudencia.

Sobre esta última posición, se encuentra un texto que exhibe razonable fundamentación analítica y coherencia sistémica, donde se concluye: *“Lo que al fin debe plantearse es si la exigencia normativa (o teórica) de progresividad de normas laborales (o sociales) tal como está formulado, alcanza a componer un criterio de decisión que puedan usar o usen las sentencias judiciales con beneficio. Y parece que por el momento no es así: es un criterio que no aparecería en los fallos nacionales hasta hace poco, ni aún después de que el mandato de progresividad se convirtiera en norma dentro del país. Y cuando apareció en la jurisprudencia, lo hizo con una función apenas de acompañamiento argumental, solo “decorativo” y como una expresión un poco voluntarista de hacia dónde se preferiría que vayan las cosas. Peo en todo caso, no como un criterio judicial que algún tribunal haya usado en un caso concreto de manera netamente decisivo, aisladamente o prescindiendo de otros argumentos determinantes que puedan aspirar al convencimiento general con un éxito más previsible... y en este estado tan relativo de las ideas que haría necesario tratarlo con extrema prudencia en la aplicación judicial.* ³⁸

En oposición a lo expuesto, Toselli, oportunamente en su doble carácter de juez y jurista y en relación a lo que denominaba Principio de Progresividad, lo definió como *aquel que tiende a lograr el mejoramiento de las condiciones de vida del hombre y en materia laboral refiere específicamente a las condiciones laborales, salariales y de empleabilidad. Implica una fuerte responsabilidad para el legislador a la hora de tomar la decisión normativa, ya que una vez consagrado un derecho, sólo situaciones de excepción o marcada emergencia podrían habilitar el retroceso normativo. Consagra en definitiva el derecho inalienable del ser humano al mejoramiento constante de su calidad de vida.* Completa su conceptualización con cita de Cornaglia en cuanto éste especificaba: *“Este principio funciona como una válvula dentro del sistema que no permite que se pueda*

³⁸ RAMÍREZ BOSCO, Luis, La progresividad de los Derecho Sociales, T y S S 08-107.

*retroceder en los niveles de conquistas protectorias logrados. Y se expresa articuladamente con el principio de irrenunciabilidad y las reglas de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa.*³⁹

En esta notable muestra de confrontación entre juristas del Derecho del Trabajo, vinculados a la existencia o no de un principio jurídico denominado de progresividad, integrativo del sub sistema jurídico laboral, se advierte que Ackerman ha cuestionado incluso el mismo marco normativo que se está explicitando al descalificar la consideración del así enunciado como un principio, especificando que tal afirmación carece de base normativa y en ese sentido expresa: *“Ya no se discute... la legitimidad jurídica de que, como consecuencia de una modificación legislativa o la sustitución de un convenio colectivo, las condiciones de trabajo establecidas en las nuevas normas resulten menos favorables para el trabajador que las fijadas en las anteriores. Afirmar lo contrario sería sostener la existencia de una suerte de necesaria progresividad de la norma laboral – o simétricamente su irreversibilidad- cualidad, que, más allá de los reproches valorativos que puedan dirigir a las reformas regresivas o peyorativas, no tiene fundamento jurídico y por cierto, no es un principio del derecho del Trabajo, ni una manifestación necesaria del principio de protección”*.⁴⁰

4) PROCEDIMIENTO DE INTERPRETACIÓN

Sobre el punto no existe acabado acuerdo y se verifican alternativas diversificadas. No resulta sencillo construir un universo de casos similares, ya que cada uno muestra algunas aristas comunes y simultáneamente notables divergencias a la comparación.

En una obra clásica del derecho laboral quedó expresado: “El único procedimiento interpretativo adecuado a la naturaleza de las normas es, pues, el finalista o teleológico; que además, aunque pueda parecer paradójal, es el más seguro y el más respetuoso hacia la autoridad del legislador, al que se presume razonable y justiciero.

³⁹ TOSELLI, Carlos Alberto, Los principios del Derecho del Trabajo y su aplicación jurisprudencial en Cuadernos de Amatra IV, Año 4, Nro 10, Porto Alegre.

⁴⁰ ACKERMAN, Mario, Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, pp. 344, 345.

La primera operación interpretativa es la obtención y valoración de los datos que permitan llegar a establecer el sentido jurídico de la norma; mediante la determinación del significado gramatical, social, técnico y lógico de expresiones y conducta, teniendo en cuenta las circunstancias y antecedentes. Con estos elementos podrá llegarse hasta la *ratio legis* específica (significado individual de la regla), pero no basta; la labor interpretativa no se limita a una norma, pues, (aparte de casos de laguna o antinomia) ésta no puede considerarse aisladamente, sino como parte del ordenamiento jurídico. Por ello, cabe decir que la *interpretatio legis* supone- expresa o tácitamente- la *interpretatio juris*".⁴¹

De lo expuesto se ha inferido la relevancia de los principios jurídicos para la interpretación y, cuando se habla de principios jurídicos en el ámbito del derecho individual del trabajo, hay referencia a los que enuncia el art. 11 de la LCT como principios de justicia social y los principios generales del derecho del trabajo, siendo función de estos últimos como orientadores de la interpretación.

La conclusión de estos juristas fue que los procedimientos interpretativos de las normas legales integrantes del derecho del trabajo *no son distintos sino los mismos* utilizables para la interpretación de las otras normas legales; lo que cambia son *los principios orientadores de la interpretación*, en cuanto ellos expresan la finalidad especial que gobierna la regulación de la materia laboral, principalmente el fundamental del "favor hacia el trabajador que es la *ratio* común a toda legislación en materia de relación de trabajo que se refleja y concreta en la *ratio* específica de cada norma.

Han referido en este orden, que en la interpretación de las normas laborales, no sólo hay que considerar su finalidad específica y el relevante fin de protección que se expresa en el principio de favor hacia el trabajador (pro operario) sino también, como en cualquier otra rama del ordenamiento estatal, el fin supremo de este último que, ocasionalmente puede incluso limitar la amplitud de la especial finalidad protectora laboral como ocurre en la misma LCT.

Dentro de este orden de análisis, quedó plasmado desde este texto antiguo, que la trascendencia de la llamada interpretación teleológica aparece

⁴¹ LÓPEZ, Justo cita a De Castro y Bravo en Ley de contrato de trabajo comentada J. López, Norberto Centeno, J.C Fernández Madrid, Ediciones de Contabilidad Moderna, Buenos Aires, Tomo I, p. 87.

cuando la Corte opina que “es principio de hermenéutica jurídica que en los casos no expresamente contemplados, debe preferirse la interpretación que favorece y no la que dificulta los fines perseguidos por la ley. Esta interpretación debe realizarse en forma que concuerde con los principios, derechos y garantías de la CN en tanto tal exégesis pueda practicarse sin violencia de su letra y espíritu.”⁴²

En una más reciente elaboración, Maza sostuvo que las pautas específicas del derecho del trabajo para la interpretación de la ley, se encuentran contenidas en el segundo párrafo del art. 9°. Que no obstante, el título dado por el legislador al artículo 11 introduce un elemento de posible confusión al referirse específicamente, a los principios de “interpretación y aplicación de la ley”. Que esta eventual incerteza se diluye en la medida que se avanza en la lectura del texto del artículo en cuestión, que a su criterio, está referido exclusivamente a aquellos casos en los que se observa una situación que “... no puede resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo...” entendió que el precepto legal no está dirigido a solucionar problemas de interpretación sino a proveer instrumentos para afrontar el problema de lagunas normativas.

El mismo autor afirmó que el art. 11 contiene una fórmula similar a la del Código Civil, en cuanto refiere en primer término, a las normas que rigen “el contrato de trabajo” y las leyes análogas. Luego, si una situación no puede resolverse de tal modo, “se decidirá conforme a los principios de justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y buena fe”.

Vinculado al artículo en estudio, se encuentra una antigua conceptualización respecto que funciona cuando el ordenamiento jurídico positivo no puede dar solución a un supuesto fáctico especial o, en todo caso, cuando la prevista es inconveniente o injusta. Es posible inferir que en los hechos, sólo en esta última hipótesis podría aplicarse el principio de equidad, que precisamente requiere la existencia de una norma positiva que debe ser atenuada o rectificada en función del caso concreto.⁴³

Los juristas han advertido sobre la necesidad de no confundir la integración del ordenamiento normativo mediante los criterios contenidos

⁴² LÓPEZ, Justo, op cit. p. 90.

⁴³ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Ley de contrato de Trabajo comentada y concordada*, 1ª ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005 TI, p. 175.

en el artículo 11 de la LCT con los supuestos de aplicación supletoria del derecho común o de otras leyes generales no laborales y esto así, porque la norma no fue elaborada para el caso concreto por el juez, sino que ya se encontraba en el ordenamiento jurídico.

Merece atención la circunstancia en torno a un determinado conflicto que no puede “resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo (cualquiera sea su fuente: estatal, convencional colectiva, privada, usos y costumbres), el artículo 11 de la LCT remite en primer término a las leyes análogas.

Con fundadas razones se ha escrito que la significación de este mandato, es que para integrar un vacío normativo, el operador jurídico debe desplegar un proceso lógico tendiente a detectar una norma, que, más allá de no haber sido específicamente contemplada para el caso, cuente con una serie de rasgos suficientes que permitan su aplicación.

Por cierto que ello no implica simplemente adoptar una solución que le corresponde a otro caso, sino que impone detectar el principio general en virtud del cual se explica la situación fáctica no regulada y, posteriormente determinar si el principio que ilumina la norma que se pretende análoga cuenta con suficientes similitudes como para justificar su aplicación.

Dado el caso entonces, se extienden los principios extraídos de una ley a un caso cuya divergencia con los comprendidos en ella no es esencial, sino que, por el contrario, presenta rasgos comunes que tornan admisible la solución. Y se aclara que no debe confundirse la analogía con la interpretación extensiva que supone la evaluación de la finalidad o sentido de una norma (*ratio legis*) para aplicarla a una situación que se encontraba prevista, más allá de que su literalidad pudo haber llevado a considerar que no lo estaba.

Existe por cierto advertencia de que la analogía es un proceso delicado que debe ser examinado con atención suficiente, tanto más cuando el principio legal cuya aplicación se pretende extender, resulta de carácter restrictivo tal como ocurre en caso en los que se sancionan conductas.

Otro límite a la analogía se encuentra contemplado por el artículo 16 de la LCT que prohíbe esta posibilidad en relación a los convenios colectivos de trabajo.

Se expone a continuación una muestra demostrativa del presupuesto de indeterminación del derecho:

1.- La Corte ha dicho por ejemplo, que ciertas normas laborales suelen ser el resultado de compromiso entre puntos de vista opuestos y encontrados debates que preceden a su sanción, circunstancia que se traduce en dificultades de interpretación de su texto y que torna necesario recurrir a su historia legislativa y a los objetivos generales perseguidos por el legislador.⁴⁴

La directiva interpretativa parece ser indagar en torno a la voluntad del legislador, pero no puede perderse de vista el enfoque valorativo que en el caso queda formulado.

2.- La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo sentenció que los contratos deben interpretarse de acuerdo con la que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, por lo que en el caso de actos jurídicos complejos, la conducta asumida por los trabajadores puede ser valorada como pauta interpretativa de los alcances del acuerdo.⁴⁵

Del texto puede inferirse que es necesario un estudio analítico de las palabras del acuerdo, pero también emerge el imperativo de efectuar una especial valoración de la conducta de los trabajadores.

3.- Otra Sala de la misma CNAT resolvió que los diferentes institutos laborales establecidos en beneficio del trabajador no se contraponen sino que deben ser armonizados conforme a una interpretación adecuada del principio protectorio.⁴⁶

Es fácil inferir que la alusión interpretativa con la palabra *adecuada*, deja un marco de penumbra notable, o libre ámbito a la valoración del intérprete.

⁴⁴ CS, abril 10/990- Juárez Rubén Faustino y otro c. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social: DT, 1990-A, 1170

⁴⁵ CNAT, Sala IV, setiembre 11-992- Smith, Rubén u otro c. Bodegas y Viñedos Giol S.E.I.: DT, 1993-A, 195

⁴⁶ CNAT, Sala I, febrero 28-989- Sassi Susana E. c/ SADAIC: DT, 1990-A, 221

5) LÍMITE O ALCANCE DEL PRINCIPIO JURÍDICO. ¿HASTA DÓNDE LLEGA EL PJ? ¿EN QUÉ CASOS ES INSUFICIENTE EL PJ, ES DECIR, SE RECONOCEN LÍMITES (NORMATIVOS, DOCTRINARIOS, LÓGICOS)? ¿EN QUÉ ÁMBITOS JURÍDICOS (INSTITUCIONES, MATERIAS O HECHOS) NO SE PUEDE APLICAR EL PJ?

A esta altura es conveniente retomar la noción inicial donde se identificara al Principio protectorio como piedra basal del derecho del trabajo.

Reiterar que la construcción normativa del artículo 14 bis al enunciar que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, erigió dicha prescripción en un principio jurídico identificado desde entonces en todo el sistema jurídico argentino como el principio protectorio.

En relación a dicho principio jurídico se ha sostenido que es el que se origina al amparo de situaciones de hecho, no coyunturales y a largo plazo; y de consideraciones morales traducidas en la idea de igualdad y garantía mínima de protección del ser humano.⁴⁷

Ya desde muy antiguo y en un plano sustantivo, Krotoschin (1947) afirmó que el derecho del trabajo, aunque quizás no haya producido métodos típicos de interpretación, ha sido y sigue siendo el que dirige cierto movimiento interpretativo tendiente a introducir o profundizar en el derecho positivo la ida de la solidaridad social. Se trata de aquella tendencia general que propende a igualar siempre más las condiciones de la lucha por el derecho en las que se encuentra el económicamente débil con el dador de trabajo.⁴⁸

Desde entonces hay un amplio reconocimiento en la doctrina laboral respecto de la entidad, el peso y alcance interpretativo que este principio representa para el sistema jurídico argentino.

No obstante lo explicitado, la coherencia conlleva dar cuenta que este principio enancado en la Constitución Nacional y por tanto, considerado como un principio constitucional, no debiera actuar de manera arbitraria ni irrazonable dentro del mencionado sistema.

⁴⁷ PIÑA, María del Carmen, *La condición laboral y el principio protectorio*. Lerner Editora S.R.L. Córdoba, 2007, p. 62.

⁴⁸ KROTOSCHIN, Ernesto, *Instituciones del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires 1968.

Es posible verificar, con alguna frecuencia, la colisión que existe en casos en que entran en tensión con otros principios, tales como el de seguridad jurídica, el economicista, entre otros.

Concerniente a lo expuesto, vale referir la doctrina en cuanto ha dicho que entre la autoridad del empresario (o los derechos fundamentales que la sostienen), y los derechos fundamentales del trabajador, debe buscarse un equilibrio que permita el normal desenvolvimiento de la relación laboral. Que obviamente eso supone que el trabajador no deje de ser considerado persona, con la excusa que la empresa es el área de autoridad del empleador, ni que la autoridad de éste se diluya por concederle a los derechos fundamentales del trabajador, contenidos que no tienen. Ello significa, que en aquellos supuesto en los que ambas partes se atribuyan, para justificar sus proceder, derechos fundamentales, habrá que realizar una ponderación de los mismos, método que impide establecer rangos fijos en los que unos derechos pospongan de antemano y en todos los casos a otros de la misma naturaleza (fundamentales).

Esta doctrina enfatiza en una situación ya analizada, en cuanto se ha hecho referencia al despido discriminatorio y emergente de él, la sanción de nulidad, la readmisión del trabajador y la libertad de contratar del empleador. Todo ello surgido a partir de la consideración del trabajador como sujeto de preferente tutela constitucional por la CSJN a partir de los casos “Vizzoti” y “Aquino”.

En la interpretación atribuida a la tutela constitucional preferente del trabajador, intención de la Corte es que el trabajador ha preocupado especialmente al constituyente y que, por eso, se han incorporado al texto constitucional varios derechos laborales.

La conclusión es que la intención no supone haberle acordado preferencia alguna a los derechos fundamentales de los trabajadores sobre otros derechos fundamentales. Y agrega, que si esa ha sido la intención, la frase en cuestión no tendrá ninguna incidencia en los casos donde se debata el alcance de los derechos fundamentales que avalen las pretensiones del trabajador y empleador, es decir, los supuestos de concurrencia de esos derechos.

Explica que no supone haberle acordado ninguna preferencia a los derechos fundamentales de los trabajadores sobre otros derechos fundamentales. Y concluye en que si aquello es lo que se quiso significar, lo mismo podría afirmarse respecto a los consumidores y usuarios de bienes

y servicios, (art. 42 de la constitución), de los pueblos indígenas (art. 75 inc. 17), de los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad (art. 75 inc., 23).⁴⁹

Es razonable colegir que cuando se habla de derechos fundamentales, existe la directa alusión a un principio respaldatorio y que éste a su vez implica la contracara de uno o más valores. En ese caso, no es superior la entidad de los atinentes al trabajador en relación a otros también considerados fundamentales.

La doctrina también alude a un cambio sustancial que se produce en cuanto a otro modo de entender por tutela preferente a una preferencia de los derechos fundamentales del trabajador sobre otros, y más concretamente sobre derechos fundamentales que pudieran ser alegados por el empleador.

Se ha dicho que se trataría de una aplicación sui géneris de la teoría de las libertades preferidas (*preferred freedoms*) o derechos preferidos (*preferred rights*), conforme la jurisprudencia norteamericana y que en Argentina reconoce algunos antecedentes.

Ha concluido dicho análisis en el sentido de que la preferencia estaría dada no por el derecho en sí, sino por el sujeto que lo invoca y de ese modo, conllevaría a una jerarquización a priori de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales en beneficio del trabajador.⁵⁰

La fuente doctrinaria analizada disiente con la idea de jerarquización a priori de los derechos fundamentales en general y los del trabajador en particular.

Las razones esgrimidas han sido que lo que la Corte quiso expresar es que los trabajadores han sido motivo de preocupación espacial para el constituyente y que por esta razón merecen una protección de la ley, conforme la prescripción que emerge del art. 14 bis.

Han puesto énfasis en que tanto en los fallos “Vizzotti” como en “Aquino” la materia debatida fue la constitucionalidad de normas legales que debieron ajustarse al mandato constitucional de tutela del trabajador.

⁴⁹ RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, Fuentes del derecho del trabajo, 2, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2013, pp. 360, 361

⁵⁰ RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, op. cit., p. 362.

Se ha sostenido que la consideración de la Corte apuntó más bien a recordar los límites que tiene el legislador al momento de reglamentar los derechos que el art. 14 bis explicita y no a erigir esos derechos por encima de otros derechos constitucionales.

Consideraciones finales

A esta altura de la exposición es posible afirmar que se ha quedado probada la hipótesis postulada al inicio. Ello así, en sentido que el ámbito de la Interpretación a partir de Principios en el Derecho Laboral, exhibe una imagen poco favorecida, si la pretensión es predicar el presupuesto de claridad o predecir con mediana certeza algún criterio de identificación de sus postulados.

Un aspecto a resaltar, es el abanico que exhibe la notable pluralidad terminológica. Ello no sólo implica una penosa muestra -muchas veces anárquica y otras veces controversial- sino dificultad de sistematización en caso que se buscara emprender esa tarea.

También surge elocuente la equivocidad con que los vocablos son empleados. Mientras es indudable que la doctrina laboral ha sido prolifera en identificar como principios a ciertas normas a partir de normas sociales, morales y construcciones de los juristas - pese a este relevamiento- también es posible constatar que no ha sido productivo el intento de demostrar los criterios por los que se identifica a las normas como un principio o como una regla.

En cuanto al uso del término y del procedimiento en los niveles mencionados, se ha verificado que la noción es multívoca. Que existen áreas de penumbra para su identificación. Que la construcción del sistema jurídico laboral, varía sustancialmente según cuál sea el criterio predominante al momento del acto interpretativo y la corriente doctrinaria o mera ideología a la que el intérprete adscriba.

Ha quedado expuesto que el extenso y variado catálogo de principios, cuyo contenido suele depender de decisiones no siempre explicadas por sus autores, incluye categorías heterogéneas de instrumentos jurídicos que en la gran mayoría de los casos, resulta difícil y complejo su agrupamiento bajo una común denominación de principios, agravado todo ello por el concepto que en forma implícita o explícita haya adoptado su autor.

Mayor complejidad se observa al detectar que no es posible la identificación del material normativo bajo la tipología de Principios del Derecho del Trabajo y por tanto, la identificación, reconstrucción o interpretación del sistema jurídico laboral puede variar, sustancialmente, conforme la visión, aptitud o ideología que ostente el intérprete en la tarea concreta que emprenda.

No se advierte preocupación por este ámbito; como si resultara obvio que se trata de un espacio que no requiere compromiso metodológico.

Es cierto que indagar cuáles son las ideas esenciales sobre las que se construye un ordenamiento, termina siendo un quehacer más propio de filósofos que de juristas, aunque no parece que tenga mucho sentido sostener que uno de los principios es el esencial o el verdadero. No obstante los juristas no pueden renunciar a conocer estos principios y no tanto por un afán intelectual de profundizar en los “cimientos” sobre los que se construye la disciplina a la que se dedican, sino que constituye un problema jurídico de primer orden; problema del que se derivan importantes efectos prácticos que todo profesional del derecho está obligado a conocer.

En su labor, los juristas de la disciplina laboral adicionan distintos criterios respecto a las funciones que asignan a los principios del Derecho del Trabajo y de este modo se observan dispares actitudes morales ante el derecho.

Más aún, se ha procurado en esta elaboración, exhibir las muestras de fuerte confrontación respecto a la existencia o inexistencia de determinadas nociones y la atribución de entidad que las mismas revisten, que discurren en el ámbito de la dogmática, tal el caso de los denominados: principio de progresividad y principio de trabajo decente.

También se ha verificado que algunos principios están privados de formulación, lo que significa que habitualmente aparecen mencionados pero no formulados; que se los conoce por su nombre, pero no traslucen una concisa formulación normativa, ya que eso que se denomina principio, no es una norma particular sino una “doctrina”, como el caso de la doctrina de la justicia social.

Es por cierto traslúcido el impacto de ambigüedad y vaguedad que estos conceptos jurídicos traen aparejado. Y se descubre un ámbito de indeterminación del derecho que conlleva a serias dificultades en la etapa interpretativa.

En este trabajo, se ha explicitado el concepto de la interpretación según los principios jurídicos en primer término a nivel normativo.

Al dar cuenta de la denominación expresada, emerge el contenido de los artículos 9° y 11° de la LCT donde se refiere en forma expresa al modo en que se deben resolver los casos de duda en la etapa interpretativa y la atinente al supuesto en que existieren lagunas.

Cuando se alude a una interpretación sistémica, ella parte del supuesto de que el derecho del trabajo está estructurado bajo el paradigma protectorio. Y en esta instancia es útil resaltar que en ocasiones, existe confusión en lo que concierne a identificar el método de interpretación empleado.

En general, como resultado de la indagación, se identifican de modo paradigmático, los métodos teleológicos o finalista y en oportunidades se los vincula con uno meramente deductivo, cuando se trata de un principio constitucional, como el caso del art. 14 bis del cual emerge el principio protectorio.

La determinación del límite a la tarea interpretativa aparece como una arista de suma importancia. Ello implica una referencia al contexto, cuando el uso de los principios como pautas de interpretación del derecho no es más utilizable, esto es, cuando ya, o no es útil, o hay imposibilidad o prohibición legal o jurídica de utilizar esa metodología.

La referencia estaría dada por una norma expresa, taxativa que puede ser prohibitiva u obligatoria, frente a un principio general que habilitaría a darle una extensión más grande o a sortear la prohibición o a sortear la obligación.

Es necesario también observar cuál es el límite respecto al texto de la ley, esto es, si el texto de la ley limita o no limita en relación al tema de los principios.

Vinculado a este espacio, la doctrina se ha manifestado en alusión a la función informadora de los principios, en cuanto la noción implica que los principios del Derecho del Trabajo inspiran y otorgan fundamento a los legisladores para la creación de nuevas normas que deben adecuarse al marco de un sistema dado.

A partir de esta lógica, una norma contraria a los principios, del modelo que proliferaron en Argentina en los años 90, generando tensión en el sistema, se decidió en casos por declaración de inconstitucionalidad y para ese supuesto, se produjo una ráfaga de fallos dictados por la Corte

Suprema de Justicia de la Nación que rompió la estructura de la Ley de Riesgos del Trabajo (24557).

La constatación jurisprudencial antes aludida, puso de resalto el límite que las normas laborales, en su caso, de prohibición o de obligación adquieren al contradecir un principio del sistema jurídico laboral.

Nótese que a más de invalidar la norma que se opone al contenido principialista, esto es, al valor que expone la contractara del principio, se alude a una interpretación sistémica, considerando que los principios marcan el cerco del espacio laboral. Así al menos aparece expresado, reiterativamente, en criterios doctrinales y jurisprudenciales.

Lo que resulta claro es que la mayoría de los principios son normas teleológicas, y esas se distinguen de las reglas de conducta por el hecho que no prescriben un comportamiento determinado, sino recomiendan un fin a conseguir o realizar, los destinatarios pueden elegir entre una pluralidad de comportamientos alternativos, tantos cuanto son los medios empleados para conseguir el fin prescripto.

Esta exposición sin embargo, sólo luce con alguna efectividad en una labor de esta índole. Por el contrario, frente a normas laborales de claridad meridiana, se detectan pronunciamientos judiciales que las expulsan del sistema, utilizando una hermenéutica que permite la justificación de la propia ideología del intérprete y la construcción del argumento interpretativo se formula, bajo el pretexto de que no resultan compatibles con el fin común de la tarea legislativa y judicial.

Es cierto que al ser múltiples las funciones que cumplen los principios del Derecho del Trabajo, se constituyen en una imprescindible herramienta para la interpretación y progreso del derecho. Ahora bien, es buena la advertencia que formulara García Martínez (1987) en cuanto a que para su tratamiento deben tenerse en cuenta dos limitaciones: la primera es que no debe pedírsele más de lo que en realidad pueden dar, no se debe abusar de ellos como panacea universal para resolver todos los problemas que se presentan. Y la segunda, es manejarse con verdaderos principios generales del derecho del trabajo y no involucrar en ellos otros axiomas o ficciones legales, lo que puede llevar a verdaderas confusiones.

En otro orden, es interesante analizar en términos comparativos, que el nuevo artículo 2 del CCC, utiliza las dos variables interpretativas, o dos métodos; el de los valores y el de los principios jurídicos, por lo cual una primera aproximación semántica (método literal) estaría imponiendo

una distinción entre uno y otro o debería imponerse, esa es una cuestión que está abierta al ámbito de la indagación.

Para ello, cabe recordar que al intento de esclarecimiento al interrogante sobre si existe vinculación entre los principios y los valores, una primera aproximación es la ambigüedad de la que ambos conceptos adolecen.

En otro orden hay cierta evidencia en el hecho de que los principios y los valores están estrechamente vinculados entre sí en un doble sentido; por una parte, de la misma forma que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores; y por otro lado resulta posible afirmar que el cumplimiento gradual de los principios, tiene su equivalente en la realización gradual de los valores.

Hay sobre el punto desarrollos teóricos que han clarificado el tema en cuestión. Así se ha establecido que los principios son mandatos de un determinado tipo, es decir mandatos de optimización. En tanto mandatos, pertenecen al ámbito deontológico. Los valores en cambio, tienen que ser incluidos en el nivel axiológico. Los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente, pero ellos son esencialmente iguales en lo que respecta a su estructura.⁵¹

Principios y valores son por lo tanto lo mismo ha sostenido Alexy, contemplado en un caso bajo el aspecto deontológico y en otro caso, bajo un aspecto axiológico. Y esto demuestra con claridad, que el problema de las relaciones de prioridad entre principios se corresponde con el problema de una jerarquía de valores.

A nivel del derecho laboral se entiende que es lo mismo, es decir, no se verifica que hubiera diferencia o que se identificaran como dos métodos de interpretación distintos.

Otra de las cuestiones a resaltar en el ámbito de la Dogmática laboral es el procedimiento de interpretación teleológico o finalista. Existe una confusión entre dos métodos de interpretación, el de los principios que se confunde con el finalista y en definitiva, es válido que esa sea la conclusión.

Esta última afirmación se condice con que el argumento teleológico (del griego *télos*, finalidad), utilizado en el proceso interpretativo consiste

⁵¹ ALEXY, Robert (1993) Derecho y Razón Práctica, México, Editorial Distribuciones Fontamara, S.A. A. 1993, p. 16.

en atender al “espíritu”, “finalidad”, “objetivos”, etc., de la ley, a la hora de determinar el significado de sus disposiciones.

Se suele entender este “espíritu”, “objetivos”, “propósito” o “finalidad” en términos objetivos, esto es, como el propósito o finalidad de la ley, y no del legislador o autoridad concreta que dictó la disposición.

Este argumento es uno de los que más claramente dan lugar a un interpretación correctora: usualmente, se recurre al argumento teleológico para interpretar una disposición en términos distintos a los que resultan de una estricta interpretación literal, aduciendo que dicha interpretación correctora se ajusta mejor al “espíritu de la ley” y esta interpretación correctora puede ser restrictiva o extensiva.⁵²

En lo que vincula a la doctrina sobre este punto, hay evidencia manifiesta respecto a que el ámbito no ha sido lo suficientemente elaborado y se presentan dificultades al momento de compatibilizar criterios. Ello principalmente, por hiperdesarrollos que han exacerbado, sin herramientas idóneas (provenientes de la Teoría General del Derecho) el área bajo análisis.

Atinente a la jurisprudencia, hay consenso en que pese a ciertos despliegues hermenéuticos, la directriz tiende a utilizar el método finalista omnicomprendivo de los valores que a su turno hace prevalecer el intérprete.

Se reconoce que desde antaño, los juristas se han servido con fines diversos de instrumentos heterogéneos, pero al mismo tiempo relacionados entre sí por un indudable parecido de familia. Nociones como las que aparecen expresadas por términos como “principio”, “regula iuris”, “dignitas”, “máxima”, “brocardo”, “topos” o “tópico”, “aforismo”, “adagio”, “paremia” y también “valor” han aparecido y lo siguen haciendo de modo recurrente entre los argumentos esgrimidos por los juristas en sus actividades legislativas, jurisdiccionales o dogmáticas.

Existe la confirmación de que este tipo de estándares encuentran obstáculos para su acomodo en un esquema tradicional y positivista del derecho por, al menos dos motivos: su estructura abierta y su discutible juridicidad.

⁵² MARTINEZ ZORRILLA, David, Metodología jurídica y argumentación, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 72.

Estas dos cuestiones y su confusión permanecen vigentes y constituyen el centro del actual debate de los principios en el derecho.⁵³

El ámbito de la interpretación según principios en la Dogmática laboral está por cierto fuertemente inmerso dentro de la confirmación precedente.

Sería posible a esta altura y sobre esto último, postular que es una zona afectada por el caos. No obstante y en aras de continuar la indagación, es posible sostener que el caos es un orden aún sin descifrar.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, Mario E. (Director) Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005.

ALEXY, Robert, El concepto y la validez del derecho, Gedisa, Barcelona, 2008.

_____ El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Serie Justicia y Derechos Humanos: Neoconstitucionalismo y Sociedad, Editor Miguel Carbonell, Quito, Ecuador, 2008.

ALTAMIRA GIGENA, Raúl E. (Director) Ley de contrato de trabajo Comentada y concordada, Errepar S.A., Tomo I, Buenos Aires, 2010.

ARESE, Cesar, Principiología laboral de la Corte Suprema, en Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Actualidad N° 2008-2

AZAR, Aldo Y Otros, Propuestas de Metodología Jurídica, Córdoba, Advocatus, 2002.

BARASSI, Luodovico, Tratado de Derecho del Trabajo, Alfa, Buenos Aires, 1953.

CARRIÓ, Genaro, Principios jurídicos y Positivismo jurídico, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970.

COMANDUCCI, Paolo, Principios Jurídicos e indeterminación del derecho, Doxa n° 21, 1998.

ETALA, Carlos Alberto, Interpretación y aplicación de las normas laborales, Astrea, Buenos Aires, 2004.

⁵³ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, Principios y positivismo jurídico, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 41.

- ESTUDIOS SOBRE DERECHO INDIVIDUAL DE TRABAJO EN HOMENAJE AL PROF. MARIO DEVEALI, Ed. Claridad, Buenos Aires, 1979.
- GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, Los principios generales del derecho del trabajo y sus funciones, DT, 1987-A-811.
- GIBOURG, Ricardo A., La interpretación del derecho desde el punto de vista analítico, En Anuario de Filosofía Jurídica y Social N°9, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- GRISOLÍA, Julio Armando, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lexis Nexis, Depalma, Buenos Aires.
- GUASTINI, Riccardo. Estudios sobre la interpretación jurídica. Instituto de Investigaciones Jurídicas N° 7, (traducción de Marina Gascón-Miguel Carbonell) UNAM, México, 1999. "Los principios en el derecho positivo" en Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho, Gedisa, Barcelona, 1999.
- FERNÁNDEZ, Madrid, Juan Carlos, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Fondo Editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires, 1989.
- HUECK Alfred- Nipperdey H. C., Compendio de Derecho del Trabajo, Revista del Derecho Privado, Madrid, 1963.
- KROTOSCHIN, Ernesto, Instituciones de derecho del trabajo, Buenos Aires, 1953.
- LARENZ, Karl; Metodología de la ciencia del derecho, Ariel, Barcelona, 1994.
- LÓPEZ Justo, CENTENO Norberto O., FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, Ley de Contrato de Trabajo Comentada, tomo I, Ediciones de Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1977.
- M. Cristina ÁLVAREZ MAGLIANO, Mario FERA El Derecho del Trabajo según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.
- MAZA, Miguel Ángel, Ley de Contrato de Trabajo comentada, La Ley, 2º Edición, Buenos Aires, 2008.
- PLA RODRÍGUEZ, Américo, Los Principios del Derecho del Trabajo, 2º edición actualizada Depalma, 1978.
- PIÑA, María Del Carmen "La condición laboral y el Principio Protectorio". Ed. Lerner 2007.
- PRIETO, Sanchis, Luis, Sobre principios y normas, Problemas del razonamiento jurídico, Cuadernos y Debates, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1992.

- RAMÍREZ BOSCO, L. Para una introducción al Derecho del Trabajo, Universidad, Buenos Aires, 2000.
- _____ “Los principios del Derecho del Trabajo”, Revista Derecho del Trabajo XLIII-A, 637.
- REALE Miguel Leções preliminares de direito Edit. Saraiva, Sao Paulo, 1999.
- RODRÍGUEZ, Mancini, Jorge, Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social, Ed. Astrea, 4 edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2000.
- _____ Fuentes del derecho del trabajo, Ed. Astrea.
- TOSTO, Gabriel, Principios y reglas en el contrato de trabajo y en el derecho colectivo del trabajo. Nuevo enfoque jurídico, Córdoba, 2007.
- VAZQUEZ VIALARD, Antonio, Derecho del trabajo y seguridad social, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, (Traducción de Arantxa Azurza), Editorial Civitas S.A, Madrid, España, 1993.

NUEVAS REGLAS REFERIDAS AL RÉGIMEN DE CAPACIDAD PROGRESIVA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES¹

María Del Carmen Cerutti² - María Cristina Plovanich³

Resumen: El tema central del presente trabajo, *Nuevas reglas referidas al régimen de capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes*, es un aspecto de la *capacidad de ejercicio en el que se encuentran importantes innovaciones en el CCyC*. En esta área subyace una nueva concepción que parte de los principios constitucionales de dignidad, igualdad, no discriminación, que si bien siempre estuvieron presentes en el sistema jurídico argentino, se vieron robustecidos luego de la reforma constitucional de 1994, Art 75 inc. 22, y la recepción entre otros de la Convención sobre los Derechos del Niño; Convención Internacional sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (100 Reglas de Brasilia). En consecuencia sostenemos que la capacidad de ejercicio reconoce raíz constitucional, y por ello todas las personas están facultadas a realizar todo aquello que la ley no prohíbe.

Palabras Claves: Menores - Niños, Niñas y Adolescentes – Capacidad progresiva - Ejercicio de derechos - Derecho vigente.

1. EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

Nos proponemos con este proyecto realizar un análisis de la capacidad de ejercicio de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA), a partir del principio de la capacidad progresiva, como es entendida por

¹ Artículo recibido 12/06/2017 – Aprobado para su publicación 22/08/2017.

² Profesora Titular de la Cátedra “C” de Derecho Privado I. Facultad de Derecho UNC. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales.

³ Profesora Adjunta de la Cátedra “C” de Derecho Privado I. Facultad de Derecho UNC. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales.

la abundante doctrina de los últimos años. El Código de Vélez Sársfield clasificaba a los menores en: *menores impúberes*, desde el nacimiento y hasta los 14 años (art.54) como incapaces absolutos de hecho y *menores adultos*, desde los 14 años hasta la mayoría de edad (art.55) como incapaces relativos de hecho. Esta clasificación pierde vigencia a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial unificado, que se refiere a Persona menor de edad (Capítulo 2, Sección 2º, Libro Primero), a quien no ha cumplido dieciocho (18) años y denomina menor adolescente a quien ha cumplido trece (13) años (art. 25). El art. 26 del CCyC establece los actos permitidos en el ejercicio de los derechos por las personas menores de edad, sea por sí o por medio de sus representantes.

En este sentido, el objetivo es describir y analizar los nuevos derechos que los menores pueden ejercer conforme al art. 26 y los que surgen de leyes que integran el ordenamiento jurídico, esto es: ley 26.061, ley 26.529, ley 26.745, como así también la Constitución Nacional y los Tratados que forman el bloque de constitucionalidad, señalándose en cada caso cuáles requieren la actuación de representante y cuáles puede ejercer de modo autónomo, asimismo abordaremos las posturas asumida por la doctrinaria y jurisprudencia nacional.

2. NUEVAS EXPRESIONES LINGÜÍSTICAS UTILIZADAS EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL

Consideramos que el punto de partida era sensibilizarse con el uso de nuevas expresiones, en este sentido la legislación no utiliza el vocablo “menor”, que en cierto modo menor equivale a que es menos que otros, por eso en el CCyC encontramos la palabra “*menor de edad*” y de acuerdo a la ley 26.061 la expresión correcta es “niños, niñas y adolescentes”. También en vez de patria potestad, expresión ligada a la autoridad o poder de los padres, se cambia por “*responsabilidad parental*”, que prioriza los deberes de los progenitores, ya no hay sujeto activo y pasivo de manera lineal (padres – hijos), sino que son interactuantes, no es el tipo de familia vertical, sino horizontal. Asimismo, se modifican las expresiones “tenencia” y “régimen de visitas”, la primera se asocia a tener algo, los hijos no le pertenecen a los padres, los hijos se pertenecen a sí mismos, por ello el vocablo utilizado es “*cuidado personal*”, y la segunda se cambia por el término “*régimen comunicacional*”.

3. REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

En términos generales afirmamos que la regulación sobre la capacidad de la persona que determina el CCyC, representa un avance en cuanto respeta valores esenciales como la dignidad, libertad, autonomía, establece un piso mínimo de garantías que debe ser respetado en todo el territorio, en todas las jurisdicciones y evita desinteligencias, ya que las disposiciones que se incorporan armonizan con la normativa internacional y la legislación especial existente al respecto. Subyace una nueva concepción que parte de los principios constitucionales mencionados, que si bien siempre estuvieron presentes en el sistema jurídico argentino, se vieron robustecidos luego de la reforma constitucional de 1994, Art 75 inc. 22, y la recepción entre otros de la Convención sobre los Derechos del Niño; Convención Internacional sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (100 Reglas de Brasilia). A la par sostenemos que *“la efectividad del sistema depende de diversos factores: cambio cultural; difusión de la legislación entre la población; formación y capacitación de operadores, efectores jurídicos, y agentes que coadyuven; políticas de Estado, asignación de recursos económicos suficientes, perdurables, direccionados y fiscalizados en su aplicación y utilización”*⁴.

El punto de partida de nuestros análisis son los artículos 23, 24, 25 y 26, Capítulo 2, Secciones 1 y 2, Libro primero del CCyC y su armonización con la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico en el año 1989 por ley 23.849, elevada a jerarquía constitucional en 1994 y receptada a nivel interno por la ley 26.061 en el año 2005.

Destacamos que el primer paso es la “eliminación de la división de los menores de edad entre incapaces absolutos y relativos de hecho”. Si bien el artículo 25 establece que la mayoría de edad opera a los 18 años, prescribe franjas etáreas entre “los 13 a 16 años” y entre “los 16

⁴ PLOVANICH María Cristina: “Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana”. Ponencia presentada las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en Bahía Blanca.

y 18 años” respecto al ejercicio de determinados derechos referidos al cuidado del cuerpo.

No obstante lo expresado, se mantiene la incapacidad, lo cual ha merecido la crítica de algunos sectores doctrinarios⁵, por entender que es contradictorio con las disposiciones de los Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, ya que en éstos se consigna la capacidad como regla y la capacidad restringida para situaciones especiales, haciendo hincapié en las capacidades residuales de cada persona. La Comisión redactora opta por admitir la incapacidad, respetando la idea prevalente entre los doctrinarios de parte general que sostenían la conveniencia de mantener la categoría de la incapacidad⁶. Se la concibe como una forma de protección para quienes se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, tanto por no haber alcanzado madurez suficiente para la toma de ciertas decisiones o bien por poseer afecciones en su salud mental.

En cuanto a las limitaciones por razón de edad, el artículo 25 CCyC dispone que menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho (18) años. El Código denomina genéricamente “menores de edad” a todas las personas desde el nacimiento hasta los dieciocho años. A su vez, dentro de las personas menores de edad existen dos categorías: “niñas y niños” (o bien “niños”, llamados genéricamente), que van desde el nacimiento hasta los trece años cumplidos; y “adolescentes”, desde los trece años hasta la mayoría de edad a los dieciocho años. Por ello, al referirse a las personas menores de edad, el Código utiliza la denominación “niña, niño y adolescente” (o bien “niños y adolescentes”).

Se elimina la distinción entre menores impúberes y adultos, cuestión que avala la mayoría de la doctrina desde hace tiempo, “...*esta clasificación si bien clara en la teoría no posee significado práctico en nuestro derecho. No es cierto que los incapaces absolutos de hecho enunciados*

⁵ VILLAVERDE, María Silvia, Ejercicio de la capacidad jurídica: ¿Incapaces o personas con apoyo? El proyecto del código civil y comercial de la nación ante la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (ONU). Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año IV, Número 8, Septiembre 2012, La Ley, págs.151-157.

⁶ XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, San Miguel de Tucumán, 29, 30 de Septiembre y 1 de Octubre de 2011. . De este modo se pronunciaron las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en el despacho de la Comisión 1. Parte General, al tratar la incidencia de la ley 26.579 modificatoria de la mayoría de edad, en el punto 2 se propició: “Se conserve la terminología tradicional: capaces/incapaces.

*en el art. 54 lo sean respecto a todos los actos de la vida civil....Los incapaces absolutos de hecho realizan diariamente numerosos contratos, generalmente de escaso monto y con dinero de contado: adquisición de pasajes en transporte colectivo, entradas a cinematógrafos, canchas de fútbol, compras de mercadería de contado, etc....Por la falta de trascendencia práctica pensamos que está destinada a desaparecer de nuestra legislación*⁷. Así fue suprimida en el Proyecto de Reforma de 1936, de 1954, en el de Unificación de 1998, y del mismo modo lo hace el Proyecto de Código Civil Unificado 2012.

El ordenamiento jurídico prevé, según pautas de edad y madurez, que podrá haber actos que realicen por sí mismas bajo un régimen de asistencia y otros que podrán ejercer libremente en virtud de la capacidad de ejercicio que el Código le reconoce (artículo 26 y concs CCyC.). Se desprende del juego de estas normas un concepto de capacidad progresiva, que reconoce antecedentes en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley 26.061 Protección Integral de los Derecho de la Niñas, Niños y Adolescentes y la Ley 26.579 sobre mayoría de edad.

Ahora bien, no puede sostenerse que hasta los 13 años el menor de edad es un incapaz absoluto para ejercer derechos, porque el CC y C otorga capacidad para ejercer ciertos derechos, tal el caso de los artículos: 684.- Contratos de escasa cuantía, 679.- Juicio contra los progenitores, 1323.- Otorgar mandato a una persona incapaz, 1922.- Adquisición de poder, 30.- Persona menor de edad con título profesional habilitante. Estas facultades que otorga, el nuevo Código Civil y Comercial, al menor de edad, no difiere del Código Civil derogado, que también las reconocía, con excepción de los contratos de escasa cuantía. Bajo estos mismos lineamientos se encuentra regulado, la realización de trabajo artístico infantil, conforme lo dispuesto por el artículo 8 del Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Edad Mínima de Admisión al Empleo, ratificado por nuestro país, como así también la participación de niños, niñas y adolescentes en programas televisivos, de acuerdo a la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, que no permite la participación de los menores de edad de 12 años, en programas que

⁷ LLOVERAS, María Emilia, “Capacidad e Incapacidad. Capítulo VII” en Lecciones de Derecho Civil, Ed. Advocatus, Córdoba, 1990, p. 128.

se emitan entre las 22 y las 8hs, salvo que hayan sido grabados fuera de ese horario.

3.1. Capacidad y derecho del niño a ser oído

El enfoque que abordaremos para analizar el ejercicio de los derechos de los niños y niñas, es decir “hasta la edad de 13 años” es el *derecho del niño a ser oído y participar en todo proceso donde se traten asuntos que le conciernen*, lo que se conoce como el principio de capacidad progresiva, legislado en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Entendemos que la *capacidad progresiva es un concepto relativo y corresponde a una aptitud de progreso o avance continuo, que procura el ejercicio de derechos y dar cumplimiento a obligaciones, condicionado por el proceso evolutivo de la persona que desarrolla sus potencialidades antes de alcanzar la mayoría de edad*. Paralelamente a la capacidad progresiva, analizamos la idea de *competencia como: la capacidad para comprender la situación a la que la persona se enfrenta, los valores que están en juego y los cursos de acción posibles con las consecuencias previsibles de cada uno de los actos, para poder en consecuencia tomar, expresar y defender una decisión coherente con su propio proyecto de vida y escalas de valores*.

La CDN en los artículos 5 y 12, recoge el principio de capacidad o autonomía progresiva para el ejercicio de los derechos de conformidad con la evolución de sus facultades, a través de pautas flexibles. Destacados doctrinarios sostienen⁸, una cosa es tener capacidad para realizar actos jurídicos y otra autonomía- competencia -conforme a su madurez y comprensión. En general la doctrina coincide con este pensamiento aunque hay desacuerdos en el empleo de la expresión “*competencia*”, así Rivera considera más apropiado referirse a “*autonomía*”⁹.

Consideramos que el entendimiento en la esfera de los derechos personalísimos puede ser diferente al desarrollado respecto las cuestiones

⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, El derecho del menor a su propio cuerpo, en Borda, Guillermo A. (director), La persona humana, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 249.

⁹ Esta formulación fue realizada en el seno de la Comisión N° 1 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2011.

patrimoniales, pues puede comprenderse con más facilidad aquello que es parte de la historia de vida, de los afectos, el dolor, la angustia, la salud, todas cuestiones estas últimas, que nos permiten conocer con mayor certidumbre cuál es la voluntad del niño o niña, para adoptar una decisión que hace a la esfera de su dignidad personal. El cambio socio-cultural producido en la familia y en la sociedad por el respeto a los derechos humanos de cada uno de los integrantes, en general, hace posible el respeto de las opiniones de esta franja etárea, si bien no podemos decir que lo sea de modo uniforme y en todos los casos.

Distinto es en los actos patrimoniales ya que se encontrarían afectados intereses de terceros. La doctrina mayoritaria pareciera inclinarse por considerar que hay diferencias importantes, en especial porque, reiteramos, en el ámbito patrimonial pueden resultar afectados derechos de terceros, por eso no es lo mismo que el niño sea oído para decidir la venta de un bien, afianzar una obligación, tomar un crédito, que para decidir acerca de un derecho personalísimo como por ejemplo lo relativo al cuidado personal o régimen de comunicacional en el caso de padres divorciados o no convivientes.

En el campo patrimonial la complejidad de los actos puede requerir información previa a la toma de decisión que a veces resulta difícil obtener, hasta puede ser retaceada por la otra parte, y además exige comprender y analizar variables económicas, financieras, prudencia y reflexión que pueden no haberse alcanzado.

En conclusión, como contrapartida de la incapacidad de ejercicio emanada del artículo 24 inc. b), las personas que cuenten con la edad y grado de madurez suficiente podrán ejercer por sí aquellos actos de acuerdo a los términos que les sean permitidos por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos (artículo 639 inc. b). Incluso, habiendo conflicto de intereses con sus representantes legales, los hijos podrán intervenir por derecho propio y con asistencia letrada, sin perjuicio de los demás supuestos específicos donde también se les reconoce expresamente su actuación con asistencia letrada (artículos 109 inc. a, CCyC) derecho a conocer los orígenes (artículo 596 CCyC), la declaración judicial de la situación de adaptabilidad (artículo 608 inc. a CCyC), juicio de adopción (artículo 617 inc. a CCyC), reclamo de alimentos (artículo 661 inc. b CCyC), régimen de disposición y administración de bienes intervenir de

modo conjunto con los progenitores o autónomo con asistencia letrada (artículo 677 CCyC), iniciar acción civil contra un 3° (artículo 678 CCyC) y juicio contra los progenitores (artículo 679 CCyC)

El artículo 26, 2do y 3er párrafo del CC y C es la norma que regula en forma general el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta por el juez conforme a su grado de madurez y desarrollo, en tanto las normas específicas se ubican en su gran mayoría en el Libro Segundo, Título VII y VIII, referidos a Responsabilidad Parental y Procesos de Familia (artículos 679, 690, 697, 707), asimismo también los artículos 5, 64 y 66 de la ley 26.743 de Identidad de Género y artículo 2, inc e de la ley 26529 y 26742 de Derechos del Paciente.

De lo expuesto precedentemente, se advierte que la mayoría de las cuestiones giran en torno a la capacidad del niño o niña. En este sentido, consideramos que el derecho a ser oído y que la opinión del niño sea tenida en cuenta por el juez, “conforme al grado de madurez y desarrollo”, es una expresión utilizada en las normas, pero de textura abierta por ello afirmamos que el grado de madurez y desarrollo, no puede establecerse en orden a la edad.

En este punto, nos surgieron distintos interrogantes ¿quién y cómo se determina que ese menor cuenta con madurez suficiente? ¿Debe hacerse a través de una prueba anticipada o un incidente previo de determinación de madurez? ¿Quién debe determinar la existencia de dicha madurez: el equipo interdisciplinario en materia de salud mental o el equipo multidisciplinario establecido entre los principios del derecho de familia? Consideramos que es el juez quien debe tomar conocimiento del conflicto, tiene que conocer y escuchar al menor, a sus representantes y a las otras partes para evaluar su grado de desarrollo y madurez.

El nuevo diseño familiar pone en evidencia que el proceso civil necesita reformularse. Debe abandonar ya el sistema escrito (en el cual no se conoce al menor, ni a las otras partes) para dejar paso a otro por audiencias e inmediatez¹⁰.

En consecuencia a continuación desarrollamos lo que la doctrina entiende por capacidad procesal y algunas sentencias judiciales que nos

¹⁰ Conf. VERDAGUER, Alejandro C. “La representación de los menores en el proceso, particularmente en la instancia recursiva”, en Revista de Derecho Procesal, 2016-1, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2016; p. 274.

permiten extraer pautas que el juzgador considera pertinentes para otorgarle al menor participación activa en un proceso.

3.1.1. Capacidad procesal¹¹

En este marco, el nuevo *derecho del niño a ser oído y participar en todo proceso donde se traten asuntos que le conciernen*, ha traído aparejado algunos inconvenientes. Ellos están vinculados a la posibilidad del niño, niña a ser “parte” en cualquier juicio; consecuencia de su condición de sujeto de derechos, ante la necesidad de acceder a la justicia en defensa de los derechos de los que es titular.

Es preciso diferenciar entre el ‘derecho a ser oído’ y el ‘derecho a la participación procesal’ de la persona menor de edad con asistencia letrada. Ambos conceptos guardan una relación de género a especie, donde el concepto genérico (de mayor extensión) es el ‘derecho a ser oído’, mientras que el concepto específico (de menor extensión) es el ‘derecho a la participación procesal’. Es decir, que todo niño o niña tiene derecho a ser oído (escuchado) en todo proceso administrativo y judicial, mientras que no toda persona menor de edad participará activamente y de manera directa (formulando peticiones concretas) en un proceso¹². De allí la necesidad de referirnos al *concepto de capacidad procesal*.

La capacidad procesal ha sido definida por Palacio como la aptitud necesaria para ejecutar personalmente actos procesales válidos, por lo que supone la aptitud legal de ejercer los derechos y de cumplir los deberes y cargas inherentes a la calidad de parte: de allí que, según dicho autor, coincide con la capacidad de ejercicio.

En base a la distinción entre ser “parte” y tener “capacidad procesal” se han desarrollado diferentes posturas: a) La intervención del NNA con asistencia letrada en un proceso que lo afecta es una garantía de procedimiento, que lo habilita a ser “parte” en defensa de los derechos de los que es titular, como consecuencia de su condición de sujeto de derechos. Ni

¹¹ Aporte de la integrante Ab. Evangelina Inés Suárez

¹² MORENO, Gustavo Daniel; “*El abogado del adolescente como garantía de acceso a la justicia en el Código Civil y Comercial*”, Revista de Derecho Procesal, 2016- 1, Buenos Aires, 2016; p. 228.

la edad, ni la capacidad procesal pueden condicionar esta participación; b) La intervención del NNA con asistencia letrada en un proceso que lo afecte, solo es posible si tiene capacidad procesal. Aun cuando pueda ser “parte” en su condición de sujeto de derecho, si no cuenta con capacidad procesal no estaría habilitado para participar en el proceso en forma directa con la asistencia de un letrado, dado que solo puede participar de un modo indirecto a través de sus representantes. En estos supuestos, sólo se les permitiría una participación directa acotada, a través del ejercicio del derecho a ser oído en sentido material; c) La intervención del NNA con asistencia letrada en un proceso que lo afecte, es una garantía de procedimiento que lo habilita a ser “parte” en defensa de los derechos de los que es titular, como consecuencia de su condición de sujeto de derecho. La capacidad procesal importa a los fines de determinar si la participación con asistencia letrada será directa, o a través de un representante. Si se cuenta con capacidad procesal el NNA puede intervenir en forma autónoma y directa con patrocinio jurídico, pero si carece de capacidad procesal, actuará en forma indirecta a través de un representante que puede cumplir ambas funciones, la representación y la asistencia letrada¹³.

“El concepto de parte comprende en su generalidad a todo el que se presente ante un juez para formular una pretensión jurídica ejercitable ante la justicia; a modo de ejemplo, es parte el que inicia una demanda, pide una medida cautelar, etc”¹⁴. Ahora bien “participar” en el proceso no implica imprescindiblemente asumir el rol de “parte procesal”.

En este sentido la Dra. Famá considera “...que la posibilidad del niño de ser parte en el proceso, a diferencia del derecho a ser oído resulta exigible una vez alcanzado cierto grado de madurez y desarrollo, que serán evaluados con prudencia por quien deba resolver la contienda en la que se encuentre involucrado el niño; por lo tanto, por más que la sentencia resuelva sobre derechos del niño, la posibilidad de ser considerado parte se relaciona con el concepto de capacidad procesal y ésta, con su edad y grado de madurez. Mizrahi prefiere hablar de intervención autónoma del

¹³ Conf. BASSO, Silvina M., “La participación directa de niñas, niños y adolescentes en los procesos con patrocinio letrado en el Código Civil y Comercial”, *Derecho de Familia y Personas*, 2015 (septiembre), 31).

¹⁴ TORDI, Nadia Anahí, “Aspectos procesales sobre la figura del abogado del niño y adolescente”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2015-2, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015; p. 215”.

niño en el proceso; sostiene que el supuesto previsto por el art. 27 de la Ley 26.061 implica la participación activa del niño en el procedimiento y su derecho a contar con asistencia letrada. Considera que el niño siempre va a ser parte del proceso cuando se resuelve sobre sus derechos, pero analiza el tema en sentido diverso, ya que entiende que la participación procesal autónoma la podrá realizar directamente, si cuenta con capacidad procesal, e indirectamente (si no le asiste dicha capacidad), a través de la figura de un representante autónomo, que serían los padres o un tutor especial”¹⁵.

Se ha visto que conforme las reglas del Código Civil y Comercial, y en virtud de la autonomía progresiva, se reconoce al niño o adolescente que cuenta con capacidad, edad y grado de madurez suficiente la posibilidad de designar y elegir un abogado. Sin embargo, resulta necesario garantizar la autonomía de esta designación. Debe evitarse el riesgo de que la elección responda a una manipulación de los adultos en conflicto.

En consecuencia, “aunque la elección del abogado la realiza el niño siempre está sujeta a la valoración y aprobación del juez. Como regla, el juez debe aceptar a quien el niño haya elegido, pero debe mantener su mirada atenta para advertir si esa decisión fue influenciada o no por alguno de los progenitores. Si se convenció de que existe esa influencia, puede designar de oficio un letrado y nombrar abogados que sean agentes públicos y/o aquéllos que tengan convenios con organismos no gubernamentales, colegios de abogados o universidades. En otros casos, se ha decidido que directamente la designación la realice el juez de grado”¹⁶.

Consideramos que el abogado del niño, figura consagrada por la Convención de los Derechos del Niño, debe ser un abogado del Estado o gratuito con especialización en la materia; ya que si bien el adolescente con madurez suficiente puede querer intervenir con asistencia letrada, de ninguna manera se encuentra habilitado para realizar un contrato de locación de servicios¹⁷, ni para comprometer su propio patrimonio frente

¹⁵ Citados por TORDI, Nadia Anahí, “Aspectos procesales sobre la figura del abogado del niño y adolescente”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2015-2, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015; p. 217.

¹⁶ TORDI, Nadia Anahí, “Aspectos procesales sobre la figura del abogado del niño y adolescente”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2015-2, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015; p. 231.

¹⁷ Aunque el CCyCN considera al adolescente adulto para tomar decisiones atinentes al cuidado del propio cuerpo, ello no comprende los vínculos laborales y comerciales. DJ

a los eventuales honorarios. Por este motivo, la elección de su abogado necesariamente deberá hacerla dentro de las posibilidades institucionales que les brinde la jurisdicción local en la que deba actuar, salvo que un profesional le proporcione sus servicios como una liberalidad. Incluso, “a fin de dar una respuesta sistematizada, y evitar posibles influencias de los progenitores en la elección del abogado, se ha sostenido que debería surgir de un listado de abogados previamente inscriptos que reúnan ciertas condiciones de idoneidad en la materia”¹⁸, tal como ocurre en: Ciudad de Buenos Aires, en Santa Cruz, en Chubut fue encomendado al Ministerio de Defensa Pública, etc.

En principio, CSJN sostuvo que un menor de 13 años no puede participar de modo directo en el proceso por carecer de capacidad procesal (CSJN, 27/11/2012 “P., G. M. y P., C. L. s/ Protección de persona”). Sin embargo, esta doctrina parece encontrarse en revisión. En efecto, el 23 de junio de 2015 la CSJN dispuso la designación de un letrado patrocinante para una niña de 12 años en función de su grado de madurez. Esta nueva jurisprudencia se encuentra en sintonía con la postura amplia que sostiene que no debe relacionarse la posibilidad de que el niño designe su abogado a una edad determinada, sino que en todos los casos se debe valorar la situación conforme a su “edad y grado de madurez”.

Ahora bien, si el niño no tuviera la madurez suficiente, esto es, cuando por una u otra razón se estima que no obtuvo la capacidad de hecho requerida para el caso, el vínculo entre el abogado y el niño estará mediatizado por el desempeño de su representante, llámese padre o tutor. La regla de la capacidad procesal a partir de los 13 años surge de los arts. 24, 26, 109, 261 inc. c y 677 del CCCN. En definitiva, “*se parte de la idea de que el adolescente cuenta siempre con autonomía suficiente para intervenir en el proceso, ya sea que lo haga juntamente con sus representantes legales o de manera independiente. En cambio, si la persona es menor de 13 años*

30-03-2016 en autos: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B. 11/02/16. “N. F. N. c/Editorial Televisa Argentina SA s/ daños y perjuicios

¹⁸ TORDI, Nadia Anahí, “Aspectos procesales sobre la figura del abogado del niño y adolescente”, en Revista de Derecho Procesal, 2015-2, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015; p. 231.

y quiere participar en el proceso de manera autónoma, el juez deberá ponderar “su edad y grado de madurez suficiente”¹⁹.

3.1.2. Jurisprudencia

A partir de dicha base normativa analizaremos por separado los casos en que los menores intervienen por si mismos en juicio, de aquellos en los que intervienen por medio de sus representantes o tutores especiales.

a. Actuación personal del niño o niña en el proceso.

En el caso de los niños menores de trece años en lo que respecta a su aptitud para actuar en juicio el juez debe evaluar si el niño comprende en que consiste y cuáles son las consecuencias, riesgos y avatares de su intervención. Se debe analizar si la intervención procesal del menor con asistencia letrada no es contraproducente para él.

Al respecto la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, resolvió revocar la resolución que designó dos letrados como abogado del niño menor de trece años por entender que no había oposición de intereses con su progenitora, quien se había presentado también en el proceso en representación del menor, y porque tampoco en el caso se verificó un grado de madurez suficiente para intervenir con un letrado (CNacCiv, Sala E 22/12/2016 “R.M.A. c/ F.M.B. s/ reintegro de hijos s/incidente de familia” Diario Jurídico de Córdoba del 06/03/2017).

En otro caso el Dictamen de la Procuradora General de la Nación, entendió que toda supuesta designación de abogados de los niños serán propuestas que van a estar sujetas a la aprobación de la judicatura. En primer término se evaluará si corresponde a una actuación autónoma del niño, ejecutado con la madurez suficiente y sin influencia adulta. Además se deben presentar conflictos u oposición de intereses entre los padres o el tutor con el niño o ausencia de representación necesaria, concluyendo que “debe prevenirse el riesgo de involucrar a los hijos en situaciones

¹⁹ TORDI, Nadia Anahí, “Aspectos procesales sobre la figura del abogado del niño y adolescente”, en Revista de Derecho Procesal, 2015-2, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015; p. 224.

que corresponden a sus progenitores; “depositando el peso de ellas sobre una psiquis en plena formación” dando por tierra el derecho a ser niño o adolescente; con lo que se los despojaría del lugar que les corresponde habida cuenta de la condición que revisten (Dictamen de la Procuradora General de la Nación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo suyo, fallo del 26/6/2012 in re “M, G c P, C.A” LL, 2012-D, 601, La Ley Online AR/JUR/27892/2012)”.

b. Actuación personal del adolescente en el proceso.

En el caso de los adolescentes en virtud de lo dispuesto por los art. 677, 2 párrafo, y 109 inc. a del CCCN pueden comparecer por sí con letrado y en tales casos se les da intervención a la Asesora Letrada en su carácter de representante complementaria.

La Cámara Nacional Civil Sala C sostuvo “...el pedido de un menor de ser patrocinado por un letrado en un proceso de familia que lo involucra debe rechazarse, pues quien le ha presentado al abogado fue uno de sus progenitores, por lo que su intervención no parece tener autonomía ni estar exenta de influencias indebidas o presiones. Si bien es necesario que el niño que participe activamente en un proceso judicial cuente con un abogado que garantice su libre y auténtica expresión, el ejercicio de ese derecho no está exento de control judicial, por cuanto es el juez quien debe ponderar la efectiva capacidad de discernimiento y libertad de aquel, descartando que su decisión obedezca a motivaciones apresuradas o antojadizas, o a la influencia de los padres u otras personas. El abogado de los niños no puede ni debe pertenecer a la órbita de influencia de alguno de los padres y, menos aún, que uno de ellos acuerde y negocie privadamente con el letrado el pago de sus honorarios, pues ello no se condice con una verdadera y auténtica intervención autónoma del menor en el proceso” (CNCiv, Sala C, 30/07/2013, H., R. A. c/ B. M. J. s/ Incidente de familia)²⁰.

²⁰ Aporte de las Ab. Evangelina Suárez y Jimena Torrealday.

c. Actuación en el proceso por intermedio de tutores especiales

El niño que no puede actuar por sí, debe estar a derecho por medio de un tutor especial que el juez le designe. Ello es así, ya que carece de aptitud para contratar e impartir instrucciones para llevar adelante una acción. Dispone el art. 109 que corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos: a) *cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes*; -y también podríamos agregar, cuando aún no cuenta con un tutor ante la inexistencia de padres-. *Si el representado es un adolescente puede actuar por sí con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación de un tutor especial*” “La asistencia letrada recaerá en un abogado como tutor especial, con facultades de representación para asistirlo en el conflicto. Dicha designación debe ser hecha por el juez a pedido del Ministerio Público” (...) Pero esta tutela especial desempeñada por un abogado alcanzará solamente a los actos o al proceso para el que ha sido designado²¹.

La Excma. Cámara 7ma. Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba dispuso que “la guardadora de hecho carece de legitimación para demandar en representación de una menor sin padres”. En la causa se presentó la abuela de una menor, quien convivía con esta última aún en vida de sus padres, puesto que su madre era discapacitada y ahora, había fallecido; sumado al hecho de que su padre las había abandonado, quedando al cuidado de la primera de las mencionadas. En este contexto, la Sra. Asesora Letrada consideró que la abuela tenía un interés razonable para iniciar una demanda por daños y perjuicios en representación de su nieta. Sin embargo, el Tribunal por voto mayoritario consideró que carecía de representación legal por no ser la tutora de la niña en los términos del art. 101 inc.b del CCCN. Para la minoría, en cambio, no puede negársele la participación de ley a la guardadora compareciente, aunque sea en forma provisoria, con la carga de iniciar la correspondiente acción de designación de tutela y cita para fundar su postura lo dictaminado por la Sra. Asesora Letrada civil: “corresponde instituir a la menor de edad de la pertinente representación legal a través de la figura prevista por la ley, esto es la Tutela regulada por

²¹ LUDUEÑA, Liliana Graciela, “Niños y Adolescentes. Capacidad. Representación. Legitimación”, Revista de Derecho Procesal, 2016- 1, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2016, p. 213.

los arts. 104, sptes y ccdtes. del Código Civil y Comercial; y que mientras tanto, esto es, interín, este Ministerio entiende que para subsanar la omisión representativa, la parte actora deberá acreditar al menos el inicio de la acción judicial de Tutela, sin perjuicio que previo a la conclusión de la causa principal demuestre fehacientemente su nombramiento como tutora de la menor de edad”. (C7a CC Cba. Auto Nro. 383. 13/12/16. “A, T. A. A. c/ Clínica Romagosa SA y otros –Ordinario. Daños y Perjuicios-).

El Juzgado de Familia de 6º Nominación de la Ciudad de Córdoba, en otro caso similar, dado que se trataba de un menor de edad sin representantes legales pero con la diferencia de que ya se había iniciado el proceso de tutela, la pretensa tutora solicita como medida cautelar se la autorice para representar al niño ante una eventual reclamación extrajudicial y/o judicial resarcitoria dado que se encuentra próximo a operar la prescripción de las acciones y derechos del mismo a fin de que le sean resarcidos los eventuales daños y perjuicios que le pudieren corresponder. La Jueza entendió que estaban dadas las condiciones para hacer lugar a la medida cautelar pero no como ha sido requerida sino apelando a otra figura. Sostiene que enmarcada la cuestión en las instituciones relativas a la participación del niño en el proceso ante la carencia de representantes legales el juez debe decidir si procede designar un tutor especial en los términos del art. 109 de CCCN o bien un abogado del niño conforme a lo dispuesto por el art. 27 inc. c de la ley 26.061. Concluye que en el caso lo que el menor “necesita para cautelar sus derechos es un abogado que cuente con facultades suficientes para que en su nombre y representación pueda presentar una demanda judicial o reclamos administrativos; y considerando que en el caso de autos no existen intereses contrapuestos sino que lo pretendido es evitar la pérdida de eventuales derechos patrimoniales; la suscripta entiende que la figura que más se adecua al caso concreto es la del abogado del niño. De tal manera se evita la superposición de tutores especiales, figura excepcional, con el presente trámite de tutela... (Juzgado de Familia de 6º Nominación de la Ciudad de Córdoba, G.A.B – TUTELA – CONTENCIOSO, 22/12/16).

En otro caso la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea designó un tutor especial a una menor de edad, en un proceso donde se encontraban comprometidos sus intereses. En dicha oportunidad un padre había solicitado la nulidad de un contrato de fideicomiso para así privar a su hija del derecho patrimonial que este último establecía al regresar los bienes de la herencia de los padres fallecidos de aquél (abuelos

de los menores) de quienes el demandante era heredero. Se trataba de un derecho patrimonial instituido a favor de la niña originado en el contrato de fideicomiso que se intentaba impugnar. Tal como se observa, en este caso existía un claro conflicto de intereses entre el actor y su hija, quien resultaba demandada por su propio progenitor. Aquí el tribunal dispuso que “atento la edad (nueve años) y el grado de madurez de la niña, no resulta aconsejable la figura del abogado del niño (...). En la especie, a fin de resguardar el interés superior de la niña procede la designación de un tutor ad litem para que, sin perjuicio de la intervención del Ministerio Público, represente los intereses de la menor en relación a este conflicto garantizando su acceso a la justicia en condiciones de igualdad, sin desplazar a los progenitores en las restantes esferas de su vida (...)”. Así entonces, “ante el conflicto que representa la acción entablada por el progenitor y el desinterés demostrado por el progenitor en el proceso, la representación dual de la Asesora de Incapaces interviniente y del curador especial como medida específica de compensación otorgará a la niña la defensa reforzada de la que es titular conforme a ley” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea. 18/10/16. “C.R.O. c/ C.O.N. y otro/a s/ nulidad del acto jurídico).

Recordemos que la representación de los incapaces es legal, necesaria, dual; ésta se complementa con el Ministerio Público Pupilar. Su intervención complementaria tiene su fundamento en la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los NNA, razón por la cual requieren un sistema de protección en dos planos (representación legal y representación complementaria).

Sin embargo, el Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 103 incorpora la actuación principal del Ministerio Público, que establece: “*La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal. a) Es **complementaria** en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto. b) Es **principal**: i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes, ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representante, iii) cuando **carecen de representante legal y es necesario proveer la representación** (...)*”.

Este último apartado parecería receptar que en casos como los descriptos precedentemente quien podría tener la representación legal –al menos, provisoria- es el Asesor Letrado integrante del Ministerio Público Pupilar.

Destacamos, que es importante diferenciar la actuación del Ministerio Público respecto la defensa técnica del niño. En esta última el abogado patrocinador intereses y derechos definidos por el propio interesado, sin sustituir su voluntad. En efecto, “el Ministerio Público `escucha al niño` pero no tiene la obligación de plegarse necesariamente a la posición o a la voluntad del niño en tanto que éste perjudique su interés superior. Recuérdese que el propio artículo 33 de la Ley 26.061 reconoce la posibilidad que el niño o el adolescente vulnere sus derechos: *‘La amenaza o violación a que se refiere este artículo puede provenir de (...) la propia conducta de la niña, niño o adolescente, con lo cual en ese caso el Ministerio Público no seguirá la voluntad de la persona menor de edad’* (Conf. art. 27 del Decreto Reglamentario Nro. 415/2006 de la Ley 26.061)”²².

*Luego del análisis casuístico efectuado, se advierte que existe un nuevo rol del magistrado “derivado de la plasticidad o elasticidad de la normativa, otorgándole una expansión de facultades del juez en la toma de decisiones, y, a cambio, una ampliación de responsabilidades en la materia, que le imponen desde ahora una intervención singularmente dedicada al análisis del caso a evaluar (si es, por ejemplo, el grado de madurez de un menor) inconciliable con el empleo de fórmulas genéricas o de argumentos indiferenciados, la que se vincula con el necesario conocimiento personal con la persona involucrada y su grado de vulnerabilidad”*²³.

3.2. La autonomía personal del adolescente respecto del cuidado de su cuerpo

A continuación, se analizó la capacidad del adolescente para decidir por sí sobre el cuidado de su cuerpo armonizando las normas del CCyC, con los derechos reconocidos por las leyes 26.657 de Salud Mental y

²² MORENO, Gustavo Daniel; “*El abogado del adolescente como garantía de acceso a la justicia en el Código Civil y Comercial*”, Revista de Derecho Procesal, 2016- 1, Buenos Aires, 2016; p. 242.

²³ SAUX, Edgardo I., “*El régimen de capacidad de la persona humana*” en Revista Código Civil y Comercial –Edición Especial-.

26.742 sobre Derechos del Paciente, que se relacionan con lo dispuesto en el art. 26. En efecto, el art. 26, 4to párrafo presume que los menores de edad entre 13 y 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” y que a partir de los 16 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su cuerpo (art. 26, último párrafo). Nuevamente y desde un punto de vista analítico, determinar cuáles tratamientos son invasivos y cuáles no, dependerá de acuerdos con participación y consultas a profesionales de la salud.

Se advirtieron conflictos que deben ser motivos de interpretación, por ejemplo respecto de actos de disposición del cuerpo para ablación de órganos o después de la muerte. En este sentido el art. 26 dispone que a partir de los 16 años los menores de edad son considerados adultos, en tanto en art. 15 de la ley 24193 y sus modificatorias prescribe que se requiere la edad de 18 años para la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante, también se requiere la misma edad para actos de disposición de órganos o materiales anatómicos cadavéricos (art. 19 bis de la misma ley). El art. 26 es una norma de carácter general, mientras que la ley 24193 contiene disposiciones específicas para actos de disposición de órganos, consultada doctrina que se expide al respecto, se inclinan por considerar que la ley especial es la que resulta aplicable.

En lo concerniente al régimen de salud mental en los adolescentes, Suarez y Torrealday²⁴ entienden que: *“La internación es un recurso terapéutico de carácter restrictivo, que sólo podrá llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social. Los adolescentes internados por afecciones en la salud mental o adicciones, constituyen un sector de gran vulnerabilidad por ser susceptibles de abusos mentales, físicos y de otro tipo, así como descuido y trato negligente. De allí que proceda solo cuando sea absolutamente necesario y responda al interés superior del niño. Es relevante escuchar a los adolescentes, no obstante el carácter de involuntarias de las internaciones, para facilitar su participación en todas las cuestiones que les afectan dentro del proceso de*

²⁴ Ponencia presentada en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil en la Comisión I. Parte general, (2015), por las Ab. Evangelina Inés Suárez y Jimena Torrealday.

evaluación, separación y colocación fuera del hogar y mientras dure la medida. En esta tarea es indispensable el trabajo conjunto de jueces, Ministerio Público y equipo interdisciplinario. Incluso, los establecimientos donde se lleven a cabo internaciones por salud mental que involucren a personas menores de edad, deberán ser siempre controladas judicialmente (art. 20, 22 y 26, LSM)²⁵.

El juez debe garantizar el derecho de la persona internada, en la medida que sea posible, a ser oída en relación con la internación dispuesta. Para ello, una vez convalidada judicialmente la internación se realizarán controles judiciales periódicos a través del envío de informes cada treinta días (art. 24, párrafo 1, de la Ley 26.657) que deberán ser interdisciplinarios e incluir estrategias de atención, las distintas medidas implementadas por el equipo y las respuestas obtenidas, fundamentando adecuadamente la necesidad de mantenimiento de la medida de internación.

En efecto, el juez del Niño, Niña y Adolescente deben asumir un rol activo respecto de la situación del enfermo al que deben entrevistar periódicamente en forma personal a fin de interiorizarse sobre su estado de salud y tratamiento aplicable, relaciones familiares, económicas y laborales, preocupándose por su cuidado asistencia y seguridad²⁶. En este camino la doctrina y la jurisprudencia propician el conocimiento personal del enfermo por parte del juez y defensores oficiales a los fines de conocer su real estado de salud, en atamamiento suministrado, las consecuencias de su abandono, sus relaciones y si estaba en condiciones de ejercer sus derechos²⁷.

²⁵ CNCIV - Sala G , S., M. A. s/ Art. 250 CPCC - Incidente familia, 03/06/2011). *No debe perderse de vista que 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 los organismos competentes (cfr. art. 15, ley 26657).*

²⁶ Conf. JUNYENT DE DUTARI, Patricia, “Nuevos paradigmas en materia de derechos humanos y personas con padecimiento mental. Respeto a su autodeterminación y articulación de modos de apoyo superadores de la curatela”. DF y P 2014 (noviembre).

²⁷ JUNYENT DE DUTARI, Patricia, “Nuevos paradigmas en materia de derechos humanos y personas con padecimiento mental. Respeto a su autodeterminación y articulación de modos de apoyo superadores de la curatela”. DF y P 2014 (noviembre).

3.3. El derecho a la educación de los N.N.A con discapacidad²⁸

Se analizó la legislación vigente²⁹ y los fallos de los NNA con algún tipo de discapacidad en relación a su derecho a la educación, y se constató que los NNA con capacidades especiales tienen todos los derechos y garantías consagrados y reconocidos por los Tratados de Derechos Humanos, además de los inherentes a su condición específica, pero en la aplicación práctica presenta graves dificultades, que se subsana en los casos particulares a través de los pronunciamientos judiciales en respeto por los derechos humanos.³⁰

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad toma una postura concreta en su artículo 24: “Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida”... “Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre” sobre todo en una temática tan particular como el acceso a la educación. Para ello los Estados deberán asegurar que “las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad” y que puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan comprometiendo a los Estados a realizar los

²⁸ Aporte de la Integrante, Ab. María Eugenia Peralta.

²⁹ “Convención sobre los derechos del niño” artículos 23 y 28, “Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes” artículos 15,16 y 28 y “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” artículos 1,3,4, (ley 26.378).

³⁰ Jurisprudencia: Cam.de Apel. Civ.Com y cont adm de 1 Nom de 2 cir. Rio Cuarto “P., A. D. y otro c/ Institución Educativa Galileo Galilei - Amparo” (Expte. N° 1673644) el 6/8/14; Cam. Nac.Civ.Com Comercial Federal, Sala 3, autos “A.A. y otro c/ OSDE s/ amparo” 6 /08/09; Cám. Nac. de Apel Civ Com Fed, Cap Fed Sala 01 “Mendive Benjamin c/ Osde s/ sumarísimo” 17/2/11; Cám.Nac. Apel Civ Com Fed, Cap Fed, Sala 02 “Bonomi Nicolás María c/ ASE y otro s/ incidente de apelación de medida cautelar” 9/8/11, Cám Nac. Apel Civ Com Fed, Cap Fed Sala 03 “Leggieri Paula Cristina y Otros c/ Swiss Médical Medicinaprivada s/ Amparo” 4/8/11; Cám Apel.Civ Com Lab Min Neuquén Sala 03 “Peters, Gabriela Lorena c/ I.S.S.N. s/ Acción de amparo” 18/12/ 2015; Cam Fed de Apel. Cba sala B “P. L C/ O.S.V.V.R.A. -AMPARO-”13 /11/ 2008.

ajustes razonables en función de las necesidades individuales. El mismo derecho se declara respecto del acceso a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás.

“La inclusión implica garantizar el derecho a la educación de aquellos grupos de alumnas y alumnos marginados, excluidos o vulnerados o que están en riesgo de serlo, definiendo los procesos y dinámicas de escolarización adecuados como los apoyos y medidas necesarias para asegurar permanencia, participación y en el sistema educativo.”³¹

4. CONCLUSIONES

- El tema central del presente trabajo, *Nuevas reglas referidas al régimen de capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes*, es un aspecto de la *capacidad de ejercicio en el que se encuentran importantes innovaciones en el CCyC*. En esta área subyace una nueva concepción que parte de los principios constitucionales de dignidad, igualdad, no discriminación. Por eso se dice que la capacidad de ejercicio también reconoce raíz constitucional, en cuanto todas las personas están facultadas para realizar todo aquello que la ley no prohíbe.

- Se desprende del juego de estas normas un concepto de capacidad progresiva, que reconoce antecedentes en la Conv. sobre los Derechos del Niño y la Ley 26.579 sobre mayoría de edad. El ordenamiento jurídico prevé, según pautas de edad y madurez, que podrá haber actos que realicen por sí mismas bajo un régimen de asistencia y otros que podrán ejercer libremente en virtud de la capacidad de ejercicio que el CCyC le reconoce (art. 26 y conchs.).

- Se sienta el principio general de la capacidad, para señalar que las limitaciones sólo pueden derivar de la ley o de una sentencia judicial fundada en la misma. Este último criterio introduce la flexibilidad en el concepto de incapacidad.

³¹ MARTÍNEZ, María Elena, *Personas con Discapacidad, vida independiente y educación inclusiva en “Discapacidad, Justicia y Estado: vida independiente”*, Infojus Sistema Argentino de Información Jurídica, Bs. As., 2015, p. 55.

- Ahora bien, luego de realizado el análisis y estudio de las normas y jurisprudencia, como reflexión creemos que en el camino de los cambios, que empezaron por la doctrina, siguieron en lo normativo y jurisprudencial, es necesario añadir el cambio cultural. En esta materia que toca a todas las personas, al hombre común, para que las normas tengan verdadera recepción es imprescindible el cambio cultural en la sociedad. - Lograr que los operadores y funcionarios del área del derecho acepten la ampliación en la autonomía, escuchar a quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad. Si bien desde el punto de vista teórico-normativo es indudable que la escucha de los niños está expresamente reconocida en nuestro ordenamiento legal, en el nivel de las prácticas concretas se presentan situaciones disímiles y se plantean diferentes interrogantes relativos a las modalidades en que los agentes judiciales y administrativos deben garantizar ese derecho, y también a la manera en que unos y otros los interpretan.

A la par, esta labor debiera ir acompañada en el caso de niñez y adolescencia de una educación que forme en valores, respeto, reflexión acerca de las consecuencias de las conductas, para que el ejercicio de la libertad lleve a la toma de decisiones autónomas realizadas con compromiso y responsabilidad.

- Asimismo se señala que la problemática de los derechos fundamentales de las personas en situación de vulnerabilidad es compleja, y en numerosas oportunidades presenta una doble dimensión: por un lado se encuentran afectados los derechos civiles y por el otro, hay derechos económicos- sociales y culturales en juego. Por lo tanto debieran ser abordados conforme su naturaleza mixta.

Junto a los derechos fundamentales afectados (vida-salud-educación-vivienda, etc.), en numerosas oportunidades también están en juego otros bienes de la persona humana, como su propio cuerpo, su dignidad, sus aptitudes, y en ocasiones sus bienes con valor económico, materias que son de tratamiento en la legislación civil.

- Es necesaria la colaboración efectiva de la familia, los apoyos amicales o sociales, y también la asistencia del sistema estatal³², ya que

³² “A. D. C. s/ medida cautelar” – Juzgado de Familia y Penal de niños y adolescentes de Concepción del Uruguay (Entre Ríos), 13/12/2011. Se trataba de un anciano alcohólico en situación de calle sin contención familiar, por lo que el juez de la causa resolvió,

en ausencia o insuficiencia de contención familiar, la persona afectada debería encontrar ese sostén en otros mecanismos solidarios; basta solo mencionar la casi imposibilidad de las familias de afrontar por sí solas la problemática de las adicciones.

- Frente a una sociedad que está enfrentando constantes transformaciones, en la que las relaciones humanas parecieran tornarse más frágiles y transitorias, donde los conflictos de intereses en las relaciones intrafamiliares se exponen con crudeza, es necesario fortalecer la conciencia en la atención de las obligaciones familiares, que exigen conductas nutridas por sentimientos de solidaridad, inspiradas en la necesidad de brindar amparo y compañía a los más vulnerables para integrarlos en el seno familiar y social.

- Encontraríamos entonces, como sujetos pasivos de estos derechos, obligados concurrentes: la familia y el Estado. Por parte del Estado, se debe poner el acento en los requerimientos en materia tecnológica y capacitación de personal para que la igualdad real que se aspira alcanzar se concrete en un sistema que lo soporte y haga factible. Además le compete crear y sostener programas de apoyo con recursos económicos suficientes, perdurables en el tiempo, que brinden continuidad, asignando fondos direccionados y fiscalizados en su aplicación y utilización.

- Las diversas situaciones de vulnerabilidad que se presentan exigen una intervención proactiva del Estado, ya sea porque no hay vínculos ni redes familiares que provean y presten asistencia adecuada, o bien, porque habiéndolas no pueden solas. A menudo el Poder Judicial dicta mandatos ordenando la intervención de los organismos administrativos competentes a fin de resolver situaciones de grave riesgo social³³.

con sustento en la ley Nacional 26.657, que esta hace referencia “a la obligación del Estado de resolver las problemáticas sociales de vivienda proveyendo los recursos adecuados a través de los organismos públicos competentes (...) de la normativa citada se desprende que es el Estado en su función administrativa -Poder Ejecutivo- quien debe realizar políticas sociales dirigidas a las personas en situación de calle”.

³³ “P., C. L. y Otra c/ A., B. Y. s/ desalojo” – Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata (Buenos Aires) – 15/06/2011. En este caso, la Cámara dictamina que la administración debe garantizar el acceso a la vivienda a la concubina, ocupante incluida en la categoría de la “tercera edad” que se encuentra en situación de desamparo, con motivo de la demanda de desalojo del inmueble que ocupaba hasta la muerte del concubino, invocando la aplicación de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición Vulnerabilidad.

CONSIDERACIONES SOBRE EL IMPACTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS DERECHOS DE LAS RELACIONES DE DEPENDENCIA DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD¹

Carla Saad² - Emma Mini³

Resumen: El artículo parte desde la descripción del cambio de paradigma de construcción de las normas protectorias, recorriendo caminos hacia una construcción conceptual, pasando por algunas incidencias económicas, el reconocimiento de los derechos humanos laborales como norma de derecho interno argentino para acercarnos al análisis de la recepción del precepto “igualdad de oportunidades” (trabajadores con discapacidad vs. trabajadores sin discapacidad) en el derecho individual del trabajo argentino y la adecuación de la normativa sustancial de la relación laboral a los enunciados de los derechos fundamentales.

Palabras claves: derechos humanos - discapacidad - mercado del trabajo.

¹ Artículo recibido 21/06/2017 – Aprobado para su publicación 23/08/2017.

² Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Profesora “Teorías del Conflicto y de la Decisión. Métodos de Resolución Pacífica de Conflictos”, Tutora Académica “Práctica Profesional III” de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Directora del proyecto “Impacto de los Derechos Fundamentales en los derechos de las relaciones de dependencia de los trabajadores con discapacidad”, SECYT-UNC, CIJS. Email: carla-saad@derecho.unc.edu.ar

³ Profesora Adjunta de la Cátedra A de “Economía”, Tutora Académica “Práctica Profesional III”, Investigadora del proyecto “Impacto de los Derechos Fundamentales en los derechos de las relaciones de dependencia de los trabajadores discapacitados”, SECYT-UNC, CIJS.

1.- INTRODUCCIÓN

Reconocer que el colectivo integrado por personas con discapacidad, en adelante PCD, es uno de los severamente afectados en la inclusión del mercado laboral no es un problema nuevo. Ya la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en un interesante artículo, destacaba que “las personas con discapacidad representan aproximadamente mil millones de personas, un 15% de la población mundial. Alrededor del 80 % están en edad de trabajar. Sin embargo, su derecho a un trabajo decente, es con frecuencia denegado. Las personas con discapacidad, en particular las mujeres con discapacidad, se enfrentan a enormes barreras actitudinales, físicas y de la información que dificultan el disfrute a la igualdad de oportunidades en el mundo del trabajo. En comparación con las personas sin discapacidad, las personas con discapacidad experimentan mayores tasas de desempleo e inactividad económica y están en mayor riesgo de una protección social insuficiente -la cual es clave para reducir la pobreza extrema”⁴.

A fin de contribuir a la construcción de políticas de inclusión preguntas como: ¿la relación de trabajo de una persona con discapacidad necesita ser alcanzada por una protección adecuada a su condición?, ¿se ve afectada la “igualdad” entre trabajadores y trabajadores con discapacidad?, ¿a las personas con discapacidad les alcanza un sistema normativo que favorezca su derecho humano al trabajo?, son las que nos abren el camino de análisis hacia la adecuación de la normativa sustancial de la relación laboral a los enunciados de los derechos fundamentales, tema que toca puntos neurálgicos del derecho del trabajo.

El artículo es un primer acercamiento al tema que nos convoca sin pretender agotarlo, parte desde la descripción del cambio de paradigma de construcción de las normas protectorias, recorriendo caminos hacia una construcción conceptual, pasando por algunas incidencias económicas, el reconocimiento de los derechos humanos laborales como norma de derecho interno argentino para acercarnos al análisis de la recepción del precepto “igualdad de oportunidades” (trabajadores con discapacidad vs. trabajadores sin discapacidad) en el derecho individual del trabajo argen-

⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). “Discapacidad y trabajo”, <http://www.ilo.org/global/topics/disability-and-work/lang--es/index.htm>, búsqueda del 6 de diciembre de 2015.

tino y la adecuación de la normativa sustancial de la relación laboral a los enunciados de los derechos fundamentales.

2. CAMBIO DE PARADIGMA: MODELO SOCIAL

Las legislaciones que giran en torno a la protección de los derechos de las PCD fueron construidas a partir de un modelo que justifica la necesidad de protección.

Las causas por las que puede atribuirse una discapacidad a una persona son las miradas que fundamentan los diferentes modelos por los cuales se construyen sistemas jurídicos de protección. Así, partiendo desde el *modelo rehabilitador* (también llamado médico o individual) donde el núcleo del análisis estaba centrado en que la discapacidad de la persona tenía un origen biológico y psicológico, el punto de protección debía estar puesto en la *rehabilitación* que lleve al individuo a gozar –lo más próximo posible– de estándares preestablecidos científicamente como índices de normalidad. PALACIOS y ROMAÑACH sostienen que en el plano del Derecho, en un primer momento, esto significó la implementación de políticas legislativas destinadas a garantizar servicios sociales, compensar a estas personas mediante pensiones de invalidez, beneficios de rehabilitación y cuotas laborales. No obstante, por la década de los años sesenta dichas medidas fueron extendidas a todas las personas con discapacidad, dejándose de lado la causa de las deficiencias. El objetivo pasó a ser, entonces, rehabilitar a las personas con independencia del origen de las deficiencias. En dicho proceso de recuperación o «normalización», y a dichos fines, los contenidos o herramientas esenciales pasaron a ser la educación especial, los beneficios de rehabilitación médica y vocacional, las cuotas laborales y los servicios de asistencia institucionalizados.

Bajo la mirada puesta en torno a la “discapacidad” como impedimento, la “protección” estaba vista desde un modo individual, sobre aquello que la persona no podía realizar, desde la necesidad de suplantar su voluntad y coartar su autonomía, todas cuestiones que encontraban su correlato en el sistema jurídico: limitaciones civiles (declaraciones de incapacidad del viejo Código Civil), leyes asistencialistas, de cobertura sanitaria y de protección en seguridad social.

Las acciones propugnadas por los propios actores del colectivo construyen una nueva mirada de la persona con discapacidad. Se habla entonces

del *modelo social* que no pierde el foco sobre el individuo pero incorpora a la sociedad, de la que conforma un verdadero sistema. Sociedad y derechos humanos son las nuevas dimensiones incorporadas que permiten reconocer en las personas con discapacidad su dignidad, su derecho a la igualdad de oportunidades, a la no discriminación, a la autonomía, a la libertad personal.

En el *modelo social* la discapacidad deja de ser un atributo del individuo para ser una construcción social, es decir una respuesta negativa de la sociedad que no incluye las diferencias humanas naturales. Este modelo se funda en dos presupuestos: a) que las causas de la discapacidad son fundamentalmente sociales (lejos de ser solamente médicas) y b) que las personas con discapacidad tienen mucho de capacidades que aportar a la sociedad. Por lo cual, la discapacidad sería un hecho social en que las características médicas y biológicas tienen importancia en la medida en que evidencian la incapacidad de la sociedad de dar respuesta a sus necesidades. Pensamos que la mirada está puesta en las “capacidades” de las personas con limitaciones, por lo tanto será la sociedad la que deberá revisar (se) en torno a las adaptaciones necesarias para el desarrollo de las personas con discapacidad.

Para PALACIOS y ROMAÑACH⁵ se traduce un cambio de paradigma, que a nivel internacional venía viviéndose desde la década de los años ochenta del siglo XX. Este cambio de paradigma se resume en la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos. A partir de dicho enfoque, las políticas ofrecidas y las respuestas brindadas a los problemas que enfrentan las personas con discapacidad pasan a ser pensadas y elaboradas —desde y hacia— el respeto de los derechos humanos.

⁵ PALACIOS, Agustina y ROMAÑACH, Javier. Ob.Cit., pág. 11. Los autores comparten la idea con ASÍS ROIG, R., «La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos», *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, CAMPOY CERVERA, I., (coord.), Dykinson, Madrid, 2004, p. 62 y ss; CAMPOY CERVERA, I., «Una aproximación a las nuevas líneas de fundamentación de los derechos de las personas con discapacidad», en *I Jornadas Discapacidad y Desarrollo*, COCEMFE, Madrid, 2005 —versión electrónica en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 8, 2004-2005—; CAYO PÉREZ BUENO, L., *El dismantelamiento de la discapacidad y otros escritos vacilantes*, El Cobre, Barcelona, 2004, pp. 20-33.

Una evolución del modelo social es el *modelo de la diversidad*. Sostiene ROMAÑACH⁶ que se descarta la utilización de la capacidad de las personas como eje conceptual de definición de colectivo, para convertirlo en una cuestión de dignidad; una dignidad que tiene dos vertientes: la dignidad intrínseca o moral que se sustenta en dar el mismo valor para todas las vidas de todos los seres humanos y la dignidad extrínseca o jurídica, que se obtiene al dar los mismos derechos y las mismas oportunidades a todas las personas. En este sentido, el modelo anterior trabaja con fuerza el ámbito de la dignidad extrínseca o jurídica convirtiéndola en una cuestión de derechos humanos, sin tener en cuenta el ámbito moral de la persona, su dignidad intrínseca como ser humano. Al erradicar la capacidad como eje conceptual, desde el Modelo de la diversidad, las personas con diversidad funcional se integran al colectivo de la diversidad humana y se ven discriminados de la misma manera que lo han sido históricamente las personas de otro género, otra raza, otra religión, otra orientación sexual, etc.

Sin dudas que el *modelo social* irrumpe cambiando un paradigma arraigado y avanza con espíritu de inclusión en el marco del reconocimiento de los derechos humanos, esto se plasma normativamente en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 26378 (2008) cuyo propósito enunciado en el artículo 1 es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

3. CAMINOS HACIA UNA CONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL

A lo largo del tiempo se ha denominado con distintos términos a las personas con discapacidad como discapacitados, minusválidos, incapacitados, inválidos, con diversidad funcional, etc. Todos aluden en alguna manera a una carencia, a algo que limita a las personas en alguna de sus facetas. Pero a esa carencia o limitación se la establece en comparación

⁶ ROMAÑACH CABRERO, Javier. “El Modelo de la Diversidad: una herramienta para la emancipación y la plena de ciudadanía de las personas con diversidad funcional (discapacidad)”, <http://www.ub.edu/demoment/jornadasfp2008/PDFs/4-diversidadfuncional.pdf>, búsqueda del 1 de junio de 2017.

con lo que se considera “normal” en el resto de la sociedad, es decir que se trata de características que las diferencian a estas personas respecto de otras y que tienen consecuencias sobre sus vidas conforme sea la respuesta que tienen ante ellas los individuos que las rodean, ubicando así a la discapacidad en el terreno de las diferencias.

Este argumento nos permite no solo iniciarnos en la búsqueda de un concepto que posibilite definir acabadamente la discapacidad, sino que al mismo tiempo será útil a los efectos de comprender uno de los últimos términos utilizados con el mismo objetivo, *diversidad funcional*.

Existe una corriente de pensamiento⁷ basada en la necesidad de producir cambios terminológicos en la designación del colectivo, bajo el supuesto que las palabras llevan asociadas ideas y conceptos que representan valores culturales aceptados del objeto o ser nombrado y que por ello deben ser reemplazados, se propone un nuevo término para denominar al grupo: mujeres y hombres con *diversidad funcional*.

La consideración de las características que puedan poseer las personas con discapacidad está relacionada a la posibilidad de realizar una vida independiente a partir de ellas. Así, son dos los aspectos que se deben conceptualizar a fin que una diversidad funcional pueda significar dependencia o no: uno es que poseer una determinada característica no es limitante para llevar una vida independiente, si existen tecnologías, personas o ambas, que se lo posibiliten y otro es que la especialización y el mecanismo de asignación de tareas en la sociedad hace que algunas personas que tienen una desventaja para la realización de una determinada tarea, tengan ventaja en la realización de otras.

⁷ En este sentido véase: LOBATO, MANUEL-ROMAÑACH, Javier. “Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano”, Foro de Vida Independiente, Mayo 2005. En el libro *El modelo de la diversidad* publicado posteriormente se ofrece una defensa más elaborada del nuevo término. PALACIOS, Agustina- ROMAÑACH, Javier. *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Diversitas Ed., 2007.

También, PARES, Susana. *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad-comentarios y herramientas*, Babel Editorial, Córdoba, 2016, pág.13. RODRÍGUEZ DIAZ, Susana- FERREIRA, Miguel A.V. Ob.Cit., págs. 289-309, entre otros.

En tal sentido sostiene MALO⁸, cuando recogemos información sobre personas con alguna discapacidad lo que estaríamos haciendo es recoger información necesariamente incardinada en un cierto contexto social y tecnológico que es el que hace que esa persona por poseer una cierta característica experimente limitaciones para llevar una vida realmente independiente. De ahí que en la comparación de cifras sobre discapacidad, se obtenga dicha información de la forma que sea, tiene que hacerse en sociedades similares entre sí, pues no puede ser lo mismo una parálisis cerebral en la Grecia clásica que en la sociedad occidental actual por mucho que médicamente se describan igual, porque el hecho de que veamos y contabilicemos a una persona con alguna discapacidad está condicionado por la existencia de ayudas técnicas y personales y de cómo la sociedad asigna ese tipo de ayudas.

Administrativamente y vulgarmente se la define a la discapacidad como sinónimo de incapacidad (como incapacidad para trabajar), por lo que corresponde a quien la posee obtener del estado alguna prestación social, subsidio u ingreso, ya que el modo habitual de obtener los ingresos necesarios para la supervivencia económica en las sociedades actuales, es el trabajo remunerado.

Esta definición no es útil, ya que presenta algunas limitaciones: si una persona puede participar en el mercado de trabajo entonces no estaba discapacitado en el sentido anterior y si puede llegar a integrarse en un futuro más o menos cercano entonces esa integración laboral significaría que deja de ser discapacitado. Los datos son tomados de los registros públicos de los trámites de solicitud de declaración de discapacidad como de los registros de beneficiarios de prestaciones o subsidios por discapacidad y en ellos puede ser que no se encuentren todas las personas con discapacidad o que por el contrario se encuentren personas que no padecen ningún tipo de discapacidad.

La definición de discapacidad más utilizada y mencionada en el análisis de la problemática de las PCD en cuanto a su participación en el mercado del trabajo, es la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías propuesta por la Organización Mundial

⁸ MALO, Miguel Ángel. “La definición de la discapacidad en la investigación económica: Una reflexión necesaria sobre qué características debería cumplir” <http://www.redalyc.org/html/301/301113193002.pdf>, búsqueda del 23de mayo de 2017.

de la Salud (OMS) en el año 1976. Se basa fundamentalmente en tres conceptos, deficiencia, discapacidad y minusvalía.

Deficiencia es toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica. Discapacidad, es toda restricción o ausencia, debido a una deficiencia, de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen considerado como “normal”. La Minusvalía es toda situación de desventaja sufrida por un individuo como consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol dado en función de las características personales en un determinado entorno.

Las definiciones de deficiencia y discapacidad, al basarse en las actividades para las que se encuentran limitadas las PCD, son las que mejor permiten conocer las características del colectivo. La determinación de esas actividades ha ido permitiendo el desarrollo de la medición, el análisis de las relaciones laborales de las PCD y la definición de la discapacidad.

Cuando la finalidad es realizar un análisis económico del comportamiento de las PCD en el mercado del trabajo, al igual que en el ámbito jurídico y sociológico, se necesita definir precisamente a la discapacidad, para que desde la particularidad del análisis de la ciencia económica se posibilite su medición.

Si se habla sociológicamente de discapacidad se habla de personas; dichas personas constituyen un colectivo que experimenta ciertas condiciones de existencia relativamente homólogas, debido, fundamentalmente, a las imposiciones de las que son objeto por los entornos en los que conviven. Es decir, su constitución como colectivo no es consecuencia de una homogeneidad intrínseca, sino fruto de una homologación impuesta; y en ella, juega un papel fundamental la catalogación médica de la que son objeto esas personas⁹.

En la dimensión jurídica se utiliza el término “personas con discapacidad” desde la descripción de la heterogeneidad del colectivo, la exigencia de un plazo de duración de su estado, su dimensión social en cuanto a las barreras sociales que impiden la “igualdad de condiciones”. En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de

⁹ RODRÍGUEZ DIAZ, Susana- FERREIRA, Miguel A.V. “Desde la Dis-capacidad hacia la Diversidad Funcional- Un ejercicio de Dis-Normalización”, *Revista Internacional de Sociología*, Vol. 68, N°2, mayo-agosto 2010, Madrid (España), pág. 292.

las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 26378 (2008), da una definición sobre qué colectivo se regula cuando determina 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” (artículo 1).

En consecuencia, el efecto de una supuesta disfunción es relativo al entorno, y la discapacidad es por consiguiente un concepto social y no exclusivamente el atributo de un individuo. Es además un concepto muy heterogéneo, por lo que la búsqueda de una definición homogénea sea una tarea muy difícil¹⁰.

4. INCIDENCIAS ECONÓMICAS DE LA INSERCIÓN DEL TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD EN EL MERCADO

Como se indicara en el apartado anterior, la particularidad del análisis económico respecto de la problemática de las personas con discapacidad en el mercado del trabajo, exige una definición de discapacidad lo suficientemente precisa que permita conocer las características del colectivo y posibilite su medición.

Es prácticamente imposible lograr una definición de discapacidad que pueda aplicarse universalmente, debido a que los países, y prácticamente todos los organismos administrativos, trabajan con diferentes conceptos de discapacidad¹¹. Por lo tanto, todo intento de medir estadísticamente

¹⁰ MOMM, Willi, GIECKER, Otto. “Discapacidad: conceptos y definiciones”, *OIT Enciclopedia de salud y seguridad en el trabajo*, Tomo 1, capítulo 17, pág. 2. www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/TextosOnline/.../tomo1/17.pdf, búsqueda del 12 de junio de 2016.

¹¹ A los efectos sirve observar la terminología legal sobre discapacidad utilizada en países de la región •Argentina Ley 22.431 de 1981: Sistema de protección integral de los discapacitados. 1. Persona con discapacidad. 2. Persona discapacitada. • Ley 26.858 de 2013: Personas con discapacidad acompañadas por Perro Guía o de Asistencia. 1. Persona con discapacidad. • Ley 26.816 de 2013: RÉGIMEN FEDERAL DE EMPLEO PROTEGIDO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 1. Persona con discapacidad. 2. Personal discapacitado. 3. Afiliados discapacitados. •Chile Ley 20422 de 2010: ESTABLECE NORMAS SOBRE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES E INCLUSIÓN SOCIAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 1. Persona con discapacidad. 2. Discapacitado/a. • Uruguay Ley 18.651 de 2010: PROTECCIÓN INTEGRAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 1. Persona con

la discapacidad debe tener en cuenta que ésta es un concepto relativo, condicionado por la existencia de ayudas técnicas, personales, o ambas y de cómo la sociedad asigna ese tipo de ayudas.

Permanentemente, se hacen esfuerzos para determinar mediante encuestas y censos el total de las personas con discapacidad, pero estos instrumentos tienen límites conceptuales objetivos, como son el tipo, el modo, la oportunidad, etc. de hacer las preguntas, que en la mayoría de los casos no solo que no permiten el conocimiento acabado del colectivo de las personas con discapacidad, sino que impiden las comparaciones internacionales.

La mayoría de las estadísticas, contienen información únicamente sobre los registros de beneficiarios de medidas estatales o públicas específicas aplicadas de conformidad con las definiciones legales. Las personas que no se consideran con discapacidad y sobrellevan solas la discapacidad no suelen incluirse en las estadísticas oficiales. Conforme los principios de la dignidad humana, le asiste el derecho a no registrarse como PCD.

La cuestión más polémica es qué es exactamente lo que esos estudios pretenden demostrar, en especial considerando que no existe un concepto sostenible de discapacidad como conjunto objetivo de conclusiones que se apliquen y comprendan por igual en todos los países. De este modo, el reducido número de PCD registradas estadísticamente en algunos países no refleja necesariamente una realidad objetiva, sino, con mayor probabilidad, el hecho de que los países en cuestión ofrecen menos servicios y disposiciones legales en favor de las PCD. A la inversa, es probable que los países que disponen de un amplio sistema de protección social y rehabilitación muestren un elevado porcentaje de personas con discapacidad.

discapacidad. 2. Discapacitado/a: utiliza una sola vez la expresión. •Paraguay LEY 4.962 de 2013: QUE ESTABLECE BENEFICIOS PARA LOS EMPLEADORES, A LOS EFECTOS DE INCENTIVAR LA INCORPORACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL SECTOR PRIVADO. 1. Persona con discapacidad. 2. Discapacitado/a: utiliza una sola vez la expresión. •Brasil Ley 13146 de 2015. Ley Brasileira de Inclusión de las Personas con Discapacidad (Estatuto de las Personas con Discapacidad). 1. Persona con discapacidad (Pessoa com Deficiência). •Perú Ley 29973 de 2013: Ley General de la Persona con Discapacidad. 1. Persona con discapacidad. •Colombia LEY ESTATUTARIA 1618 DE 2013: Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. 1. Persona con y/o en situación de discapacidad.

Lo cierto es que la no disposición de información estadística precisa y actualizada dificulta la elaboración y gestión de políticas públicas destinadas a atender la situación y las necesidades específicas de las PCD, así como la viabilidad económica y social de la eliminación de las barreras a la integración, conforme los nuevos conceptos.

La consecuencia de ello se puede observar claramente a partir de un análisis realizado por la OIT¹² respecto de aspectos económicos de la problemática de las PCD en cuanto a sus relaciones laborales e incorporación al mercado del trabajo.

En el mismo se argumenta acerca de los beneficios que puede generar el empleo de PCD con discapacidad, ya que a medida que los empleadores las contratan se dan cuenta de que ello repercute positivamente en el lugar de trabajo en términos de eficacia, productividad y éxito en general. Este argumento se basa fundamentalmente en que las personas con discapacidad son tan productivas y fiables como sus homólogos sin discapacidad, con una elevada tasa de permanencia en el empleo; contratarlas aumenta la motivación de la fuerza de trabajo; son una fuente de talentos desaprovechada, a menudo, pueden aprovechar ciertas capacidades transferibles para solucionar problemas; y representan un segmento de mercado infravalorado de miles de millones de dólares que también incluye a sus familias y amigos.

Por lo tanto, discriminar y excluir a las personas con discapacidad en el mercado del trabajo, confundiendo discapacidad con no tener capacidades, puede significar el desaprovechamiento de todo un potencial productivo y un alto costo para la sociedad. En la mayoría de los casos, las PCD pueden realizar las mismas tareas que las no discapacitadas y, a menudo, sobresalen en dichas tareas. Puede que algunas personas con discapacidad necesiten apoyo para realizarlas, ya sea mediante ajustes razonables o con medidas de discriminación positiva. También es importante mejorar el acceso a edificios, transporte e información. Según se integran en la fuerza de trabajo y en la sociedad, las PCD han demostrado que son capaces de obtener buenos resultados en la enseñanza; adquirir una amplia gama de competencias; aportar una importante contribución a la fuerza de trabajo y a la economía a distintos niveles, desde los empleos poco cualificados

¹² OECD (2010) *Sickness, disability and work: Breaking the barriers: A synthesis of findings across OECD countries*. www.ilo.org/disability.

hasta los puestos profesionales, de gestión y de responsabilidad y en tanto que empresarios; influir en la política y en la vida de sus comunidades.

Excluir las PCD del empleo supone un enorme coste para la sociedad, ya que tienen dificultades para conseguir empleos a tiempo completo y las probabilidades de estar desempleadas son muy altas respecto de las personas no discapacitadas, además es muy probable que queden excluidas del mercado del trabajo. Si trabajan, tienen más probabilidades de ser mal remunerados, con pocas perspectivas de futuro y malas condiciones de trabajo. Lo que representaría una pérdida anual, del 3 al 7% del PIB. Ello se debe a una pérdida de productividad, a los ingresos fiscales no devengados y a un debilitamiento del consumo. Además, los países que cuentan con sistemas de seguridad social han tenido que pagar los elevados costes de las prestaciones por discapacidad. Si bien es cierto que se requiere una red de protección social para los que no pueden trabajar, el hecho de contar con una gran proporción de la población en edad de trabajar en una situación de dependencia genera grandes desigualdades y una pérdida de eficacia. Muchas personas con discapacidad que actualmente están desempleadas o son económicamente inactivas preferirían trabajar si tuvieran esa opción y si contaran con los debidos apoyos.

En este mismo sentido la CPCD¹³ en su preámbulo destaca “la importancia de incorporar las cuestiones relativas a la discapacidad como parte integrante de las estrategias pertinentes de desarrollo sostenible” y reconoce “el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades, y que la promoción del pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad y de su plena participación tendrán como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas personas y avances significativos en el desarrollo económico, social y humano de la sociedad y en la erradicación de la pobreza”.

Argentina al igual que otros países de la región carece de estadísticas y datos ciertos sobre PCD y tipos de problemáticas del colectivo, a pesar de que la CPCD en su art. 31 fija la obligación de los Estados parte de recopilar información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que les permita formular y aplicar políticas, a fin de dar efecto a la presente Convención.

¹³ CPCD, (Parágrafos g) y m)).

Conforme un estudio¹⁴ del Instituto Nacional de Estadística y Censos (Indec) elaborado a partir de preguntas específicas incluidas en el Censo Nacional 2010, el número de personas con algún tipo de discapacidad permanente representa el 12 por ciento de la población de nuestro país. Este estudio fue presentado en el “14º Encuentro del Grupo de Washington sobre Estadísticas de Discapacidad”-que tuvo lugar en el marco de la Comisión de Estadística de Naciones Unidas (2014)- Determina que el número de personas con algún tipo de “discapacidad permanente” representa el 12, 9 por ciento de la población (5.114.190). De ellos, 2.241.897 personas son considerados Población Económica Activa (PEA) el 43.8% (el 56.2% por lo tanto son población inactiva). Pero, al mismo tiempo, se observa que el 44,6% (2.095.240) está ocupado. En su mayoría, son obreros o empleados (el 60,1 por ciento), seguidos por cuentapropistas (27,5%), patronos (7,5%) y trabajadores familiares (5%). El 69% de quienes son obreros o empleados se desempeña en el sector privado (predominan los jóvenes), y el 31,1% restante son empleados del sector público. Estos datos nos revelan que en el 2010 había un 55,40% de personas discapacitadas desocupadas.

A los fines de la medición lo que se hizo fue incluir una pregunta que permitió indagar no sobre discapacidad sino sobre “dificultad o limitación permanente” (DLP), según cinco dominios: auditivo, visual, movilidad superior, movilidad inferior y cognitivo. Eso, cruzado con variables de sexo, edad, educación, trabajo y poblaciones específicas, por ejemplo, permitió tener una amplia gama de los datos que se pueden obtener.

Si bien el censo no fue una herramienta ideal para medir cuestiones específicas del colectivo y que hacen a su problemática, sí permitió trazar un panorama de la discapacidad en Argentina, y es el dato oficial más reciente que se dispone al respecto.

Puede decirse entonces que los censos y las estadísticas son útiles al análisis económico, si son realizados dentro de un sistema que aplique criterios precisos respecto a quién presenta un nivel de discapacidad suficiente para ser censado como persona con discapacidad. La dificultad estriba en hacer comparaciones entre sistemas o países que aplican criterios

¹⁴ Página/12, Sociedad, “El mapa de la discapacidad en el país”, jueves 9 de octubre de 2014, www.pagina12.com.gov.ar/diario/sociedad/3-257133-2014-10-09.html, búsqueda del 17 de abril de 2016.

diferentes. Estrictamente hablando, los censos y las encuestas encaminadas a obtener datos sobre la discapacidad sólo pueden censar a las personas que informan personalmente de que tienen una deficiencia o una limitación funcional por razón de una deficiencia, o de que creen que están en una situación de desventaja debido a una deficiencia. A diferencia del sexo o la edad, la discapacidad no es una variable estadística claramente definible, sino un término contextual expuesto a interpretación. Por consiguiente, los datos sobre discapacidad son necesariamente aproximados y deben tratarse con sumo cuidado.

Entonces podría decirse que la disposición de una definición de discapacidad que permita una construcción de datos estadísticos respecto de ella, significaría un enriquecimiento para la ciencia económica, porque le permitiría ampliar el análisis económico de la problemática de la discapacidad a la teoría del desarrollo económico, superando el tradicional enfoque que se hace de la misma en el ámbito de la teoría de la distribución del ingreso y la pobreza.

Reconociendo a las PCD como sujeto de derechos en igualdad de oportunidades con los demás y al bloque constitucional de la CDPC cuyo mandato constituye una obligación del estado en incorporar el modelo social a las políticas públicas, sumada a la importancia que la participación de las PCD tienen como un valor positivo del mercado de trabajo, no solamente para el colectivo sino también para la contribución del desarrollo sostenible de la sociedad toda, cabe nuestro análisis para acercarnos a contextualizar a las PCD dentro del actual régimen legal de la relación de dependencia, para ello seguiremos el análisis acercándonos al presente normativo y su relación con las normas fundamentales.

5. LOS PARÁMETROS DE LA OIT EN LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD

Las ratificaciones del país a las Convenciones logradas en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) definen el rumbo hacia donde deberían dirigirse las políticas sobre empleo de las PCD en Argentina, de allí la importancia de visibilizar los parámetros que, creemos, deberían construirse a partir de dicha normativa.

Como ya dijimos, el término para referirse a las PCD fue diferente a lo largo de la historia. Quizás esa sea la razón por la cual en el C159¹⁵ - *Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas)*, 1983 (núm. 159) *Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas* se haga referencia a las “personas inválidas”¹⁶ como sinónimo de una PCD en relación con el empleo.

Hecha la salvedad y sosteniendo la necesidad de adecuar dicha terminología, caracteriza a la “persona inválida” como toda persona cuyas posibilidades de obtener, conservar y progresar en un empleo adecuado queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida.

Define como *readaptación profesional* aquella que permita a esta persona obtener, conservar y progresar en un empleo adecuado, promoviendo así la integración o reintegración de ésta en la sociedad. Curioso es que se hable de “reintegración a la sociedad”, éste presupuesto podría llevarnos a pensar –al diferenciarse de la “integración”– que la “persona inválida” no pertenece a una sociedad, sino que ésta entra y sale de la sociedad conforme se le permita. Por el contrario, creemos, que otro de los logros del cambio de paradigma hacia el “modelo social” es el pensar a la PCD como parte de una sociedad que produce también su discapacidad.

En punto a considerar un instrumento positivo y válido para orientar políticas, debemos destacar que la CPCD se preocupa por remarcar y proteger dos tramos de la vida laboral de una persona, es decir, el acceso

¹⁵ Organización Internacional del Trabajo (OIT) - C159 - Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (núm. 159) Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (Entrada en vigor: 20 junio 1985), ratificado por Argentina el 13 abril 1987 y actualmente en vigor. Previa a la Convención mencionada solo existía el marco referencial del C111 - Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), que protegía uno de los aspectos que sufren las PCD compartido por otros colectivos, como es las diferentes formas de discriminación en el empleo. Esta Convención encuadra el término discriminación solo a las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en “motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social” excluyendo a las PCD.

¹⁶ Cabe recordar que el término “personas con discapacidad (PCD)” fue consensuado en las Naciones Unidas en la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada mediante resolución de la Asamblea General A/RES/61/106 del 13 de diciembre de 2006.

y la conservación del empleo. De este último, resalta la posibilidad de progresar en un puesto de trabajo.

Conforme la CPCD, las políticas sobre el colectivo a diseñar por los miembros deberán contemplar: *el principio de igualdad de oportunidades y de trato, *implementación de medidas positivas especiales orientadas a lograr la readaptación profesional, *implementación de medidas positivas especiales orientadas a promover oportunidades de empleo en el mercado regular del trabajo, *orientadas a la heterogeneidad del colectivo y en uniformidad territorial (zonas rurales y comunidades apartadas).

La noción de “trabajo decente”¹⁷, dada a conocer por vez primera con estas palabras en la Memoria del Director General¹⁸ a la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en 1999, expresa los vastos y variados asuntos relacionados hoy día con el trabajo y los resume en palabras que todo el mundo puede reconocer. En la citada memoria del Director General se estudian a fondo cuatro elementos de este concepto: el empleo, la protección social, los derechos de los trabajadores y el diálogo social. El empleo abarca todas las clases de trabajo y tiene facetas cuantitativas y cualitativas. La seguridad social y la seguridad de ingresos también son elementos esenciales, aun cuando dependan de la capacidad y del nivel de desarrollo de cada sociedad. Los otros dos componentes tienen por objeto reforzar las relaciones sociales de los trabajadores: los derechos fundamentales del trabajo y el diálogo social, en el que los trabajadores ejercen el derecho a exponer sus opiniones, defender sus intereses y entablar negociaciones con los empleadores y con las autoridades sobre los asuntos relacionados con la actividad laboral.

La noción de “trabajo decente” toma transversalmente a las relaciones del trabajo y a los trabajadores, en razón de posicionarse como un estándar a alcanzar por los diferentes sistemas normativos de los países miembros. Tan importante y trascendente es, que la “Agenda 2030 para el desarrollo sostenible”¹⁹ remarca la importancia del “trabajo decente” como realiza-

¹⁷ GHA, Dharam. “Trabajo decente. Concepto e indicadores”, Revista Internacional del Trabajo, vol. 122 (2003), núm. 2, Ginebra, pág. 125/126.

¹⁸ Por entonces Juan Somavía.

¹⁹ La “Agenda 2030 para el desarrollo sostenible” coloca en su centro de atención a las personas y el planeta, en tres dimensiones de la sostenibilidad: económica, social y medioambiental. Está marcada por los “17 Objetivos de Desarrollo Sostenible” (ODS) que centran en los progresos alcanzados a través de los Objetivos de Desarrollo del

dor de desarrollo sostenible, destacado en el objetivo 8 como finalidad “promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos”. En relación al empleo, su apartado 8.5 dispone como meta para 2030, “lograr el empleo pleno y productivo y garantizar un trabajo decente para todos los hombres y mujeres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, y la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor”.

En esta relación de normativas, la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos de las Personas con Discapacidad reconoce el derecho de las PCD a trabajar, en igualdad de condiciones que los demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laboral que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad (artículo 27). Trabajo que entendemos como: *un derecho humano y *en relación de “trabajo decente”.

No debemos olvidar que en el año 2015, el informe de la OIT sobre “modelo social de discapacidad” subraya que las personas con discapacidad tienen menos probabilidades que el resto de tener un empleo a tiempo completo y hasta el doble de probabilidades de estar desempleados, se indica también que las diferencias pueden reducirse, cambiar o eliminarse si se superan barreras existentes en materia de políticas, entornos inaccesibles, acceso a la información, comunicaciones y legislación²⁰.

6. DERECHO AL TRABAJO – UN RECONOCIMIENTO A LAS PCD BAJO PARÁMETROS DE DERECHOS HUMANOS

En el derecho argentino, el trabajador es sujeto de predominante atención constitucional, situación no sólo derivada del art. 14 bis de la Constitución Nacional, sino también del corpus iuris que compone el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la inserción de los tratados de

Milenio (ODM) y es producto de la Cumbre especial del 25 y 26 de septiembre de 2015 realizada en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas cuando se suscribe un conjunto de objetivos globales para erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad para todos como parte de una nueva agenda de desarrollo sostenible.

²⁰ OECD (2010), “Sickness”, ob. cit.

derechos humanos en el ordenamiento jurídico argentino dada por el art. 75 incs. 22 y 24 de la Constitución Nacional. Esto presenta un escenario de nuevos paradigmas, principios y valores en todo el espectro en que se desenvuelven las relaciones de trabajo, que evidentemente enriquece y completa el precepto del art. 14 bis de la Constitución Nacional²¹.

Como señalamos anteriormente, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad define a las PCD cuando en su artículo 1 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”, para más adelante explicar cuál es la extensión del precepto “igual condiciones que las demás” en materia laboral, cuando dice en su artículo 27 que ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad .

Si las normas de derecho individual del trabajo escapan a la normativa del empleo público, cabe preguntarnos ¿los derechos fundamentales son aplicables en las relaciones entre particulares?

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en Opinión Consultiva 18/03, párrafo 140, ha señalado que “en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares”.

²¹ PALACIO CAEIRO, Silvia B. “El derecho del trabajo en la Constitución Nacional y Tratados de Derechos Humanos”, publicación de las XIV Jornadas del Centro de la República: “Impacto del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Trabajo”, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo – Filial Córdoba- Argentina, 28 y 29 de mayo de 2015, p. 2.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en un caso de violación del derecho a la igualdad y no discriminación en razón de sexo por negación del derecho de “acceso al trabajo”, en defensa de los derechos de una mujer a quien le fuera negado un puesto de chofer a pesar de haber acreditado idoneidad (“Sisnero, Mirtha Graciela y otros v. Tadelva SRL y otros s/ amparo” - 20/5/2014), confirmó la obligación de los particulares de respeto de los tratados de derechos humanos, indicando que dicha obligación no comprende sólo a autoridades públicas.

Entonces, el alcance de la obligación para Ermida Uriarte²² se valida en “el hecho de que esos derechos laborales que son derechos humanos, estén supraordenados en la Constitución y en las normas internacionales, los vuelven indisponibles para el legislador ordinario, para la Administración y para el operador jurídico en general”, posición que compartimos.

Ahora cabe reconocer, según Vivas Tesón²³, que la aplicación de los derechos fundamentales entre los particulares es más matizada, dado la prevalencia en él del principio de autonomía de la voluntad y libertad negocial, que en la esfera de lo público.

7. CAPACIDAD RESTRINGIDA Y CAPACIDAD PARA TRABAJAR

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) recepta en el Libro I, -Parte General, Persona humana- capítulo 2, la figura de *capacidad restringida* por oposición a la incapacidad regulada en el viejo Código Civil. Dispone que se presume la capacidad de derecho y de ejercicio de los mismos, restringiendo dichas capacidades sólo según las limitaciones expresamente previstas en el Código y en una sentencia judicial. Reafirma el artículo 24 CCCN que es una persona humana incapaz de ejercicio: “... c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión”.

Parece claro que la sentencia judicial es un elemento esencial en la restricción a la capacidad de una persona humana, ya que será el instru-

²² ERMIDA URIARTE, Oscar. “Derechos Humanos Laborales en el derecho positivo uruguayo”, Investigación sobre la aplicación de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo en Uruguay (Documento de trabajo, 205), Lima-Perú, OIT, 2006, p. 2.

²³ VIVAS TESÓN, Inmaculada. “La horizontalidad de los derechos fundamentales”, Bienes de la Personalidad, Universidad de Murcia-Servicio de Publicaciones, España, pág. 207.

mento público que determinará, según el artículo 38 CCCN, la extensión y alcance de la restricción para lo cual, el juez deberá especificar con detalle las funciones y actos que se limitan afectando lo menos posible la autonomía personal.

Conforme el mismo artículo, para el caso que resulte la restricción de la capacidad de una persona, el juez deberá designar “apoyos o curadores” señalando las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción, con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación.

La Ley de Contrato de Trabajo 20744 solo regula la capacidad del trabajador en torno a uno de los componentes de la capacidad de ejercicio, cual es la edad de la persona. Así, dispone en su artículo 32 que las personas puedan celebrar contratos de trabajo a partir de los dieciocho años de edad o a partir de los dieciséis años y menores de dieciocho años, con autorización de sus padres, responsables o tutores, presumiendo dicha autorización cuando la persona viva independientemente de éstos.

El nuevo Código Civil y Comercial resguarda la autonomía de la persona humana, en el caso de las personas con capacidad restringida el principio es la capacidad de ejercicio y las incapacidades surgen de la determinación por sentencia judicial. En este marco, a lo largo del Código Civil y Comercial encontramos diversas normas orientadas a la protección y que actúan como mecanismos para superar las incapacidades de ejercicio. En efecto, es un principio básico e inveterado del derecho civil que las limitaciones a la capacidad de ejercicio están puestas “para protección” de la persona incapaz y en su beneficio. La tendencia a la autonomía no puede ignorar que las personas son particularmente vulnerables y que en atención a ello hay que disponer medidas adecuadas de ayuda para que puedan ejercer sus derechos²⁴.

En la CPCD plantea la necesidad de mantener a la PCD gozando de autonomía. En un interesante análisis²⁵ sobre el reconocimiento de la autonomía en la CPCD, se dijo que se reconoce de forma explícita en el preámbulo: “la importancia que para las personas con discapacidad reviste

²⁴ LAFFERRIERE, Jorge N. “La capacidad de ejercicio en el nuevo Código Civil y Comercial: entre la autonomía y la protección”, DFyP 2017 (mayo), 11/05/2017, p. 207.

²⁵ VIAR, Ludmila Andrea. “El principio de autonomía y sus dimensiones en la legislación argentina sobre discapacidad”, DFyP 2017 (mayo), 11/05/2017, 230.

su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones (...)"'. Este concepto de autonomía que trae la CPCD se repite en el art. 3 inc. a) al hablar de autonomía individual en el marco de los principios generales del cuerpo normativo. Luego se menciona la autonomía en el art. 16, punto 4 al tratar lo relativo a la protección contra la explotación, la violencia y el abuso, específicamente en cuanto a la recuperación e integración de las personas con discapacidad afectada. También se encuentra este principio en el art. 5 inc. d) sobre salud, donde sobre todo se trae a colación el concepto de consentimiento informado.

Atento que la ley específica (LCT) solo regula la capacidad para trabajar en torno a una de sus variables como es la edad, será entonces el CCCN el que acudirá a resolver la problemática que pueda plantearse al momento de las capacidades que las PCD deben reunir para asumir la vida laboral. Así entonces, deberá presumirse la capacidad de una persona salvo la sentencia que restrinja sus capacidades para trabajar, cobrar, administrar y ejercer autónomamente sus derechos y obligaciones.

8. TRABAJO EN RELACIÓN DE DEPENDENCIA DE LAS PCD

Recordamos que el concepto de Trabajo decente, propuesto por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) establece las condiciones que debe reunir una relación laboral para cumplir los estándares laborales internacionales, de manera que el trabajo se realice en forma libre, igualitaria, segura y humanamente digna y que, el ya nombrado artículo 27 CPCD dispone que *los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación* (los resaltados nos pertenecen)... Así entendido, suponemos que el precepto "igualdad de condiciones" tiene como extensión el de "igualdad de oportunidades" que deberá ser interpretado en el acceso, el mantenimiento y la terminación de la prestación de servicios remunerada, de un trabajador con discapacidad en relación a un trabajador sin discapacidad.

Para el análisis consideramos a la relación de trabajo en una división realizada conforme pensamos el decurso del contrato de trabajo: el acceso al trabajo, el mantenimiento de la relación, el fin de la misma.

8.1- Acceso al trabajo e igualdad de oportunidades - equilibrando el desequilibrio

Las políticas adoptadas a fin de favorecer el acceso al trabajo dependiente del colectivo estudiado son en mayor medida de orden fiscal, como:

- Cómputo del 70% de las retribuciones abonadas como deducción adicional en el Impuesto a las ganancias (ley 22.431 y 23.021)
- 50% de reducción de las contribuciones a la seguridad social el primer año de empleo (ley 24013, art.87)
- deducción de ingresos brutos de acuerdo a cada jurisdicción provincial
- Régimen Federal de Empleo Protegido para personas con discapacidad, ley 26.816 (2013), ley especial que apunta al desarrollo de “Talleres Protegidos Especiales para el Empleo”, “Talleres Protegidos de Producción” y “Grupos Laborales Protegidos”, éstos últimos considerados a las secciones o células de empresas públicas o privadas constituidas íntegramente por trabajadores con discapacidad cuya particularidad referenciaremos más adelante.
- Deber del estado de organizar programas para impulsar que en las convenciones colectivas se incluyan reservas de puestos de trabajo para discapacitados en el sector privado (ley 24013, artículo 86, inc. c.). En este sentido, en el ámbito de las negociaciones convencionales se lograron declaraciones de compromisos por parte de los empleadores, sirva como ejemplo el Convenio del Sindicato Único del Neumático Argentino (SUTNA) que prescribe: “Las empresas declaren su compromiso para la real integración de los trabajadores con discapacidad, sea para preservar o acceder al ámbito laboral en tanto ello resulte compatible con la índole de las tareas y la existencia de vacantes”. Del relevamiento realizado no existe ningún Convenio Colectivo que establezca, a modo de

lo realizado en el empleo público²⁶, un porcentaje ingreso por cupo de trabajadores con discapacidad para empresas.

En su primera redacción, la ley 24013 en su título III, “promoción y defensa del empleo”, se creaban diferentes modalidades de contratación laboral como: contratación de tiempo determinado como medida de fomento del empleo, de tiempo determinado por lanzamiento de nueva actividad, de práctica laboral, de trabajo-formación y a plazo fijo todos contratos a tiempo determinado. En éste tipo de contratación y para cuando se contratare un trabajador con discapacidad, se disponía la duplicación de los plazos de duración de los mismos. La mayoría de estos contratos fueron derogados por ley 25013 (1998), ya que fueron altamente criticados por cuanto atentaban contra el principio general de indeterminación del plazo, provocando precarización o “flexibilización” de los contratos de trabajo.

La posibilidad de prever un cupo de ingreso que permita asegurar el acceso efectivo, frente a las posibles discriminaciones que puedan producirse a la hora de elegir nuevos trabajadores que integren plantas de personal, es una de las opciones que podrían considerarse. Por supuesto que en el mercado laboral existen diversas formas de organización empresarial (grandes, pequeñas, medianas, microempresas, etc.) y que la posibilidad de incorporar un “cupo” dependerá de diversos factores a tener en cuenta en cada caso, pero la sola enunciación de “compromisos” (a modo del Convenio del Sindicato Único del Neumático Argentino-SUTNA) no basta para realizar acciones efectivas.

Si bien es cierto que el estado es responsable directo del cumplimiento de la CPCD, como ya dijimos anteriormente, los privados no se ven liberados. Recordando las palabras de Vivas Tesón ya citadas, la responsabilidad del ejercicio de los derechos fundamentales entre particulares debe ser más matizada dada la prevalencia, en esa esfera, de los principios de autonomía de la voluntad y libertad negocial. La posibilidad de intentar

²⁶ En materia de empleo público, por ley 22.431 (mod. ley 25.689) pone en cabeza del estado nacional, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos la obligación de contratar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo. Esta obligación de contratación se refleja en la imposición de un cupo de mínima del plantel de personal, en proporción no inferior al 4% de la totalidad, incorporando en la última reforma la obligación de establecer reservas de puestos de trabajo para ser exclusivamente ocupados por ellas.

un cupo de ingreso al empleo privado es posible y el análisis deberá estar centrado en el modo de establecerlo.

La implementación del cupo de ingreso puede pensarse a través de dos vías: negociación sindical o legislación que así lo prevea. En el primer supuesto, es factible entender el ámbito de las negociaciones convencionales como el propio para arribar a un acuerdo que permita la inclusión de personas con discapacidad desde el momento inicial, como es el “acceso al trabajo”. Esto es así por cuanto la “negociación” supone un acuerdo producto del consenso de las partes, lo que evitaría la imposición de una ley específica, pero exige un grado de compromiso tal que suponga la realización efectiva de lo acordado. La segunda, vía consenso legislativo, es utilizar la técnica del cupo en la ley protectoria general, como ejemplo cabe el proyecto de reforma²⁷ del vigente “Sistema de protección integral de los discapacitados”- ley 22431, que en el artículo 25, extiende la obligación de acceso a las PCD que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo a las empresas privadas que excedan los requisitos del artículo 83 de la ley 24467 de la Pequeña y Mediana Empresa (PYME), en un porcentaje no inferior al 2% de la totalidad del plantel (efectivo, los que se encuentren bajo modalidades de contrato y los de tercerización de servicios). Es decir, el proyecto exime de la obligación de contratar por cupo a PCD a empresas que su plantel no supere los cuarenta (40) trabajadores y que tengan una facturación anual inferior a la cantidad que para cada actividad o sector fije la Comisión Especial de Seguimiento²⁸.

La única forma de ingreso al empleo privado por cupo es la extensión de la obligación hacia las empresas privadas concesionarias de servicios públicos, ya que estas se encuentran comprendidas dentro del sujeto “Estado” (art. 8, ley 22431 y mod.) obligado a respetar el cupo de ingreso al trabajo de las PCD.

²⁷ Según Dictamen de la Comisión de Discapacidad y de Presupuesto y Hacienda que han considerado los proyectos de ley de los diputados Donkin, Rivas, Guccione, Ziebart, Carrillo y Balcedo; diputados Puiggros, Mendoza, Perroni, Segarra, Soria, Mazurre, Marcopulos, Giacomino y Balcedo, y de los señores Ciampini, Masin, González, Carrizo, Mercado, Llanos, Guzmán, Guerin y Castro y sendos expedientes a la vista. Dictamen año 2016, enviado por CONADIS, a la fecha sin tratamiento legislativo.

²⁸ Pueden conocerse los valores de clasificación PYME actualizados en <http://www.produccion.gob.ar/clasificacion-pyme>.

8.2- Mantenimiento de la relación de trabajo e igualdad de oportunidades

Una vez que la PCD ingresa, nos preguntamos sobre las posibilidades reales que pueda obtener una mejora en su puesto de trabajo. Es decir, pueda acceder en igualdad de oportunidades a la “promoción profesional” o mejoras que se obtienen no por la mera acumulación de años de antigüedad.

Éste tramo del decurso del contrato de trabajo, el mantenimiento de la relación y la posibilidad de promoción profesional es una preocupación que ya se plantea en el citado C159-OIT (1985)-*Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo*, cuando en su artículo 1, inc. 2 dice que todo Miembro deberá considerar que la finalidad de la readaptación profesional no es solamente la de permitir que el acceso y mantenimiento del trabajo, sino también la posibilidad que progrese en el mismo. Tampoco es ajena a la CPCD²⁹, cuando en su preámbulo y articulado promueve la inclusión y mayor autonomía posible de las PCD en el marco del modelo social de discapacidad.

Del sistema de protección del trabajo de las PCD en la normativa especial (ley 22431) no puede inferirse que existan medidas positivas especiales encaminadas a lograr el objetivo que nos planteamos, razón por la cual otra vez será el dispositivo sobre discriminación al que se tendrá que recurrir para el caso concreto.

Atender a la formación y capacitación de las PCD será uno de los mandatos que la Convención reafirma y que también encuentra su correlato la legislación actual en materia de contrato individual del trabajo en general. Es que el título II, capítulo VIII de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744, titulado “De la formación profesional”³⁰, regula las distintas pautas que deberían regir para asegurar capacitación para todos los trabajadores: *promoción y formación en el trabajo como un derecho fundamental del trabajador, en condiciones de acceso igualitario; *Implementación de acciones de formación y capacitación profesional con asistencia estatal; *participación sindical en las acciones de capacitación; *obligación de indicar en el certificado de trabajo la capacitación recibida y *fomento

²⁹ Ver Preámbulo, artículo 1, artículo 3, artículo 5, artículo 8, entre otros.

³⁰ En 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”, cuyos siete artículos –dato curioso- no tiene numeración hasta la fecha.

de la capacitación profesional otorgando, a través de las Convenciones Colectivas, una cantidad de horas del tiempo anual del trabajo. Estas pautas de tono general marcan el camino para que el derecho de capacitación continua y, para el caso de las PCD, adecuada y adaptada se haga realidad como una herramienta más que coadyuve al trabajador con discapacidad a acceder en igualdad de oportunidades a su promoción profesional.

8.3- Finalización del contrato por discriminación del trabajador con discapacidad

La ley 20.744 y modificatorias resguarda a todo trabajador de ser sujeto de trato discriminatorio cuando prohíbe el mismo (art. 17 y 81). La ley 25.013, artículo 11, solo considera “despido discriminatorio” al ocurrido por las causales de raza, sexo y religión (30% más), entonces ante un caso de “despido discriminatorio” que comprenda otras causales, los jueces invocan la ley 23.592 (ley antidiscriminación general), para resolver el despido de un trabajador a raíz de un acto discriminatorio, en estos casos existe la posibilidad que el trabajador discriminado sea reinsertado en su puesto ya que -si ello puede probarse- se puede determinar la nulidad del despido o bien decidir que se indemnice por daño moral al dependiente como consecuencia de la ilicitud de la empresa.

Fuera del trato discriminatorio, no existe una normativa sancionatoria especial a modo del supuesto de agravamiento indemnizatorio en los casos de despido por matrimonio o por causa de embarazo de la LCT³¹, es decir, no se imponen cargas económicas gravosas por vía legal, ni por negociación convencional.

9. MODALIDADES DE PRESTACIONES DE TRABAJO CON APLICACIÓN AL TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD

Con el fin de promover el desarrollo laboral de las personas con discapacidad mejorando el acceso al empleo y posibilitar la obtención,

³¹ En caso de incumplimiento de esta prohibición, el empleador abonará una indemnización equivalente a un año de remuneraciones, que se acumulará a la indemnización por antigüedad.

conservación y progreso en un empleo protegido en el ámbito público y privado, se crea el “Régimen Federal de Empleo Protegido para personas con discapacidad” bajo ley 26.816 (2013). Para ello, se deberá promover la superación de las aptitudes, las competencias y actitudes de las personas con discapacidad, de acuerdo a los requerimientos de los mercados laborales locales creando como herramientas del sistema las figuras de “Talleres Protegidos Especiales para el Empleo” (TPEE), “Talleres Protegidos de Producción” (TPP) y “Grupos Laborales Protegidos” (GLP).

Taller Protegido de Producción (TPP) es aquél que desarrolla actividades productivas, comerciales o de servicio para el mercado, debiendo brindar a sus trabajadores un empleo remunerado y la prestación de servicios de adaptación laboral y social que requieran. Su estructura y organización son similares a las que deben adoptar las empresas ordinarias, sin perjuicio de sus particulares características y de la función social que cumplen. Las conformaciones de las plantillas de personal deberán integrarse, como mínimo, en un ochenta por ciento (80%) con personas con discapacidad³².

Bajo esta figura, se establece con las PCD una relación bajo contrato de trabajo que se supone por tiempo indeterminado, aunque podrán celebrarse contratos por tiempo determinado, cuando la naturaleza de la tarea así lo requiera, de acuerdo a las excepciones previstas en la LCT (ley 20.744 y mod.) y las normas legales o convencionales que resulten aplicables.

Serán considerados Grupos Laborales Protegidos a las secciones o células de empresas públicas o privadas constituidas íntegramente por trabajadores con discapacidad (no menos de 2 en empresas con hasta 20 trabajadores; 3 en empresas con hasta 50 trabajadores, y 6 en empresas con más de 50 trabajadores). Las empresas con GLP deberán ofrecer las ayudas técnicas y acciones de capacitación para una efectiva integración de las personas con discapacidad a sus puestos de trabajo que les permitan obtener y conservar un empleo formal no protegido. Reforzando la idea, se prevé que “si corresponde, en razón del tipo y grado de discapacidad de los trabajadores, deberán prestar un servicio de apoyo para el empleo, que contribuya a la adaptación de los trabajadores con discapacidad a su puesto de trabajo”.

³² Según la ley, este mínimo será del setenta por ciento (70%) cuando se trate de Talleres Protegidos de Producción (TPP) con menos de diez (10) trabajadores.

Parece ser objetivo de ambas figuras -TPP y GLP-, ser herramientas que sirvan como puente al trabajo bajo régimen de empleo común ya que en ambas se procura el seguimiento, promoción del desarrollo en tareas de mayor productividad, apoyos técnicos y de capacitación que les permitan a las PCD mejorar constantemente su capacidad para insertarse en un empleo regular.

10. CONCLUSIONES

Debido a la diversidad de situaciones históricas, jurídicas y culturales existentes seguimos transitando un camino hacia la posibilidad de establecer un concepto común de discapacidad, mientras tanto y en orden a referirnos a un colectivo de personas merecedoras de protección se ha tomado el término “personas con discapacidad” para su designación legal, consenso llegado en el ámbito internacional a través de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad CPCD.

El marco legal dado para la protección de las PCD bajo parámetros de derechos humanos está basado en un importante cambio de paradigma, el modelo social de discapacidad. La sociedad pasa entonces, a tener un papel preponderante, una importante obligación cual es crear las condiciones necesarias para que la PCD pueda potenciar sus capacidades, a través de equilibrar con diferentes medidas sus diversidades funcionales.

El derecho al trabajo, entendido como un derecho humano, es un factor inexorable de progreso personal e inclusión social, entonces el sistema legal de regulación del empleo debe ser adecuado a la normativa internacional de derecho interno, como es la inserción de los tratados de derechos humanos en el ordenamiento jurídico argentino dada por el art. 75 incs. 22 y 24 de la Constitución Nacional.

Si bien existen normas especiales, no son suficientes para proteger al colectivo en torno al decurso de la vida laboral, es decir, en el acceso, el mantenimiento y la terminación del contrato individual de trabajo. En este contexto, el cuidado por la no discriminación del trabajador con discapacidad es un aspecto de la vida laboral de la PCD que encuentra dispositivos de protección, pero pocas articulaciones fueron construidas en torno a: *mejoras en el acceso del empleo privado, a través de técnicas legales específicas como es el establecimiento de un “cupó”; *la “promoción profesional” que posibilite el ascenso en niveles superiores

de responsabilidad funcional y mejora salarial; *protección especial ante despidos arbitrarios; *capacitación profesional adecuada y adaptada; entre otras medidas de acción positiva.

Para cualquier trabajador y, en especial para éste sector vulnerable, la condición de “trabajo digno” debe ser un norte a conseguir en toda sociedad, de allí que consideramos necesario que estado, organizaciones de empleadores y sindicatos articulen diversas estrategias que hagan posible acuerdos sociales que se traduzcan en normativas de promoción y fortalecimiento del papel del trabajo como factor de inclusión social.

BIBLIOGRAFÍA

- CAMPBELL, R. MCCONELL-STANLEY L. BRUE. *Economía Laboral*, McGraw-Hill, Madrid, 2007.
- GHA, Dharam. “Trabajo decente. Concepto e indicadores”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122 (2003), núm. 2, Ginebra, págs. 125-160.
- ERMIDA URIARTE, Oscar. “Derechos Humanos Laborales en el derecho positivo uruguayo”, *Investigación sobre la aplicación de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo en Uruguay* (Documento de trabajo, 205), Lima-Perú, OIT, 2006, p. 84.
- FERREIROS, Estela M. “El despido discriminatorio”, *Errepar*, Doctrina Laboral, T. XIV, 2000, Argentina, pág. 305.
- LAFFERRIERE, Jorge N. “La capacidad de ejercicio en el nuevo Código Civil y Comercial: entre la autonomía y la protección”, *DFyP* 2017 (mayo), 11/05/2017, pág. 207-220.
- MALO, Miguel Ángel. “La definición de la discapacidad en la investigación económica: Una reflexión necesaria sobre qué características debería cumplir” <http://www.redalyc.org/html/301/30113193002.pdf>, búsqueda del 23 de mayo de 2017.
- MANKIW, N. Gregory. *Principios de Economía*, Sexta Edición, Cengage Learning, México, 2013.
- MOMM, Willi, GEIECKER, Otto. “Discapacidad: conceptos y definiciones”, OIT Enciclopedia de salud y seguridad en el trabajo, Tomo 1, capítulo 17, pág. 2. www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/TextosOnline/.../tomo1/17.pdf, búsqueda del 12 de junio de 2016.

- O'RELLY, Arthur. *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades*, Oficina Internacional del Trabajo (OIT), Ginebra, 2007.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OECD). "Sickness, disability and work: Breaking the barriers: A synthesis of findings across OECD countries", www.ilo.org/disability.
- PARES, Susana. *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad-comentarios y herramientas*, Babel Editorial, Córdoba, 2016.
- PALACIOS, Agustina- ROMAÑACH, Javier. *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Diversitas Ed., España, 2007.
- PALACIO CAEIRO, Silvia B. "El derecho del trabajo en la Constitución Nacional y Tratados de Derechos Humanos", publicación de las XIV Jornadas del Centro de la República: "Impacto del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Trabajo", Asociación Argentina de Derecho del Trabajo – Filial Córdoba- Argentina, 28 y 29 de mayo de 2015, págs. 1-23.
- PIAZEK, León; FERNÁNDEZ VILCHEZ, Iliana. *Modulo aspectos legales de la discapacidad*, Central Obrera de los Trabajadores (CTA), junio 2009, Buenos Aires, Argentina, p. 22.
- POLONIO DE DIOS, Gema. "La protección social en las personas con discapacidad", *Revista de Fomento Social* 71/3-4 (2016), Universidad Loyola de Andalucía, España, ps. 547-576, <http://www.revistadefomentosocial.es/> (búsqueda del 2 de junio de 2017).
- RAY, Debraj. *Economía del Desarrollo*, Antoni Bosch Editor, Barcelona, 1998.
- RODRÍGUEZ DIAZ, Susana- FERREIRA, Miguel A.V. "Desde la Discapacidad hacia la Diversidad Funcional- Un ejercicio de Dis-Normalización", *Revista Internacional de Sociología*, Vol. 68, N°2, mayo-agosto 2010, Madrid (España).
- SAAD, Carla – MINI, Emma. "El precepto "igualdad de oportunidades" del trabajador con discapacidad en la recepción del derecho individual del trabajo argentino", "I Congreso Internacional de Derechos Humanos- Los Derechos Humanos en la Sociedad Contemporánea" organizado por la Universidad Católica Silva Henríquez con el apoyo de Unisal y el Programa de Magíster en Derecho de la Unisal/Lorena, Brasil. Santiago de Chile, 21 y 22 de abril de 2016, en edición.

VIVAS TESÓN, Inmaculada. “La horizontalidad de los derechos fundamentales”, *Bienes de la Personalidad*, Universidad de Murcia-Servicio de Publicaciones, España, ps. 205-213.

EL ACCESO A LA JUSTICIA DEL CONSUMIDOR TRANSNACIONAL¹

*María Gloria Bottiglieri² ~ Amalia Uriondo de Martinoli³
Adriana Zavati de Rougier⁴*

*“Es de fundamental importancia para maximizar la eficacia
de las normas jurídicas, abrir tanto como sea posible el acceso a la
justicia por parte de todos los sectores de la población”*

Carlos S. Nino

Resumen: Una de las características de la relación de consumo actual es que trasciende fronteras, tanto físicas como virtuales, por lo que surge la necesidad de proporcionar un régimen jurídico adecuado en los organismos multilaterales de nuestra región. Resulta de interés abordar el tratamiento normativo que se brinda al consumidor transnacional ante la necesidad de acudir a la justicia para garantizar la efectividad de sus derechos. El enfoque se centra especialmente en los instrumentos relativos a los Derechos Humanos, en los proyectos de convenciones existentes en la materia en el ámbito regional (OEA), universal (ONU), e institucional (Mercosur). Se destaca la necesidad de profundizar los

¹ Artículo recibido 23/06/2017 – Aprobado para su publicación 14/07/2017.

² Abogada (UNC), Especialista en Aspectos Jurídicos del Comercio Exterior (UNC), Magister en Docencia Universitaria (UTN). Profesora Asistente Catedra “B” Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho UNC. Docente investigadora Cat. V., mgbottiglieri@gmail.com

³ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC), Profesora Titular, Catedra “B”, Derecho Internacional Privado Facultad de Derecho UNC. Docente-Investigadora Categoría I. Profesora de Posgrado en Universidades estatales y privadas. , martinoliamalia1@gmail.com

⁴ Abogada y Escribana (UNC), Profesora Adjunta Catedra “B” Derecho Internacional Privado, y docente de posgrado Facultad de Derecho UNC. Docente investigadora Cat. V. Asesora legal y técnica en la Secretaría de Integración Regional y Relaciones Internacionales de la Pcia. De Córdoba, zavatti.adriana@gmail.com

esfuerzos encaminados a la armonización legislativa a fin de garantizar el acceso a la justicia a todos los ciudadanos en la era globalizadora.

Palabras clave: consumidores - usuarios - derechos humanos - bienes y servicios - acceso a la justicia

1. PLANTEO DEL TEMA

El presente artículo, se enmarca en el Proyecto de investigación acreditado por Secyt de la Universidad Nacional de Córdoba titulado “Contrato de consumo. El acceso a la justicia del consumidor transnacional”. Abarcará el tema de los derechos de todos los sujetos que califiquen como consumidores, enfocando el tratamiento de las relaciones por las que los individuos satisfacen sus necesidades básicas y que trascienden fronteras tanto físicas como virtuales, a raíz del auge en la comercialización de bienes y servicios, asociado a la tecnificación, la publicidad del mercado, y la internacionalización de la economía. Esta realidad nos llevó a trazar una serie de objetivos generales y específicos, procurando realizar un examen sobre la protección de los derechos de los consumidores como derechos humanos y, desde esa mira, conocer, analizar y conceptuar los derechos humanos de tercera generación, así como detallar los derechos del consumidor desde la perspectiva jurídica argentina a nivel internacional y nacional.

“La historia del consumo ha adquirido un notable repunte en las últimas décadas, resurgimiento que se explica por la importancia que la proliferación de la oferta y adquisición de objetos materiales tienen sobre la vida de las personas en la mayoría de las sociedades actuales. Los economistas y políticos, se desvelan por explicar las razones del ascenso del consumo, las curvas de la oferta y la demanda, las perspectivas monetarias de los diversos productos en las distintas sociedades. Los antropólogos, los sociólogos y los historiadores, se preocupan por analizar las influencias de la sociedad de consumo sobre los pueblos y las culturas en los diferentes momentos históricos y en las coyunturas actuales” (Guzman León J.M., Jimenez Gonzalez L.E, 2004).

El punto de partida de políticas legislativas de protección de los consumidores se manifestó en los Estados Unidos en 1962 con un discurso

del Presidente John F. Kennedy al Congreso de los EEUU, donde resaltó que los consumidores formaban el grupo económico más importante y, sin embargo, no está organizado de manera efectiva y cuyos intereses muy a menudo no son escuchados. Los poderes públicos se dieron cuenta de que el libre funcionamiento del mercado no podía bastar para garantizar los derechos de los consumidores (el grupo económico con mayoría en el mercado) que se advertían desprotegidos ante el avance de grandes empresas y de la tecnología. En efecto, la relación profesional-consumidor se presenta hoy en día como una relación desequilibrada entre un fuerte y la parte contractual que se encuentra en una situación de desigualdad informativa o sustancial. La superioridad del empresario es tanto de tipo técnico, como financiero y jurídico, tiene la facultad de fijar unilateralmente las cláusulas del contrato. Es el mejor experto del producto o servicio que propone y de su buen uso; conoce también mucho mejor que los consumidores los contratos de adhesión que proyecta hacer firmar. En tanto que estos últimos, sólo tienen la posibilidad de adherirse a las cláusulas prefijadas, o bien abstenerse de celebrar el contrato.

El “ciudadano-consumidor” reclama normas protectorias para evitar los abusos del mercado y para prevenir o resarcir los daños que las conductas negligentes o dolosas del fabricante, proveedor o cualquier otro intermediario del circuito comercial, puedan generar. Tal problemática no compete exclusivamente al Derecho, es multidisciplinaria ya que trasciende a otras ciencias y disciplinas, en su formulación y aplicación se utilizan principios y conocimientos propios de otras ciencias, como la economía y la sociología, a fin de poder conocer y eventualmente corregir los desequilibrios de intereses que puedan generarse. Las expresiones sociales, tales como la constitución de las organizaciones de consumidores son una clara manifestación de la necesidad de desarrollar mecanismos de protección idóneos para asumir los desafíos de la posmodernidad.

2. DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN

El derecho del consumidor es, sin duda, un vehículo social de protección general, vinculado a derechos elementales de la persona humana, encuadrados dentro del marco de los derechos humanos que obedecen a contextos y necesidades sociales particulares de un período determinado. Los consumidores, junto con el derecho al desarrollo, a la paz, al patrimo-

nio artístico y cultural, a un medio ambiente sano y a los derechos de los pueblos indígenas, integran los llamados derechos de tercera generación. Estos comenzaron a gestarse a partir de la Segunda Guerra Mundial, o sea en la segunda mitad del siglo XX y cuyo fundamento es precisamente el principio de solidaridad que garantice la libertad y la igualdad. Son derechos tutelados, garantizados por el Estado, por los grupos sociales (en el ámbito interno del Estado), así como las organizaciones regionales y la Comunidad Internacional (en el orden internacional) frente a la actuación del Estado, de los Estados y de los grupos sociales detentadores del poder económico y estratégico en el ámbito internacional.⁵

Su denominación se debe a que alcanzaron su reconocimiento internacional más tardíamente, después de los de primera generación (civiles y políticos) y los de segunda generación (básicamente de carácter económico, social y cultural). Los primeros deben de ser tutelados y garantizados por el Estado, son los derechos individuales, patrimoniales que emergen de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano promulgada por la Asamblea Nacional francesa el 26 de agosto de 1789, como producto de la Revolución Francesa, que luego fueron tomados por las constituciones del siglo XIX e incorporados en la Constitución argentina de 1853/1860 (arts. 14, 17 y concordantes). Los de segunda generación, deben de ser tutelados y garantizados por el Estado a nivel interno, así como por los organismos internacionales regionales en el ámbito internacional frente al Estado y frente al poder de los grupos económicos (Rosales Castro, J, Arce Valverde L, 2012), se relacionan con el trabajo, la salud, la familia, la vivienda, etc. y se encuentran materializados en la Constitución Nacional reformada de 1949 y 1957 (art. 14 bis).

Con acierto se expresa que “los derechos humanos de tercera generación han sido consagrados para corregir las graves injusticias de la humanidad” y están concebidos para pueblos, grupos sociales e individuos (derechos de la solidaridad), en una nueva concepción de “Estado social, económico y ambiental de Derecho” (LÓPEZ ALFONSÍN, 2012). Ello significa implementar un mecanismo de protección más amplio, con todas las garantías que potencien la protección de los seres humanos, en sus manifestaciones individuales y colectivas.

⁵ Al respecto se puede consultar el sitio web del Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África (IEPALA) en http://www.iepala.es/curso_ddhh/ddhh1518.htm

El acceso al consumo, como derecho, está comprendido dentro de las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor (1985, versión actualizada en 1999) que se traducen en claros derechos de los consumidores: Derecho a la satisfacción de las necesidades básicas; Derecho a la seguridad; Derecho a ser informado/a; Derecho a elegir; Derecho a ser escuchado/a; Derecho a la reparación; Derecho a la educación de los consumidores; Derecho a un medio ambiente sano.

3. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

El derecho a la protección del consumidor está constitucionalizado en varios países (vgr. Constitución de Colombia de 1991 y sucesivas actualizaciones, Constitución española de 1978, etc.). La protección de los consumidores y usuarios de bienes y servicios argentinos, se consolidó en el año 1994 en función del taxativo reconocimiento constitucional, fundamentalmente con las directrices de los arts. 42 y 43 y otras de carácter supra legal en virtud del art.73, inc.22 de la Constitución Nacional.

El contenido del art. 42 se distribuye en tres párrafos que engloban distintas situaciones. El primero, establece los derechos básicos: “la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno” (se entiende sin distinciones y sin discriminación alguna). Los principios de la dignidad y la igualdad inherentes a todos los seres humanos que fueron proclamados por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, se traduce en el sector de los consumidores, con el siguiente alcance: “*Dignidad significa trato justo en la relación de consumo, con respeto a la vida, salud, e integridad física de las personas*” (TAMBUSSI, 2014).

En cuanto al término discriminación, los Tratados que abordan el derecho humano contra todas las formas de discriminación racial (21 de diciembre de 1975) o contra la mujer (18 de diciembre de 1979) establecen en el primer artículo que “la expresión discriminación denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia...”, que en esta materia implicaría poner el consumo al alcance y a la comprensión de todos los sectores de la población.

El segundo párrafo del art. 42, correlativamente contiene una serie de directivas (mandatos obligatorios) que compete a los Poderes Públicos:

protección de los derechos mencionados, educación para el consumo, defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, control de los monopolios naturales y legales, velar por la calidad y eficiencia en los servicios públicos, y facilitar la formación de asociaciones de consumidores y de usuarios

El tercero, deja a cargo de la legislación, el establecimiento de procedimientos eficaces en orden a prevenir y solucionar conflictos en esta particular relación jurídica, así como marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional. Se prevé la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Por otra parte, el art. 43 de la Constitución, hace extensiva la acción expedita y rápida de amparo “en lo relativo a los derechos que protegen... al usuario y al consumidor”, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo. Para lograr esa protección privilegiada, *“el acceso y la tutela no pueden ser solamente formales, sino que tienen que ser reales y útiles, liberados de trabas y bloqueos de toda índole”* (KLEKAILO, 2012)

4. ACCESO A LA JUSTICIA

El derecho a la tutela jurisdiccional, es el derecho de toda persona a que se le “haga justicia” y éste comprende el acceso a la jurisdicción, el debido proceso y la eficacia de la sentencia (GONZALES PEREZ, 1984).

El acceso a la jurisdicción, supone que se trate del acceso a un proceso que pueda cumplir su misión de satisfacer las pretensiones que se formulen, pero “no comprende -obviamente- el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones que se formulan, sino el derecho a que se dicte una resolución en Derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello” (Sentencia de 31 de marzo de 1981 del Tribunal Constitucional de España (S. 9/81).

Los Tratados sobre Derechos Humanos incorporados en Argentina en 1994 con jerarquía constitucional, consagran el derecho esencial del hombre a la tutela judicial efectiva. Así lo hace, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, cuyo art. 8 promueve el respeto del derecho humano de recurrir ante los tribunales nacionales competentes para hacer valer sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley. En el mes de marzo del mismo

año, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁶ había reconocido el derecho de justicia, el que presupone que la persona debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que viole ese derecho inalienable (art. 18). El 16 de diciembre de 1966, fueron adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 2200 XXI) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, refiriéndose este último a la tutela judicial efectiva mediante el compromiso de los Estados Partes de garantizar el acceso a la jurisdicción, el debido proceso y el cumplimiento de la decisión final (arts. 3.1 y 14). Ratifican estos principios, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965 (art. 5. a), la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969 (art. 7- Derecho a la libertad personal, art. 8 -Garantías judiciales y art. 25- Protección judicial), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 18 de diciembre de 1979 (art 2. e) y la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (art. 12.2). La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en el caso “Cantos”, con relación al acceso a la justicia, que “...los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier manera el acceso de los individuos a los tribunales y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precepto citado del art. 8.1 de la Convención”, “...la garantía de un recurso efectivo constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática...” (Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C, n° 97).

En el Informe 30/97, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 30 de setiembre de 1997 en el caso n° 10.087: Argentina, se ha expresado “...La Comisión ...entiende que el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 25 no se agota con el libre acceso

⁶ La misma fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 30 de marzo al 2 de mayo de 1948.

y desarrollo del recurso judicial. Es necesario que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que, precisamente, da origen al recurso judicial. Es más, esa decisión final es el fundamento y el objeto final del derecho al recurso judicial reconocido por la Convención Americana en el art. 25, que estará también revestido por indispensables garantías individuales y obligaciones estatales...”.

La tutela efectiva de los derechos de consumo en los supuestos de litigios transfronterizos radica en facilitar al consumidor el acceso a la justicia, la supresión de formalismos, la celeridad para adoptar una solución y la disposición de legitimar a ciertos grupos de consumidores para coadyuvar en los procedimientos. En orden a allanar el acceso a la jurisdicción, el art. 2654 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) pone a disposición del consumidor varias opciones donde pueda ejercer su derecho en el caso de surgimiento de un litigio. Las posibilidades con que éste cuenta para entablar la acción contra la otra parte contratante son los jueces del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la obligación de garantía o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato. Junto a estos foros territoriales, también el precepto apela al foro personal del domicilio del demandado. Si bien el consumidor cuenta con varias posibilidades para entablar la demanda, no se ha incluido de modo expreso el foro de su residencia habitual (*foro actoris*) tal como lo hace, por ejemplo, la Ley que contiene el Código de Derecho Internacional Privado Belga de 2004 (art. 97. 1). El art. 2654, declara también competentes a “los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual”. A la otra parte contratante, el precepto sólo deja una opción de interposición de la demanda: el domicilio del consumidor, cuya definición debe desprenderse del art. 2613 del mismo texto. Ha de señalarse que el párrafo final del art. 2654, reitera la prohibición de celebrar acuerdos de elección de foro, ratificando la prohibición del art. 2651 del CCCN.

5. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL MERCOSUR.

El proceso de integración regional instituido a partir de la firma del Tratado de Asunción⁷ tiene entre sus intereses comunes el de lograr un desarrollo económico con justicia social, en toda la extensión de su territorio. Para alcanzar tales propósitos, se valió de diversos instrumentos⁸ que progresivamente, fueron complementando y perfeccionando el sistema, a pesar de que los plazos establecidos originariamente no fueran respetados de manera estricta.

Su desarrollo implica la creación de un espacio común de libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, con el fin de generar mejoras en los precios y en la calidad de los productos y servicios, beneficiando así a los consumidores; para ello, orientó su accionar en la eliminación de derechos aduaneros y restricciones no arancelarias que restrinjan la circulación de mercaderías, al establecimiento de un arancel externo común, y a la coordinación de posiciones económico-comerciales en foros regionales e internacionales (DREYZIN DE KLOR, 1997). Asimismo y a fin de evitar consecuencias indeseadas, se ha previsto como propósito la armonización legislativa en las áreas pertinentes, conduciendo con ello al fortalecimiento del proceso de integración.

En el espacio de integración MERCOSUR, el proceso de armonización de legislaciones en el área de defensa del consumidor se origina con el nacimiento mismo del Mercado ampliado.

Así, la protección de los consumidores nace en el ámbito del Grupo de Mercado Común, más específicamente del Sub Grupo n° 10 de Coordinación de Políticas Económicas⁹ que contaba con la Comisión de

⁷ Suscripto el 26 de marzo de 1991, entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Argentina lo aprobó por ley 23.981 (B.O. 12/9/91).

⁸ El ordenamiento jurídico del Mercosur se conforma con fuentes originarias y fuentes derivadas. Las primeras se integran con el Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios que modifiquen o sustituyan al tratado fundacional o sus anexos; los acuerdos celebrados en su marco (ej. Protocolo de Santa María), y los acuerdos que se negocien y firmen con terceros países, grupos de países y organismos internacionales. Las fuentes derivadas comprenden a los actos emanados de los órganos con poder de decisión del MS: Decisiones del CMC, Resoluciones del GMC y las Directivas de la CCM.

⁹ Ver Anexo 5 del Tratado de Asunción.

Estudios sobre Derecho del Consumidor¹⁰. Esta Comisión fue instituida en 1993 y se transformó en Comité Técnico de la Comisión de Comercio en 1994, por determinación del Protocolo de Ouro Preto. Era competencia de esta Comisión elaborar inicialmente un documento que contenga las «Pautas básicas y comunes de defensa del consumidor» estableciendo reglas mínimas y puntuales de protección y defensa del consumidor, pero que no implican la revocación de las normas imperativas vigentes en los ordenamientos jurídicos internos (BATELLO CALDERÓN, 2017). Pero debido al enfoque dado en dichas pautas, que parecía presentar la defensa del consumidor como una barrera al libre comercio entre los países, fue fuertemente rechazado por los académicos de Brasil, Uruguay y Argentina (ROJO M. , 2013).

6. RESOLUCIONES Y DIRECTIVAS

En el año 1994 es cuando el Grupo Mercado Común (GMC) dicta la Res. 126/94, en virtud de la cual dispone que: *“Hasta tanto no sea aprobado un Reglamento Común para la Defensa del Consumidor, cada Estado Parte aplicará su propia legislación tuitiva del consumidor a los productos y servicios que se comercialicen en su territorio, con la salvedad que en ningún caso se podrá imponer a los bienes provenientes de los Estados Parte exigencias superiores a las que se aplica a los productos y servicios oriundos de terceros países.”*

Esta Resolución, si bien es norma de derecho transitorio, es la única norma general de defensa del consumidor con validez en el Mercosur, vigente a la fecha; es una regla de Derecho internacional privado que determina como derecho aplicable la del Estado donde la transacción de consumo haya tenido lugar, y al mismo tiempo prohíbe cualquier discriminación hasta tanto se logre una legislación común (ROJO M. , 2013).

Por su parte, la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM) dicta la Directiva 1/95, mediante la cual se creó el Comité Técnico N° 7 (CTN°7), al que se le asignó la misión de dar cumplimiento al mandato establecido por la Res. GMC 126/94, que consiste en continuar los trabajos destinados a la elaboración de un proyecto de Reglamento Común para la Defensa del

¹⁰ Compuesta por ministros de los Ministerios de Economía, de Relaciones Exteriores y de Justicia.

consumidor del Mercosur, el que deberá presentarse a la CCM antes del 31/5/95. Por recomendación de la CT N°7, el GMC ha emitido diversas Resoluciones sobre el tema, a saber:

- Res. 123/96¹¹ contiene la calificación de conceptos fundamentales como “consumidor”, “proveedor”, “relación de consumo”, “producto” y “servicio”.

- Res. 124/96 aprueba y establece una declaración sobre los derechos básicos de los consumidores y usuarios, reconociendo los derechos a la vida, la salud y la seguridad; a la libertad de acceso al consumo; a la información suficiente y veraz; a la protección contra la publicidad no permitida; a la adecuada prestación de servicios públicos y privados; a la educación para el consumo; a la asociación en organizaciones que tengan por objeto la defensa del consumidor; a la prevención y al resarcimiento de daños, destacando entre ellos el derecho “... 6) *Al acceso a organismos judiciales y administrativos para la prevención y el resarcimiento de los daños patrimoniales y morales, respecto de los derechos individuales y colectivos o de los intereses difusos, mediante procedimientos ágiles y eficaces, garantizándose la protección jurídica, administrativa y técnica de los necesitados;*”. Cabe señalar que la Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores del MERCOSUR de Florianópolis, del 15 de diciembre de 2000, tiene amplia coincidencia con esta Resolución (ALTERINI, 2008). Además, en el mismo año, el GMC dictó la Res. 125/96, mediante la cual se fijan las pautas concretas tendientes a lograr una efectiva protección de la salud y seguridad de los consumidores; la Res. 126/96, por la que se establecen distintos criterios a los cuales deberá adecuarse la publicidad de los bienes y servicios destinados al consumo, a los fines de no ser considerada abusiva o engañosa¹²; y la Res. 127/96, luego sustituida por la Res. 42/98, que prescribe los recaudos que deberá cumplir toda garantía contractual de los productos comercializados.

¹¹ Derogada por la RES. N° 34/11

¹² Asimismo establece una norma de derecho transitorio al disponer que - “*hasta tanto sea aprobado el reglamento común – cada Estado Parte aplicará su legislación de defensa del consumidor y reglamentos técnicos pertinentes a los productos y servicios comercializados en su territorio...*”. Y en ese sentido agrega que “*...en ningún caso esas legislaciones y reglamentos técnicos podrán resultar de la imposición de exigencias a los productos y servicios oriundos de los demás Estados Partes superiores a aquellas vigentes para los productos y servicios nacionales u oriundos de terceros países...*”.

Todos estos instrumentos (salvo el de 1998), aclaran en sus considerandos que *“la armonización en esta materia es parcial, razón por la cual a medida que se avance en ese proceso se podrán considerar la complementación de los conceptos actualmente acordados y la realización de adecuaciones que los Estados Partes consideren necesarias”*. Y además establecen expresamente en su normativa que sus prescripciones deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales y entrarán en vigor una vez concluido el Reglamento Común sobre Defensa del Consumidor, del cual formarán parte. Continuando con el proceso de armonización de legislaciones en la materia el GMC dictó otras normativas, tales como la Res. 21/2004, sobre la obligación de garantizar a los consumidores y usuarios el derecho a la información del consumidor en las transacciones comerciales efectuadas a través de internet y a los fines de actualizar conceptos básicos referidos a la protección del consumidor, emitió la Res. 34/11, adoptando nuevas definiciones sobre: “consumidor”, “proveedor”, “relación de consumo”, “producto”, “servicio”, “deber de información” y “oferta vinculante”, unificando así su interpretación.

Puede advertirse hasta aquí, que ninguna de las resoluciones refiere a métodos de solución de conflictos, pese a ser reconocido como uno de los derechos fundamentales, el del efectivo acceso a la justicia (ver Ap. 6, de la Res. GMC 124/96).

7. PROTOCOLO DE SANTA MARÍA SOBRE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE RELACIONES DE CONSUMO¹³ (PSM).

Hasta la aprobación del Protocolo presentado en el título, en materia de acceso a la justicia en el Mercosur sólo se contaba desde el año 1992, con el “Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa”¹⁴, y a partir de 1994, se sumó el “Protocolo de Jurisdicción Internacional en Materia Contractual”¹⁵, ambos vigentes en la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Sin embargo el último instrumento no podría ser aplicado a relaciones de consumo transnacionales en razón de que las mismas han sido expresamente excluidas

¹³ Suscripto en Fortaleza (Brasil), el 17/12/96 (Dec. CMC10/96, 1996).

¹⁴ Mercosur/CMC/Dec. 5/92.

¹⁵ Mecosur/CMC/Dec. 1/94.

de su ámbito de aplicación material (art.2, inc.6); tal exclusión se debió principalmente a la admisión de una autonomía de la voluntad amplia que no favorece a su protección (PERUGINI ZANETTI, 2005)

El Protocolo de Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo elaborado en el marco de la Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur (RMJM, Ac/96), aunque no está en vigencia, es un valioso instrumento, específico sobre el tema que nos ocupa en esta oportunidad. Es el mismo Protocolo el que auto-excluye su presentación ante los parlamentos. Advierte que una vez aprobado por el Consejo del Mercado Común, la presentación en los respectivos Estados para la aprobación legislativa y, en su caso, la ratificación, se presentará conjuntamente con el “Reglamento Común Mercosur para la defensa del Consumidor” del Mercosur¹⁶. Asimismo fija el procedimiento y los tribunales competentes para entender en cuestiones controvertidas nacidas de las relaciones de consumo, cuando proveedor y consumidor tengan su domicilio en distintos Estados Parte del Mercosur, o cuando teniendo domicilio en un mismo Estado, la prestación característica de la relación de consumo tenga lugar en otro Estado parte. De este modo caracteriza la internacionalidad de la relación de consumo.

El ámbito material lo establece el art. 1, con una fórmula en la que en general quedan comprendidos los contratos que tengan por objeto la prestación de un servicio o la provisión de objetos muebles corporales, *“siempre que la celebración del contrato haya sido precedida en el Estado del domicilio del consumidor, de una propuesta específica o de una publicidad suficientemente precisa y que éste hubiere realizado en ese Estado los actos necesarios para la conclusión del contrato”*. Excluye expresamente las relaciones de consumo derivadas de contratos de transporte. El art. 2 precisa el ámbito espacial, en base al domicilio de las partes y el lugar de la prestación característica, que deberán estar situadas o localizados en los Estados parte del Mercosur. A continuación (art. 3) define la conexión domicilio distinguiendo si se trata de persona física o persona jurídica.

La regla general sobre jurisdicción internacional en demandas entabladas por el consumidor, que versen sobre relaciones de consumo, es la de los jueces o tribunales del Estado en cuyo territorio esté domiciliado el consumidor. Por su parte, el proveedor de bienes o servicios podrá

¹⁶ Ver Art. 18 Protocolo de Santa María.

demandar al consumidor ante el juez o tribunal del domicilio de éste (art. 4). La conexión del domicilio del consumidor demandante representa mucho más que la facilitación del proceso para este último: significa la adjudicación de la jurisdicción internacional al estado de su domicilio. Son las autoridades de este estado y no otro, las que habrán de resolver el problema (PERUGINI ZANETTI, 2005).

No obstante, el Protocolo contiene soluciones alternativas cuya aplicación depende de la voluntad exclusiva del consumidor “manifestada expresamente al momento de entablar la demanda”; así, tendrá jurisdicción el Estado: a) de celebración del contrato; b) de cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de los bienes; c) del domicilio del demandado (art. 5). También contempla los casos de filiales, agencias y sucursales, y los supuestos de pluralidad de demandados (arts.6 y 7).

Una cuestión importante regulada en este Protocolo es la posibilidad de realizar “actos procesales a distancia”. Su práctica requiere de una muy organizada cooperación jurisdiccional, administrativa o notarial internacional. El art. 9 del Protocolo prevé expresamente: “*En la medida en que lo autoricen los principios esenciales y básicos del ordenamiento jurídico procesal del foro actuante el proveedor podrá contestar la demanda, ofrecer pruebas, interponer recursos, así como realizar los actos procesales que de ellos deriven ante los jueces de su propio domicilio, los cuales actuarán como requeridos, remitiendo la documentación al juez requirente.*” Es decir que permite a las partes intervenir o participar del proceso, desde el país de su domicilio; ni proveedor ni consumidor tienen que trasladarse “físicamente” ni ocuparse del difícil problema de gestionar la representación, diligenciar exhortos, etc., sino a través de sus propias autoridades.

El Protocolo incorporó normas que facilitan al productor, proveedor o comerciante, el proceso a distancia al autorizarle a contestar la demanda en su propio domicilio. En síntesis, el consumidor demandante interpone la acción ante las autoridades del Estado de su domicilio que es el que tiene la jurisdicción y el empresario contesta la demanda ante las autoridades del Estado del suyo (PERUGINI ZANETTI, 2005). Además establece que el reconocimiento y ejecución de sentencias se canalizará por Autoridad Central, y que el requisito de “Jurisdicción internacional”, que exige el Protocolo de Las Leñas¹⁷ será satisfecho si responde a lo dispuesto en

¹⁷ Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, aprobado por CMC Dec. 5 / 92.

el presente Protocolo. Respecto al derecho aplicable al proceso sienta expresamente la regla “*lex fori regit processum*” (Art. 10).

El Protocolo cuenta también con un Anexo que contiene definiciones de los términos empleados en el mismo; no obstante ello, el art. 17 prescribe que hasta que entre en vigencia el “Reglamento Común MERCOSUR para la Defensa del Consumidor”, regirán las definiciones contenidas en el Anexo al presente Protocolo, con las modificaciones que eventualmente se introduzcan por el Comité Técnico N° 7 de Defensa del Consumidor de la Comisión de Comercio del MERCOSUR¹⁸.

8. OTRAS INICIATIVAS: ACUERDO INTERINSTITUCIONAL DE ENTENDIMIENTO ENTRE LOS ÓRGANOS DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR DE LOS ESTADOS PARTES DEL MERCOSUR PARA LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR VISITANTE¹⁹

Este documento alude a los conflictos de consumo que eventualmente se presentaren a los ciudadanos de las E.P., en su estadía en otro E.P., o con relación a gestiones a ser realizadas para posibilitar su solución, conforme a la evolución alcanzada en cada E.P., poniendo a disposición mecanismos ágiles y eficaces tendientes a un rápido tratamiento del problema, con el objetivo de facilitar la efectiva protección de los consumidores de la región cuando se encontraren transitoriamente en otro estado parte que no sea el de su domicilio, con especial énfasis en el consumidor turista. Además, dicho acuerdo tiene por fin incrementar la confianza mutua entre las autoridades competentes para la aplicación de la legislación en materia de defensa del consumidor, debiendo éstas asesorar e informar a los consumidores respecto de sus derechos, en particular los relacionados a los productos o servicios que adquieran o contraten durante su estadía en un estado parte distinto al de su domicilio y acerca del curso de las denuncias o reclamaciones que se formularen.

Sobre el particular, se continúa trabajando en la materia, conforme surge del Acta N° 02/14, labrada con motivo de la LXXVI Reunión del C.T. n° 7 de defensa del consumidor, realizada en la Ciudad Au-

¹⁸ Entre esas modificaciones debe tenerse presente las aprobadas por GMC/Res. 34 / 11.

¹⁹ Firmado en Buenos Aires, el 3/6/2004 por representantes de los organismos públicos de defensa del consumidor de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

tónoma de Buenos Aires, República Argentina, entre los días 4 y 5 de diciembre de 2014, con la presencia de las delegaciones de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

Como se advierte, en la actualidad no existe en el ámbito institucional del Mercosur, una reglamentación que contemple de manera total y completa todos los aspectos que hacen a la protección del consumidor. Al momento, se cuenta con las normas constitucionales e internas de los Estados Parte., que por ser consideradas de orden público, se aplican tanto para casos locales como a casos internacionales. Empero, cabe señalar que el Mercosur, además de continuar analizando el tema, intensificó sus trabajos en las distintas áreas relacionadas, tales como medicamentos, alimentos transgénicos, propaganda, etc.

Por otra parte, se observa que a pesar de la no vigencia del Protocolo de Santa María, se reconoce la importante repercusión que tuvo en las legislaciones nacionales sobre la materia, tal como en Paraguay y Uruguay que a la fecha de su suscripción no tenían legislación interna²⁰, y respecto de Argentina, sirvió para reformar la normativa existente²¹.

Así también, el PSM fue considerado en algunos casos jurisprudenciales de tribunales de Santa Catarina y en la opinión consultiva 1 de 2007 quedó sentada la posibilidad de aplicar el Protocolo de Santa María, aun cuando no se encuentre vigente: «Asimismo, cabe consignar que precisamente el PSM (Protocolo de Santa María) de relaciones de consumo a la fecha no internalizado por ningún Estado Parte, solamente puede ser invocado como un marco referencial doctrinario o como “softlaw” dado que aún no se encuentra en vigor. (BATELLO CALDERÓN, Silvio J.)

9. ACCESO A LA JUSTICIA DEL CONSUMIDOR ELECTRÓNICO

El desarrollo constante de las tecnologías y la mayor accesibilidad a las mismas son fenómenos característicos del mundo moderno y han generado un aumento permanente de las operaciones de comercio electrónico. Las mismas pueden definirse como aquéllas compras que se realizan mediante

²⁰ En Paraguay, la ley 1334 fue promulgada en 1998; Uruguay a partir del año 2000, entró en vigencia la ley 17.250 sobre relaciones de consumo.

²¹ Ley 24.240 de 1993.

medios electrónicos sin la presencia directa de comprador y vendedor, a través de la utilización de una tecnología mediadora entre ambos.

Para configurar un contrato en línea ya sea de compra de un bien o de adquisición de un servicio, es indispensable que los mismos hayan sido ofrecidos a través de un sitio de internet o por otros medios electrónicos y el consumidor los haya encargado mediante tales medios, incluyendo cualquier dispositivo electrónico móvil como, por ejemplo, un teléfono móvil.

Las operaciones de e-commerce se clasifican hasta la fecha, en cinco tipos diferentes según sea el entorno, los participantes y las características de la operatoria. La categoría B2C (business to consumer) se refiere al consumidor que adquiere bienes o servicios a una empresa que los ofrece, la denominada B2B (business to business) es aquella transacción comercial que se realiza entre empresas que operan en Internet, sin la intervención de consumidores. La relación comercial business to employee (negocio a empleado) se centra principalmente entre una empresa y sus empleados. La denominada C2C (consumidor a consumidor) se configura cuando una persona que no es comerciante, busca ofrecer algún producto en venta, utilizando el comercio electrónico como medio para realizar esta transacción con otro consumidor. Por último se denomina G2C (gobierno a consumidor) a la operatoria en la que un gobierno municipal, provincial o nacional permite que los ciudadanos realicen sus trámites en línea a través de un portal, y se considera un tipo de comercio ya que se paga un trámite y se puede acceder a la información en línea en cualquier momento. Nada obsta a que nuevas modalidades sigan apareciendo y sea necesario ampliar la clasificación referida.

El aumento de los usuarios de internet ha incrementado las operaciones y consecuentemente el número de posibles conflictos derivados de las mismas. No hay áreas del comercio que permanezcan ajenas a tal realidad, las compras entre empresas, las subastas, y sobre todo las compras para consumo personal se evalúan, se deciden o se concretan en la mayoría de los casos a través de la intervención de un medio electrónico. En nuestro país se proyecta un crecimiento sostenido de la actividad y las estadísticas así parecieran demostrarlo. La Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CACE) informa que en 2016 los consumidores argentinos

compraron on line por \$102.700 millones de pesos lo que equivale a un crecimiento del 51% anual.²²

Otra característica propia de las operaciones de comercio electrónico es la deslocalización de las mismas y su cada vez más frecuente transnacionalización. Ello puede darse porque el consumidor está domiciliado en un país diferente al del proveedor; porque se consume un servicio cuya prestación se otorga extra fronteras o bien porque los efectos de la situación jurídico privada atraviesan los límites de un ordenamiento jurídico nacional.

En ese contexto cobra fundamental importancia el acceso a la jurisdicción en el denominado comercio electrónico B2C, (negocio a consumidor) en el que el cliente puede acceder a las ofertas virtuales desde cualquier lugar a través de un dispositivo electrónico, llevando a cabo una compra cómoda y rápida pero no exenta de riesgos. En dicho escenario la confianza entre las partes intervinientes en el negocio jurídico juega un papel preponderante, y así se afirma que el consumidor opera bajo un velo de ignorancia, pues no le queda otra opción que confiar en el producto que se le está vendiendo²³.

Muchas son las situaciones en las que el consumidor puede sentirse vulnerado en sus derechos, desde que el producto recibido no es el que creía haber adquirido, hasta la forma de pago o la garantía proporcionada por el vendedor. En tal caso se ha de preguntar a qué instancia acudir a fin de solicitar una reparación adecuada en tiempo y forma. El consumidor merece poseer la certeza de que sus compras están protegidas por un sistema normativo que cuenta con mecanismos de reclamación adaptados a sus necesidades. A fin de aportar seguridad a la operatoria y confianza a los consumidores, es menester proteger las transacciones electrónicas transfronterizas mediante procedimientos adecuados y de fácil accesibilidad.

El sistema jurisdiccional entendido éste como la intervención de autoridades judiciales nacionales, puede ser insuficiente o ineficaz en tales situaciones, por lo que los distintos métodos alternativos de resolución de

²² Los datos pueden consultarse en <http://www.cace.org.ar/estadisticas/>

²³ ORTEGA HERNÁNDEZ, R. J. SID 2014, El acceso a la Justicia para consumidores en el comercio electrónico transfronterizo mediante los ODR, una realidad más cercana”, 14o Simposio Argentino de Informática y Derecho, 43 JAIIO - SID 2014 - ISSN: 1850-2814 – p. 53.

conflictos (ADR) funcionan como complementarios de la administración de justicia. Se constituyen en una opción más para resolver conflictos, de modo tal que cuando se habla de acceso a la justicia, es necesario incluirlos, pues dicha expresión debe entenderse en sentido amplio.

Dentro del campo de acción de los ADR, comenzaron a diseñarse instrumentos específicos para el comercio electrónico, los denominados ODR (Online Dispute Resolution) combinando la aplicación de las tecnologías (TICS) a la resolución de controversias entre las partes. Para conflictos que surgen a raíz de una operación de comercio electrónico, nada mejor que ofrecer soluciones electrónicas. Por ello desde las organizaciones internacionales se advirtió la necesidad de elaborar un marco regulatorio para un sistema global de ODR que satisfaga las necesidades del de los e-shopper, a la vez que persiga la mayor eficiencia posible y tenga en cuenta el dinamismo propio de las operaciones comerciales electrónicas.

10. PROPUESTAS CONVENCIONALES EN LA MATERIA

Tanto en el seno de las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP) de la Organización de Estados Americanos (OEA) como en el ámbito de Naciones Unidas, específicamente mediante la labor de UNCITRAL, surgieron propuestas destinadas a la reglamentación del comercio electrónico transfronterizo para operaciones B2B y B2C. Asimismo, en el ámbito europeo existe la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (DRALC) y el Reglamento (UE) Nro 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 sobre Resolución de Litigios en Línea en Materia de Consumo y Por el que se Modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, vigente desde enero de 2016.

En el ámbito interamericano Brasil²⁴ propuso el debate presentando un primer proyecto de Convención que luego fue revisado conjuntamente por las delegaciones argentina y paraguaya. Como resultado de ello, a fines de 2009 se presentó al Comité Jurídico la “Propuesta de Buenos

²⁴ OEA/Ser.G CP/CAJP-2652/08 add. 2.

Aires”²⁵ y a instancias de la delegación argentina se incorporó el Protocolo Adicional sobre jurisdicción internacional en materia de ciertos contratos. Dicha iniciativa se tradujo en un proyecto de Convención a discutirse en el marco de CIDIP VII.

Uno de los puntos a destacar es que hace recaer la competencia para entender en litigios referidos a los derechos del consumidor, a los jueces del domicilio de éste. Sin embargo amplía dicho foro otorgándole al demandante-consumidor la posibilidad de elegir entre los jueces del lugar de celebración del contrato, los del lugar de ejecución del mismo o bien los del domicilio del demandado. Ello importa consagrar un foro de protección a favor de los consumidores, siguiendo los lineamientos tuitivos a favor de quien se considera la parte débil de la relación jurídica, tal como lo hace también el nuevo CCCN. Asimismo confiere la posibilidad de que el proveedor demandante pueda contestar la demanda, ofrecer prueba y realizar actos procesales en general, ante los jueces de su propio domicilio, posibilitando un sistema de cooperación judicial internacional entre las autoridades del domicilio de cada una de las partes. Tal posibilidad desaparece si el proveedor posee sucursal, filial o cualquier otra representación en el domicilio del consumidor donde se tramitan las actuaciones. Si bien el Protocolo debió ser más explícito en orden a instrumentar los mecanismos necesarios para el auxilio procesal que prevé, o al menos hacer referencia a los instrumentos convencionales existentes en la materia en el seno de las Conferencias Interamericanas, es destacable el valor que implica la incorporación descrita, dado que minimiza los costos de litigar en el extranjero para el proveedor, con las consecuencias descriptas más arriba.

En el mismo ámbito interamericano, Estados Unidos propuso un instrumento de softlaw denominado Guía Legislativa para una Ley Interamericana respecto a la Disponibilidad de Medios de Solución de Controversias y Restitución a favor de los Consumidores. La misma está destinada a aportar herramientas capaces de garantizar a los consumidores un acceso a la justicia rápido, de bajo costo y efectivo, sobre todo para los casos de relaciones de consumo de montos relativamente pequeños. Además de proponer un marco común y flexible de principios a fin de mejorar los sistemas de reparación de daños ocasionados a los

²⁵ Puede consultarse en https://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VII_doc_trabajo_gt_proteccion_consumidor_version_simplificada_brasil.pdf

consumidores, proporciona un Anexo Especial (anexo A) en el que se detallan mecanismos de solución de conflictos on line (Online Dispute Resolution u ODR). En los fundamentos de la propuesta, la delegación estadounidense manifiesta: “*La Iniciativa ODR implica la creación de un sistema electrónico multi-estatal para la negociación, mediación y arbitraje de reclamos de bajo valor por parte de los consumidores.* En lo que se refiere al tema específico de jurisdicción, la Guía sugiere a los países miembros, la adopción de procedimientos de solución de conflictos, judiciales y extrajudiciales de rápida resolución y bajo costo. Asimismo indica la necesidad que tanto las empresas privadas como los aparatos estatales, desarrollen actividades tendientes a la información de dichos procedimientos a los consumidores. Como primera instancia recomienda a ambas partes intentar resolver sus controversias en forma directa e informal, mediante procedimientos informales propuestos por las asociaciones industriales y de defensa de los consumidores, sin necesidad de que el agotamiento de los mismos sea exigible como condición para que los consumidores puedan plantear sus reclamos.

Por su parte Canadá presentó una “Lista De Comentarios a la Propuesta Conjunta de Argentina, Brasil y Paraguay para un Proyecto de Convención Interamericana sobre derecho aplicable a algunos contratos y transacciones internacionales de consumo”²⁶. En la misma se expresa la necesidad de precisar las definiciones de consumidor y de contrato o transacción internacional de consumo. Solicita precisiones acerca de las normas referidas al ámbito de aplicación y determinación de derecho aplicable a la vez que pide aclaraciones en lo concerniente a la protección contractual al turista o consumidor activo. Propone discutir los denominados actos procesales a distancia a fin de determinar si en ausencia de mecanismos de cooperación administrativa, es posible implementar otras opciones como la videoconferencia. La CIDIP VII fue celebrada en 2009 en Washington pero no se trataron las propuestas referidas, por lo que se desconoce si continúan vigentes²⁷.

²⁶ Tanto la propuesta norteamericana como los comentarios de Canadá pueden consultarse en la página web de OEA, https://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor

²⁷ En la página de OEA consultada en junio de 2017 se informa que: “*La primera reunión de expertos de la CIDIP-VII sobre el tema de Protección al Consumidor fue celebrada en la ciudad de Porto Alegre, Brasil de 2 al 4 de diciembre de 2006. En esta reunión,*

En el seno de la Organización de Naciones Unidas (ONU), la Comisión encargada del derecho mercantil internacional UNCITRAL/CNUDMI, está trabajando en la creación de reglas de procedimiento para la resolución en línea de controversias sobre conflictos transfronterizos derivados del comercio y transacciones electrónicas. El procedimiento que proponen debería constar de dos etapas, una etapa consensual o autocompositiva y otra etapa hétéro-compositiva o adjudicativa. En la primera se proponen métodos de ADR como la negociación, la negociación automatizada, y la mediación. Si se llegare a una solución dentro de esta fase, se dará por concluido el procedimiento, todo dentro de un plazo máximo de 10 días. Seguidamente la etapa adjudicativa o hétérocompositiva estaría formada por un procedimiento adjudicativo como el arbitraje, u otro procedimiento similar. Se prevé que las partes puedan tener la opción de empezar el proceso en una fase particular, por ejemplo, pueden ir directamente arbitraje y una decisión final y vinculante por un tercero neutral. (ORTEGA HERNÁNDEZ, 2014)

En el espacio de la Unión Europea, también existen instrumentos reguladores de los sistemas de ADR/ODR para el Comercio Transfronterizo. El parlamento ha aprobado la Directiva 2013/11/UE de 21 de mayo de 2013 (DRALC y el Reglamento (UE) N° 524/2013 con el fin de proporcionar medios de acceso a la justicia para los ciudadanos. El objeto específico de la DRALC es facilitar el acceso a la justicia para los consumidores a fin de que puedan presentar reclamaciones contra los comerciantes por medio de entidades u organismos que ofrezcan servicios de ADR u ODR (Art.1 DRALC). A su vez, el REODR, implementa una plataforma en el ámbito europeo sobre resolución de conflictos en línea (Art. 1 REODR) y está destinado a ordenar la creación de una plataforma única en el espacio económico europeo, el cual se accederá a través de puntos de contacto, dentro del apartado “Tu Europa”²⁸. Esta plataforma que comenzó a funcionar en 2016, está formada por una página web “interactiva” con un

los expertos analizaron los instrumentos propuestos por Brasil, Estados Unidos de América y Canadá, llegando al consenso en varios puntos substantivos y acordando a continuar sus labores sobre los puntos aún sobresalientes. Recientemente, basado en mandatos de la Asamblea General, el grupo de trabajo informal llevó a cabo cinco teleconferencias y celebró una reunión presencial y presentó dos reportes verbales a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos”.

²⁸ http://europa.eu/youreurope/advice/index_es.htm

punto de contacto o entrada único para los consumidores que busquen resolver sus controversias sin acudir a la jurisdicción ordinaria, y que dicho conflicto surja de transacciones derivadas del comercio electrónico. Los interesados pueden enviar quejas en su propia lengua independientemente del producto o servicio comprado y del lugar de la compra, ya sea en su país o en el extranjero. Asimismo se complementa con un acceso directo a los Centros Europeos del Consumidor (Red CEC), que ofrecen a los ciudadanos europeos asesoramiento gratuito sobre problemas con adquisiciones transfronterizas a la vez que los ayudan a resolver problemas cuando compran en el extranjero (en todos los países de la UE, en Noruega y en Islandia) mediante soluciones informales, procedimientos extrajudiciales y asesoramiento legal.

Para el caso de que en el ámbito convencional interamericano se lograra adoptar alguna de las propuestas existentes, y Argentina las receptara, sería necesario compatibilizar la normativa interna con las fuentes referidas, pues ante la prohibición expresa de elección de foro resultaría casi imposible su aplicación.

11. CONCLUSIÓN

El incremento de las relaciones de consumo como fenómeno característico de la era actual, ha impactado fuertemente a nivel de legislación local e internacional. El ciudadano como consumidor de un sinnúmero de operaciones comerciales referidas a bienes y servicios, se ha convertido en protagonista y exige respuestas adecuadas para la protección de sus derechos. Los mecanismos de acceso a la justicia en esta área, deben ser ágiles y de fácil comprensión para contribuir a superar el denominado “velo de ignorancia” que caracteriza la posición de inferioridad en la que se encuentra el consumidor. Si bien es posible observar cierto déficit en la materia, la labor de los foros de codificación puede contribuir a disminuirlo, ya sea mediante propuestas de softlaw o mediante la suscripción de convenios. Resulta necesario insistir para que el tema no desaparezca de las agendas a fin de generar confianza en los consumidores lo que ha de repercutir en el escenario del comercio internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, A. (2008). Las reformas a la ley del consumidor. Primera Lectura 20 años después. *La Ley*.
- BATELLO CALDERÓN, S. (marzo de 2017). La hiposuficiencia del consumidor transfronterizo del Mercosur . *10593*.
- DREYZIN DE KLOR, A. (1997). *El MERCOSUR como fuente generadora de normas de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Zavalia .
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., KLEIN VIEIRA, L. . (octubre de 2011). *Revista Cuadernos de Derecho Transnacional*.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1984). *El derecho a la tutela jurisdiccional* . Barcelona: CIVITAS .
- GUZMÁN LEÓN J.M., JIMÉNEZ GONZÁLEZ L.E. (2004). *Consumidores: Apuntes para el debate actual y perspectivas de los usuarios* (Primera edición ed.). San José: Fundación Friederich Ebert.
- KLEKAILO, M. (2012). *El amparo como garantía real y efectiva de nuestros derechos*. Recuperado el 23 de abril de 2017, de www.infojus.gov.ar: www.saij.gob.ar
- LIMA MARQUES, C. (2004). Confiança no comercio eletrônico e a proteção do consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico). *RT*.
- LÓPEZ ALFONSÍN, M. (2012). *Derecho Ambiental*. Buenos Aires: Astrea.
- ORTEGA HERNÁNDEZ, R. (2014). El acceso a la justicia para consumidores en el comercio electrónico transfronterizo mediante ODR, una realidad más cercana. *XLIII Jornadas argentinas de informática e investigación operativa*. 43JAIIO. Buenos Aires: XIV Simposio Argentino de Informática y Derecho.
- PERUGINI ZANETTI, A. (2005). Derecho Internacional Privado del consumidor . *Relato presentado en el XVIII Congreso ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Sección Derecho Internacional Privado*. Rosario.
- ROJO, M. (2013) La defensa del consumidor en el Mercosur. (USAL, Ed.) *Aequitas*.
- ROSALES CASTRO, J, ARCE VALVERDE L. (febrero de 2012). Derechos del Consumidor como derecho humano de tercera generación, su protección y defensa en la legislación contenciosa administrativa costarricense. *Facultad de Derecho* , 47.
- TAMBUSSI, C. (2014). Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos. *LEX*, 13, 99.

SOCIEDADES OFF SHORE: MODOS DE ACTUACIÓN, EFECTOS Y PROBLEMÁTICA ACTUAL¹

Candela Noelia Villegas²

Resumen: En la presente investigación nos hemos propuesto realizar una caracterización de las sociedades *off shore*, contextualizar brevemente de manera histórica su nacimiento, los modos de actuación, los efectos de su accionar y asimismo hacer referencia a las principales acciones internacionales que se están llevando a cabo por los organismos especializados para disipar los efectos negativos que este tipo societario genera a nivel mundial.

Palabras Clave: Sociedades *Off Shore* – Modalidades de actuación – OCDE – GAFI – IGJ – *Soft Law* -

En la actualidad, las sociedades *off shore* han adquirido una importancia inusitada por haberse convertido en foco de atención mundial a raíz del escándalo de Panamá Papers³. Si bien la problemática de la utilización

¹ Artículo recibido 02/08/2017 – Aprobado para su publicación 28/08/2017.

² Abogada. Facultad de Derecho (UNC). Becaria doctoral de CONICET. Maestranda en Derecho y Argumentación en la Facultad de Derecho, UNC. Adscripta en la Cátedra de Derecho Internacional Privado y Derecho Privado IV (Sociedades Comerciales) de la Facultad de Derecho de la UNC.

³ “El polémico caso de los Panamá Papers, el cual se deriva de una filtración de documentos de un bufete de abogados con sede en Panamá llamado “Mossack Fonseca”. Dichos documentos fueron remitidos por un anónimo y publicados por el International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ) el 3 de abril de 2016 a través de su página web. Los Panamá Papers son más de 2.6. terabytes de datos y se componen de más de 11.5 millones de documentos, los cuales constituyen registros financieros y jurídicos y datan de hace casi 40 años hasta 1977 cuando Mossack Fonseca se formó. En esos documentos, se encuentran varias personas, entre ellas varias celebridades, millonarios e incluso instituciones financieras” MAGAÑA URBINA, D., FLORES ROMERO, B., GONZALEZ SANTOYO, G. “Los Paraísos Fiscales, un reto para los acuerdos internacionales en el ámbito tributario” Revista del Claustro de Profesores de

de este tipo de sociedades se remonta a varios años atrás, es reciente la inserción de la temática en los debates jurídicos.

Es importante su estudio y profundizar el conocimiento de sus formas de actuación para encontrar soluciones a las diferentes aristas de la problemática de su uso fraudulento.

En Argentina, de las investigaciones de la Inspección General de Justicia⁴ surge que, la actuación de sociedades *off shore* se realiza amparándose en el art 118 2ºp⁵, de la Ley General de Sociedades⁶, que autoriza la realización de los denominados “actos aislados”, no siendo necesaria su inscripción en los registros nacionales correspondientes, evitando de esta manera la publicidad que correspondería a la entidad de

la Facultad de Contaduría y Ciencias Administrativas de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo . México, Julio – Diciembre del 2016. Pág 51.

⁴ Inspección General de Justicia. La Inspección General de Justicia, organismo dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, tiene la función de registrar y fiscalizar a las sociedades comerciales, sociedades extranjeras, asociaciones civiles y fundaciones que se constituyen en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A su vez, es la encargada de la inscripción en el Registro Público de Comercio de las sociedades comerciales nacionales y extranjeras, las matrículas de los comerciantes, y de los auxiliares de comercio; ejercer el control federal de las sociedades de ahorro e implementar el Registro Nacional de Sociedades (Art. 3 Ley 22.315, Art. 2 Ley 26.047).

⁵ ARTICULO 118. — La sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y formas por las leyes del lugar de constitución.

Se halla habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio.

Ejercicio habitual.

Para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal asiento o cualquier otra especie de representación permanente, debe:

- 1) Acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país.
- 2) Fijar un domicilio en la República, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyan en la República;
- 3) Justificar la decisión de crear dicha representación y designar la persona a cuyo cargo ella estará.

Si se tratare de una sucursal se determinará además el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales.

⁶ Ley 19.550 - Texto ordenado por el Anexo del Decreto N° 841/84 B.O. 30/03/1984. Denominación del Título sustituida por punto 2.1 del Anexo II de la Ley N° 26.994 B.O. 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según art. 1° de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014.

actos que llevan a cabo, y que excederían, a consideración de la IGJ la calidad de “acto aislado”⁷.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Resulta imprescindible realizar una breve contextualización histórica del nacimiento de las sociedades conocidas como *off shore*. Podemos encontrar los primeros indicios de operaciones *off shore* en el marco del aprovechamiento que se realizaba desde la época colonial de las distintas jurisdicciones a los fines de obtener ciertas ventajas en los negocios, momento en que los mercaderes en función de los beneficios que podían obtener de sus ventas, analizaban los países de destino de las mercaderías.

Posteriormente Inglaterra con el nacimiento de la banca realizó un gran aporte a este tipo de transacciones, pero es en Suiza a comienzos del siglo XX, donde podríamos ubicar de una manera técnica las primeras operaciones típicamente *offshore*.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, Estados Unidos también fue un país que facilitó las operaciones offshore. Al tener distintas regulaciones jurídicas en cada uno de sus estados, permitía la “elección” de la jurisdicción más conveniente a sus intereses, en función de los beneficios que nacían de las especulaciones que efectuaban. Las normativas relativas al anonimato eran las más buscadas, y en estados como Delaware, se las ofrecían.

En la actualidad, se prefiere hacer referencia a las jurisdicciones offshore como “Centros Financieros Internacionales”. Por lo general, coincide que las características de los Estados donde se sitúan estos centros, son países poco desarrollados o en vías de desarrollo, que dependen económicamente de la concreción de este tipo de negociaciones internacionales.

⁷ La situación del artículo 118, 3° párrafo y 123 de la Ley General de Sociedades será materia de estudio en un trabajo posterior, en función de las características propias que genera la actuación de este tipo societario cuando pretenden actuar bajo los supuestos receptados en dichos artículos.

2. CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN

“*Off Shore*” es un término que no aparece en los diccionarios. La palabra “*shore*” se refiere a la línea divisoria entre el agua del mar o de un lago y la tierra, debido a que la mayoría de los “centros offshore” están situados en islas.⁸

El Dr. Vítolo conceptualiza a las sociedades off shore como entes ideales, generalmente de propiedad anónima, cuyo propósito es una actuación exclusivamente extraterritorial; están creadas para actuar en cualquier lugar del planeta, menos en el propio país de su creación donde lo tienen prohibido, o su actividad es sumamente restringida.⁹

Las sociedades off-shore juegan un rol fundamental en la realidad económica actual.

Se sirven de los beneficios que ofrecen los paraísos fiscales, donde encuentran normativas destinadas a proteger el anonimato de los socios, principalmente porque facilitan la entrega de acciones al portador, sin realizar ningún tipo de registración en los libros societarios ni en registros del Estado, situación que impide el conocimiento de las verdaderas personas que resultaron propietarias de esos títulos.

En relación al capital social las sumas que se exigen son extremadamente bajas, en consecuencia para la constitución de una de estas sociedades no es necesario el aporte de un monto significativo, por lo general existen tasas fijas que deben abonar los socios.

Otra característica atractiva de estos centros financieros es que facilitan la designación de personas interpósitas (por lo general insolventes) en los negocios propios, ya que para el nombramiento de las personas que estarán a cargo de los órganos de administración las exigencias legales son prácticamente nulas.

Todas estas flexibilidades permiten que acontezcan situaciones como las que hemos observado en los últimos años, donde empresarios que pretenden actuar en Argentina esquivan las responsabilidades personales que

⁸ Enciclopedia Virtual EUMED. <http://www.eumed.net/diccionario/definicion.php?dic=1&def=40> Consultado: 14 de Octubre de 2015.

⁹ VÍTOLO, Roque D. *La personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Su limitación en los casos de utilización indebida y fraude*. Ed. Errepar. 1° Edición. Buenos Aires, 2010.

se le podría atribuir a través de la constitución con fines deshonestos de sociedades offshore en jurisdicciones más flexibles, pero exclusivamente destinadas a actuar en la República.

2.1 Centros Off Shore

Hechas las consideraciones anteriores, para comprender mejor el tema es importante diferenciar los tipos de centros offshore que podemos distinguir actualmente, caracterizándolos en tres categorías.

Debemos destacar que conocer las características esenciales de cada uno de ellos resulta imprescindible para las empresas que basan su planificación fiscal en el tipo de centro donde deseen actuar.

Podemos dividir en tres grandes grupos a los centros off shore¹⁰. El primero al que haremos referencia es aquellas jurisdicciones que se caracterizan por no gravar con impuestos a las ganancias, a las sociedades ni a las sucesiones, constituyen ejemplo de ellos las Islas Caimán, Bahamas, Dubai, etc. Un segundo grupo tiene como rasgo distintivo que eximen de tributar por las rentas generadas en el extranjero, sólo gravan los beneficios obtenidos localmente, siempre que la fuente de ingresos extranjeros no tenga origen en una actividad empresarial local. Este es el caso que nuclea a países como Panamá, Singapur, Costa Rica, entre otros. Y finalmente encontramos centros que procuran beneficios impositivos para situaciones determinadas, estrictamente definidas o que se valen de la utilización de tratados de doble imposición. Las situaciones especiales pueden ser por ejemplo las ganancias de capital, royalties, etc. Los países que encontramos con este régimen: Reino Unido, Holanda, Dinamarca, Malta, etc.¹¹.

¹⁰ Clasificación según: “Paraísos fiscales y empresas offshore: La fiscalidad internacional al servicio de la empresa”. Publicado en: <https://www.knowledgeatwharton.com.es/article/paraisos-fiscales-y-empresas-offshore-la-fiscalidad-internacional-al-servicio-de-la-empresa/> Consultado: 8 de Octubre de 2015.

¹¹ Paraísos fiscales y empresas offshore: La fiscalidad internacional al servicio de la empresa. Publicado en: <https://www.knowledgeatwharton.com.es/article/paraisos-fiscales-y-empresas-offshore-la-fiscalidad-internacional-al-servicio-de-la-empresa/> Consultado: 8 de Octubre de 2015.

2.2 Ventajas

Para VÍTOLO, las sociedades *offshore* constituyen una perversa manera de crear sujetos dentro de una jurisdicción para remitirlos como “enviados” a ejercer su actividad “fuera de casa” bajo la promesa de que podrán obtener en el país de destino un reconocimiento para poder realizar allí todo aquello que no le es permitido realizar en su propio país de origen, sin embargo ese país de origen que no le permite actuar dentro de su territorio, protegerá a los socios de la sociedad off shore con el secreto y el anonimato frente a las preguntas de cualquier tercero o Estado del mundo que desee hacer sobre ellos.¹²

Es decir, las sociedades *off shore* se aprovechan de normativas muy favorables a sus intereses. Desde el punto de vista fiscal es donde obtienen mayores beneficios. Se encuentran libres de impuestos que en otros lugares de constitución les serían aplicables.

Cabe decir, que excepto una pequeña cuota de registro anual (que no suele superar los 200 dólares) las sociedades offshore no sólo están exentas del impuesto sobre sociedades, sino también de otros tributos habituales en la mayoría de los países, como el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), el impuesto sobre actividades económicas o el pago de contribuciones sociales.¹³

Para ejemplificar lo anteriormente dicho, enunciamos algunas de las ventajas que suelen ofrecer los centros off shore, según sus tipologías propias, para preservar el anonimato, privacidad y confidencialidad. Debemos aclarar que sólo es una enunciación, de ninguna manera abarca el gran abanico de posibilidades que se ofrecen, que en función de las necesidades que van surgiendo del sector privado interesado, adquieren un dinamismo excepcional, perfeccionando y renovando sus propuestas.

Entre las ventajas que se ofrecen, encontramos las oficinas virtuales, cuya principal característica es permitir a la sociedad disponer de un domicilio comercial permanente, en un determinado país y de esta manera la

¹² VÍTOLO, Roque D. *La personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Su limitación en los casos de utilización indebida y fraude*. Ed. Errepar. 1º Edición. Buenos Aires, 2010. p. 278.

¹³ GUTIÉRREZ DE PABLO, Gonzalo. “Bancos offshore: diversos aspectos sobre su utilización a través de instrumentos financieros”. *Cuadernos de Formación. Colaboración 3/13*. Volumen 16/2013. p. 56.

habilita a recibir el correo en un domicilio alternativo al propio. Existen diferentes modalidades de oficinas virtuales, en función de las prestaciones que se requieran según las necesidades de la empresa. En relación a llamadas telefónicas, las modalidades utilizadas son las siguientes: 1- Call Forwarding (Se trata de números telefónicos virtuales que redirigen o reenvían las llamadas. 2- Voice Mail Box (un servicio de contestación automática que permite dejar mensajes de voz, también conocido como buzón de voz). 3- Call Answering (una operadora especialmente dispuesta, recibe las llamadas que ingresan).

Con la constitución de una sociedad off shore se dispone también de teléfonos celulares con tarjetas sim anónimas, lo que permite evitar los rastreos, al tratarse de terminales que no están registradas.

Además del correo postal y las comunicaciones telefónicas los servicios también incluyen prestaciones relativas a recepciones de fax, utilizando el fax to mail o efax.

En relación a los servicios de correo electrónico, se imposibilita el seguimiento de correos enviados, utilizando soluciones de criptografía. Así mismo, para navegar por internet y evitar que se conozca la ubicación geográfica del usuario, se valen de software de navegación anónima, cuyo IP se encuentra oculto.

Para facilitar los pagos, se recurre a tarjetas de crédito y débito anónimas, las cuales habilitan extracciones de dinero y pagos a través de la web sin que pueda conocerse los datos de identificación de quien la utiliza.

2.3 Formas de actuación

La forma más común de operar en los centros offshore, es mediante una sociedad offshore; la llamada IBC (International Business Company), que significa compañía de negocios internacional. Este tipo de sociedad existe prácticamente en todas las jurisdicciones offshore, si bien en algunas bajo otras denominaciones. Desde el punto de vista jurídico, normalmente adopta forma de sociedad de responsabilidad limitada o de sociedad anónima (corporación).¹⁴

¹⁴ GUTIÉRREZ DE PABLO, Gonzalo. "Bancos offshore: diversos aspectos sobre su utilización a través de instrumentos financieros". *Cuadernos de Formación. Colaboración 3/13*. Volumen 16/2013. p. 56.

Otra forma de organización, existente sólo en determinadas jurisdicciones, es la LLC (Limited Liability Company) una especie de sociedad limitada, que es fiscalmente transparente, es decir, que sus miembros deben declarar los beneficios obtenidos con la sociedad en sus declaraciones de la renta individuales. Un lugar muy solicitado es Delaware para la creación de este tipo de sociedades, del mismo modo un gran número de páginas web ofrecen sus servicios para la creación de este tipo de sociedades en Delaware.¹⁵

3. EFECTOS

La utilización de este tipo social se busca evadir el régimen societario local que le hubiese correspondido aplicar, realizando una falsificando del punto de conexión, lo que le permite a quienes las utilizan gozar de los beneficios de ordenamiento jurídicos más permisivos en relación a controles y permisos.

Siguiendo los criterios de FAVIER DUBOIS, esta situación les permite utilizar este tipo de sociedades en actividades relacionadas con:

- Lavado de dinero, para encubrir el origen ilícito de los fondos, materia hoy agravada por el auge del terrorismo.
- Evasión fiscal, para no tributar los impuestos a las ganancias o al patrimonio que le corresponden en función de las actividades comerciales que realizan. Esta situación es frecuente no sólo en personas humanas que tienen como finalidad ocultar su patrimonio en el exterior, sino también en empresas multinacionales que se valen de los denominados “precios de transferencia”, realizando un traslado de las ganancias susceptibles de tributar a un paraíso fiscal.
- Insolvencia personal ficta frente a familiares o acreedores.
- Dificultad para la citación en juicio.
- Interposición ficta de terceros en negocios propios en los que esta vedada la actuación personal por inhabilitación o incompatibilidades.

¹⁵ GUTIÉRREZ DE PABLO, Gonzalo. Bancos offshore: diversos aspectos sobre su utilización a través de instrumentos financieros. Cuadernos de Formación. Colaboración 3/13. Volumen 16/2013. p. 56.

- Fraude contable mediante el mecanismo de creación de ganancias ficticias por operaciones con sociedades off shore no incluidas como controladas en el balance consolidado, etc.¹⁶

Estas sociedades no sólo generan consecuencias en el ámbito del derecho, pues, desde el punto de visto económico y social tienen grandes repercusiones. Desde la perspectiva económica, el uso indebido y abuso de los actos aislados, genera un quebrantamiento de los principios económicos, especialmente el de competencia leal y previsibilidad en la actuación de los agentes económicos. La clandestinidad planificada genera desconfianza e inseguridad jurídica en los inversores nacionales y extranjeros. Finalmente es rechazado desde el punto de vista moral y social ya que el instrumento empleado al encubrir engaños tanto a la contraparte como a terceros, afecta a la moral¹⁷.

4. ACCIONES INTERNACIONALES

Fundada en 1961, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) agrupa a 34 países miembros y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo. La OCDE ofrece un foro donde los gobiernos puedan trabajar conjuntamente para compartir experiencias y buscar soluciones a los problemas comunes.¹⁸

Esta organización ha llevado a cabo una gran lucha en la búsqueda de la erradicación de los paraísos fiscales, situación que no le ha resultado fácil. Los estados en los cuales se ubican estos centros, en su mayoría, dependen económicamente de la constitución de este tipo societario e

¹⁶ FAVIER DUBOIS, Eduardo M., “Competencia de los jueces Argentinos en un pedido de quiebra contra una sociedad “off shore” Uruguay: el criterio del domicilio comercial efectivo en un fallo de la Corte Suprema”. EIDial – DC1042. p. 3.

¹⁷ FAVIER DUBOIS, Eduardo M., “Competencia de los jueces Argentinos en un pedido de quiebra contra una sociedad “off shore” Uruguay: el criterio del domicilio comercial efectivo en un fallo de la Corte Suprema”. EIDial – DC1042. p. 3.

¹⁸ “Acerca de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)” Disponible en: <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>. Consultado: 14 de Octubre de 2015.

intentan ser cada vez más atractivos hacia las inversiones, ofreciendo tentadoras ventajas.

Considerando esto, OCDE se vio obligada a repensar nuevas estrategias frente a este fenómeno, entendiendo que resultaría más efectivo si lograban la colaboración por parte de estos estados en la facilitación de la información sobre las diferentes actividades y operaciones financieras que se realicen bajo su jurisdicción por parte de aquellos que se benefician de su régimen legal.

Como consecuencia de ello es que se produce la reactivación del Foro de Transparencia Global que ha confeccionado la lista de países colaboradores¹⁹, que son aquellos que cooperan brindando información y colaborando en los trabajos relativos a la transparencia y el intercambio de información con fines fiscales.

El Foro Global fue creado en el 2000, teniendo como finalidad ofrecer un foro global e incluso para la cooperación en cuestiones de transparencia e intercambio de información. Está integrado en la actualidad por más de 80 países y jurisdicciones y han invitado a participar y unirse a las labores a nuevos participantes, pertenecientes tanto a países desarrollados como en vías de desarrollo²⁰.

Una de las principales líneas de trabajo ha sido el desarrollo de estándares internacionales y su implementación en los países miembros. Para ello OCDE se enfoca en las estrategias para establecer mecanismos de revisión.

En relación con los instrumentos legales de los cuales se vale la Organización, podemos distinguir dos tipos, las Decisiones y Recomendaciones. Las decisiones se caracterizan por no constituir tratados internacionales, sin embargo para los miembros que no se abstengan expresamente son legalmente obligatorias. Su implementación interna se realiza conforme los regímenes constitucionales propios. Las recomendaciones, por su parte, aunque carecen de fuerza vinculante, se espera que

¹⁹ En el Informe de progreso del 2 de Abril de 2012 figuran la lista de de jurisdicciones cooperativas.

²⁰ “Foro Global de la OCDE sobre Transparencia e Intercambio de Información”. Disponible en: <http://www.oecd.org/centrodemexico/foroglobaldelaocdesobrettransparenciaeintercambiodeinformacion.htm>. Consultado: 10 de Junio de 2017.

los miembros las incorporen a sus ordenamientos internos por su fuerte legitimación técnica²¹.

Es importante destacar que últimamente, como consecuencia de la presión que se efectúa desde el G20, cada vez son más los países que adoptan medidas de colaboración en materia de transparencia fiscal y lucha contra la evasión, ya sea revisando los tratados que tienen ratificados como también celebrando y negociando nuevos acuerdos.

El Foro Global en su reunión de Noviembre de 2016 en Tiflis²², indicó en la Declaración de Resultados que se reafirmaron “en su papel de principal organismo internacional en cuanto a transparencia e intercambio de información con fines fiscales. Con el objeto de no socavar los esfuerzos realizados por las jurisdicciones para cumplir los estándares, se hizo un llamamiento para que todas las iniciativas relacionadas con la transparencia fiscal, tales como la elaboración de listas de jurisdicciones no cooperativas,

²¹ LOAIZA KEEL, Carlos. “Uruguay miembro de la OCDE: Un camino al desarrollo”. *Pharos Academia Nacional de Economía. Universidad de Montevideo* Ed. Mastergraf. Montevideo, 2016.

²² LISTA DE PARTICIPANTES EN LA REUNIÓN DEL FORO GLOBAL TIFLIS, GEORGIA Del 2 al 4 de noviembre de 2016: Alemania; Antigua y Barbuda; Arabia Saudita; Argentina; Austria; Bahamas; Barbados; Baréin; Bélgica; Belice; Bermudas; Brasil; Bulgaria; Camerún; Canadá; Catar; Chile; Colombia; Corea; Costa Rica; Dinamarca; Emiratos Árabes Unidos; España; Estados Unidos; Estonia; Finlandia; Francia; Georgia; Ghana; Gibraltar; Guernesey; Hong Kong (RAE China); Hungría; India; Indonesia; Irlanda; Isla de Man; Islas Caimán; Islas Cook; Islas Marshall; Islas Turcas y Caicos; Islas Vírgenes Británicas; Italia; Japón; Jersey; Kazajistán; Kenia; Kuwait; Letonia; Liechtenstein; Lituania; Luxemburgo; Macao (RAE China); Malasia; Malta; México; Moldavia; Mónaco; Noruega; Países Bajos; Pakistán; Panamá; Paraguay; Perú; Polonia; Portugal; Reino Unido; República Dominicana; República Eslovaca; República Popular China; Rumanía; Rusia; Samoa; San Cristóbal y Nieves; San Marino; Senegal; Seychelles; Singapur; Sudáfrica; Suecia; Suiza; Trinidad y Tobago; Turquía; Uganda; Uruguay. Banco Europeo de Inversiones (BEI); Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD); Centro de Encuentros y Estudios de Directores de las Administraciones Tributarias (CREDAF, por sus siglas en francés); Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT); Comisión Europea (CE); Corporación Financiera Internacional (CFI); Foro Africano de Administración Tributaria (ATAF, por sus siglas en inglés); Grupo de Acción Financiera (GAFI); Grupo del Banco Mundial (GBM); Naciones Unidas (ONU); Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE); Secretaría de la Commonwealth.

se ajusten plenamente al trabajo del Foro Global, incluidos los resultados del proceso de evaluación abreviado”²³.

Por otra parte, nos encontramos con el Grupo de Acción Financiera²⁴ (GAFI). GAFI es un organismo intergubernamental²⁵ cuyo objeto es desarrollar y promover políticas para combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Fija y vigila los estándares internacionales de las normas anti-blanqueo. Incentiva a los países en la implementación de medidas que resulten eficaces en sus propios ordenamientos jurídicos internos a los fines de cumplir con los objetivos del organismo, de acuerdo a las Recomendaciones realizadas por el GAFI.

Los estándares fijados por la Organización se proyectan a través no sólo de las Recomendaciones²⁶, sino también en sus Notas Interpretati-

²³ “9th Meeting of the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes” (Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales). Declaración de Resultados. 2 y 4 de Noviembre de 2016, Tblisi, Georgia. Disponible en: <https://www.oecd.org/tax/transparency/about-the-global-forum/meetings/declaracion-resultados-reunion-foro-global-2016.pdf> Consultado: 12 de Junio de 2017.

²⁴ *Vid:* <http://www.fatf-gafi.org/>. Consultado: 9 de junio de 2017.

²⁵ El GAFI está integrado por 33 países u organizaciones regionales: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Corea del Sur, Dinamarca, España, EE.UU., Federación Rusa, Finlandia, Francia, Grecia, Hong Kong, India, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Nueva Zelanda, Noruega, Países Bajos, Portugal, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Turquía y el Reino Unido. Son participantes también organizaciones internacionales, entre ellas: Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, Interpol y Europol, las Naciones Unidas y la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE).

²⁶ “Las Cuarenta Recomendaciones del GAFI originales se elaboraron el año 1990 como una iniciativa para combatir el mal uso de los sistemas financieros por los blanqueadores del producto del narcotráfico. En 1996, las Recomendaciones fueron revisadas por primera vez para reflejar la evolución de las tendencias de blanqueo de capitales y sus técnicas y para ampliar su alcance más allá de blanqueo de capitales procedente de la droga. En octubre de 2001, el GAFI amplió su mandato para abordar la cuestión de la financiación de actividades terroristas y organizaciones terroristas y dio un paso importante en la creación de las Ocho (que más tarde se ampliaron a nueve) Recomendaciones Especiales sobre la financiación del terrorismo. Las Recomendaciones del GAFI se revisaron por segunda vez en 2003 y, junto con las Recomendaciones Especiales, han sido respaldadas por más de 180 países y son universalmente reconocidas como el estándar internacional contra el blanqueo de capitales y la lucha contra la financiación del terrorismo (AML/CFT)” Disponible

vas. Los criterios que se implementan deben ser respetados por todos los miembros, para lo cual son sometidos a un riguroso sistema de evaluación llevado a cabo por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, acorde a los parámetros de evaluación determinados por GAFI.

Hemos hecho referencia a las acciones internacionales llevadas a cabo por las principales organizaciones internacionales especializadas en la temática, pero no implican un agotamiento del tema.

Debemos tener en cuenta que si las personas humanas o jurídicas quieren realizar una planificación fiscal favorable a su economía, en la cual se disminuyan la carga tributaria existen mecanismos legales a nivel internacional para lograrlos, no siendo siempre éstos ilícitos. El gran problema de la utilización de las sociedades off shore es la intención de valer se de esta figura para evadir el régimen legal que le corresponde aplicar.

Con la finalidad de proporcionar un abanico de posibilidades más flexible y atraer de esta manera inversiones extranjeras que se traduzcan en una mayor competitividad intencional, diferentes jurisdicciones, que se caracterizan por una fuerte carga tributaria han ido adoptando figuras legales que resulten atractivas a los grandes empresarios. Existen numerosos ejemplos que pueden enunciarse, a modo ilustrativo señalaremos el caso de las ETVE españolas²⁷.

En este punto, nos detenemos a reflexionar sobre la obligatoriedad de los parámetros que se fijan a nivel internacional por los organismos especializados enunciados supra ¿Constituyen fuente de derecho internacional privado? ¿Sus criterios son vinculantes? ¿De qué manera se pueden ver reflejados en el derecho interno argentino? ¿Estamos frente a una fuente trasnacional?

Siguiendo el criterio de DREYZIN DE KLOR en relación a la dimensión trasnacional, esta fuente se caracteriza por la carencia de coercibilidad al

en: <http://www.aranzadi.es/blanqueodecapitales/pdf/4.40recomendacionesgafi.pdf>. Consultado 15 de Junio de 2017.

²⁷ Artículo 116 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades en relación a las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros: “Aquellas cuyo objeto social comprenda la actividad de gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales”.

no existir sanción²⁸. Nos explica que los usos de este ámbito transnacional sobreviven de forma autónoma a modo de soft law o normas narrativas... esta fuente se materializa en recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta y principios, entre otros instrumentos que no tienen poder de vinculación directa, aunque influyen tanto en el desarrollo legislativo futuro, como así también en calidad de referentes específicos en la actuación judicial. El soft law directamente aplicable al DIPr se manifiesta en la proliferación de leyes modelo elaboradas en foros internacionales, las que pueden ser tenidas en cuenta por el legislador nacional y por el intérprete.²⁹

En la actualidad la mayoría de los países, se están acogiendo a regímenes de control, adhiriendo a criterios internacionales e incorporando en sus ordenamientos internos, normativas favorables a mecanismos de control frente al fraude organizado, el blanqueo de capitales y el narcotráfico.

Ejemplo de ello lo constituye la República Oriental del Uruguay, que en 2009 fue incluida por la OCDE en la lista de naciones que no adherían a su estándar de intercambio de información con fines tributarios³⁰. En esta línea, Uruguay, por exigencias de la OCDE, dejó de lado las sociedades anónimas financieras de inversión (SAFI) que funcionaban como una suerte de sociedades offshore para extranjeros. Sin embargo continúan ofreciendo plataformas e incentivos tributarios legítimos a inversores de otros países³¹.

Frente a este panorama mundial, se han ido adaptado algunas de las jurisdicciones, antes calificadas de paraísos fiscales, reconvirtiéndose y mostrando predisposición a los fines de adaptarse a los mecanismos de cooperación internacional en materia de información.

²⁸ DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El derecho Internacional Privado Actual*. Tomo I. Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2015. Pág. 63.

²⁹ DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El derecho Internacional Privado Actual*. Tomo I. Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2015. Pág. 64.

³⁰ LOAIZA KEEL, Carlos. "Uruguay miembro de la OCDE: Un camino al desarrollo". *Pharos Academia Nacional de Economía. Universidad de Montevideo* Ed. Mastergraf. Montevideo, 2016.

³¹ "Uruguay reemplaza sociedades offshore para extranjeros con otros incentivos fiscales" Disponible en: <http://www.cronista.com/columnistas/Uruguay-reemplaza-sociedades-offshore-para-extranjeros-con-otros-incentivos-fiscales-20140929-0035.html> Consultado: 9 de junio de 2017.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Somos conscientes que actualmente hablar de sociedades “*off shore*” implica una connotación negativa para la Sociedad. Como consecuencia de los numerosos escándalos que han ocurrido a nivel mundial y que se han dado a conocer mega casos de corrupción que involucra la utilización de esta figura. El más resonante fue el escándalo de Panamá Papers que envolvió a figuras políticas y empresariales de todo el mundo.

La utilización de este tipo societario con fines de fraude requiere de la unión de esfuerzos internacionales y de la toma de medidas internas en cada país.

Lentamente, los países con jurisdicciones off shore, se han ido adaptando a los criterios que se fijan a nivel internacional y avanzando en cuestiones de cooperación internacional en intercambio de información, especialmente cuando ocurren situaciones en las que se encuentran vinculados delitos de blanqueo de capitales, narcotráfico y trata de personas. Pero queda un largo camino por recorrer porque incluso frente a estas situaciones deben fundarse debidamente las solicitudes de información, de lo contrario son rechazadas por el país requerido.

Como contrapartida al uso fraudulento de las Sociedades Off Shore resulta importante aclarar que la constitución de una sociedad de este tipo es legal si se realiza conforme las normativas del lugar de constitución. El núcleo problemático de esta cuestión gira en torno a la utilización de esta figura como un medio para evadir la aplicación del orden jurídico que hubiese correspondido.

Cuando en un intento de marginación de la legislación interna, se practica o se simula practicar desde el exterior una operatoria, se generan siempre sobre la actividad económica del país efectos nocivos.

El mundo demanda una acción concertada para tener un tejido social más justo y solidario y ello implica moverse hacia una nueva institucionalidad de la economía globalizada y no hacia una mayor globalización que perpetúe la institucionalidad existente³².

³² ROZO, C., AZAMAR, A. “El G20 en Los Cabos. Oportunidad perdida para el cambio necesario. Problemas de Desarrollo”. *Problemas del Desarrollo*. Science Direct, EBSCOhost, 2013.

En el caso de Argentina, es destacable la actuación de la IGJ quien protagoniza una gran lucha contra las maniobras fraudulentas que se realizan a través de estas sociedades.

Pero lo cierto es que estos nuevos vientos, no exentos de críticas por parte de aquellos a los cuales tales resoluciones los privaron de un excelente y muy redituable negocio, y quienes intentaron justificar la legalidad de las sociedades off shore, mediante argumentos que todavía sorprenden por su superficialidad y dogmatismo, produjeron en la ciudadanía un cambio sustancial de opinión en torno a estas entidades supuestamente extranjeras.³³

La tarea de lucha contra el fraude organizado debe quedar en manos de los especialistas y demás operadores jurídicos, a fin de establecer una adecuada coordinación y respeto del criterio que orienta la política exterior Argentina en materia de obligaciones internacionales.

Todo Estado necesita reglas claras y coherentes, que se traduzcan en seguridad jurídica, y que le permitan trazar un camino que lo conduzca a un crecimiento y desarrollo sustentable. La ausencia de ellas genera caos y oportunismo económico, por eso es fundamental un régimen jurídico preciso que nos muestre al mundo como un Estado confiable y estable.

Como nos explica la destacada jurista DREYZIN DE KLOR, hay una revitalización de la ciencia iusprivatista internacional que adquiere una dinámica inusitada ante una realidad en la cual los actores modifican su rol, observándose una proficua elaboración de normas de origen internacional, supranacional y trasnacional... La aplicación judicial de las normas provenientes de las diversas vertientes de codificación se torna cotidiana frente a los cada vez más numerosos conflictos que se plantean en el marco de la globalización³⁴.

Vivimos en un mundo globalizado, por lo tanto receptor las acciones internacionales que se están llevando a cabo en esta materia, es también hablar de competitividad internacional entre países.

³³ NISSEN, Ricardo. "Doctrina de hoy: las sociedades Off Shore". *Revista Enfoques*, 2012. Disponible en: <http://thomsonreuterslatam.com/2012/06/26/doctrina-de-hoy-las-sociedades-off-shore/#sthash.RIaOVOIm.dpuf>. Consultado 15 de Octubre de 2015.

³⁴ DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El derecho Internacional Privado Actual*. Tomo I. Ed. Zavallia, Buenos Aires, 2015. Pág. 21.

BIBLIOGRAFÍA

- ARENAS GARCÍA, Rafael. *Registro Mercantil y Derecho del Comercio Internacional*. Ed. Centros de Estudios Registrales. Madrid, 2000.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El derecho Internacional Privado Actual*. Tomo I. Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2015.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M., “Competencia de los jueces Argentinos en un pedido de quiebra contra una sociedad “off shore” Uruguaya: el criterio del domicilio comercial efectivo en un fallo de la Corte Suprema”. *El Dial* – DC1042.
- FERNÁNDEZ, Jorge. “Sociedades Off-Shore, ¿Quién las controla?” Publicado en Instituto de Estudio de las Finanzas Públicas Argentinas, 2006. <http://www.iefpa.org.ar/seminarios/2006/jujuy/documentos/02%20fernandez.pdf>
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A., *Derecho Internacional Privado*. Ed. Aranzadi. 9na Edición. Madrid.
- GUTIÉRREZ DE PABLO, Gonzalo. “Bancos offshore: diversos aspectos sobre su utilización a través de instrumentos financieros”. *Cuadernos de Formación*. Colaboración 3/13. Volumen 16/2013.
- LOAIZA KEEL, Carlos. “Uruguay miembro de la OCDE: Un camino al desarrollo”. *Pharos Academia Nacional de Economía. Universidad de Montevideo* Ed. Mastergraf. Montevideo, 2016.
- MAGAÑA URBINA, D., FLORES ROMERO, B., GONZÁLEZ SANTOYO, G. “Los Paraísos Fiscales, un reto para los acuerdos internacionales en el ámbito tributario” *Revista del Claustro de Profesores de la Facultad de Contaduría y Ciencias Administrativas de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo*. México, Julio – Diciembre del 2016. Pág 51.
- NISSEN, Ricardo. “Doctrina de hoy: las sociedades Off Shore”. *Revista Enfoques*, 2012. Disponible en: <http://thomsonreuterslatam.com/2012/06/26/doctrina-de-hoy-las-sociedades-off-shore/#sthash.RIaOVOIm.dpuf>.
- ROZO, C., AZAMAR, A. “El G20 en Los Cabos. Oportunidad perdida para el cambio necesario. Problemas de Desarrollo”. *Problemas del Desarrollo*. Science Direct, EBSCOhost, 2013.

- RICHARD, Efraín Hugo “Actividad Ilícita y Sociedad extranjera no inscrita” Publicado en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. <http://www.acaderc.org.ar/doctrina>
- UZAL, María Elsa, “El emplazamiento en juicio de una sociedad extranjera” en *RDCO* n° 127/8.
- VITOLO, Roque D. *La personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Su limitación en los casos de utilización indebida y fraude*. Ed. Errepar. 1° Edición. Buenos Aires, 2010.
- Enciclopedia Virtual EUMED. <http://www.eumed.net/diccionario/definicion.php?dic=1&def=40> Consultado: 14 de Octubre de 2015.
- Paraísos fiscales y empresas offshore: La fiscalidad internacional al servicio de la empresa. Publicado en: <https://www.knowledgeatwharton.com/es/article/paraisos-fiscales-y-empresas-offshore-la-fiscalidad-internacional-al-servicio-de-la-empresa/> Consultado: 8 de Octubre de 2015.
- Uruguay reemplaza sociedades offshore para extranjeros con otros incentivos fiscales” Disponible en: <http://www.cronista.com/columnistas/Uruguay-reemplaza-sociedades-offshore-para-extranjeros-con-otros-incentivos-fiscales-20140929-0035.html> Consultado: 9 de junio de 2017.

SECCIÓN III

FILOSOFÍA - SOCIOLOGÍA - HISTORIA

EL OBJETO DE LA JUSTICIA EN LA TEORÍA DE JOHN RAWLS. REFLEXIONES EN TORNO A LAS CRÍTICAS ELABORADAS POR GERALD A. COHEN¹²

*Ercilia Irene Adén*³

Resumen: En este trabajo se reconstruyen las críticas al objeto de la justicia y al concepto de estructura básica en la teoría de John Rawls elaboradas por Gerald Cohen. Luego de presentadas las objeciones se analizan interpretaciones alternativas a los fines de defender la coherencia interna de la teoría rawlsiana. Finalmente, se consideran las implicancias de su adopción y se sostiene que aunque pueda defenderse su coherencia interna, aún existen razones que podrían justificar su rechazo.

Palabras Clave: John Rawls – justicia – Gerald Cohen – estructura básica

INTRODUCCIÓN

En “Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?”⁴ Gerald A. Cohen elabora una serie de objeciones a la teoría de la justicia propuesta por John Rawls. Una de ellas apunta a cuestionar el modo en que el filósofo

¹ Artículo recibido 12/04/2017 – Aprobado para su publicación 20/09/2017.

² Este trabajo fue elaborado en el marco de la asignatura “Teoría Política y Diseño Institucional” de la Maestría en Derecho y Argumentación de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Agradezco al profesor Dr. Fernando Lizárraga por sus comentarios.

³ Abogada (UNC). Becaria doctoral de CONICET. Doctoranda en Derecho y Cs. Sociales (UNC). Maestranda en Derecho y Argumentación (UNC). Adscripta en las cátedras de Ética y Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho (UNC). Miembro del Programa de Ética y Teoría Política radicado en el CIJS.

⁴ COHEN, G. A., *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?*, Barcelona, Paidós, 2001.

estadounidense delimita el objeto de la justicia. En ‘Teoría de la Justicia’⁵ Rawls establece dos principios que se aplican a la estructura básica de una sociedad, dejando de lado las conductas individuales de los ciudadanos dentro de ella. Para el pensador canadiense, un compromiso con las premisas de las que parte John Rawls lleva a extender la aplicación de los principios a las conductas individuales de los ciudadanos e inclusive considera que el propio Rawls en ocasiones admite tal aplicación. En particular, cuando desarrolla de manera confusa el tratamiento de una institución no coercitiva como la familia.

Además, Gerald Cohen considera que el concepto de estructura básica rawlsiano se presenta como ambiguo. Esto se debe a que en algunas ocasiones lo determinante para definirlo son los efectos profundos que provoca en la vida de las personas desde el momento del nacimiento mientras que en otras, además de los efectos profundos desde el nacimiento, parece exigirse la coerción.

En este trabajo se intentará reconstruir la crítica que elabora Gerald Cohen al objeto de la justicia en la teoría rawlsiana, como así también la que realiza en torno al concepto de estructura básica rawlsiana explicando por qué, en caso de ser correctas, harían colapsar la teoría de Rawls. Luego se analizarán otras posibles interpretaciones propuestas a los fines de defender la teoría rawlsiana. Finalmente, se considerarán las implicancias de adoptar una u otra posición afirmandose que aunque pueda sostenerse la coherencia interna de la teoría rawlsiana, aún existen razones que pueden llevar a su rechazo.

LOS CONTEXTOS DE LA MORAL: EL MONISMO DE GERALD COHEN Y EL CONTEXTUALISMO DE JOHN RAWLS.

John Rawls sostiene una concepción de justicia de carácter contextualista. A diferencia de las teorías monistas que proponen un valor para evaluar todas las situaciones en cualquier contexto, para las teorías contextualistas los principios morales varían de acuerdo a la naturaleza objeto a ser evaluado. Así, Rawls considera que se deben distinguir los principios que sirven para evaluar moralmente las conductas individuales,

⁵ RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1999.

de los que sirven para evaluar la estructura institucional doméstica, como así también de los que se aplican a la estructura institucional internacional⁶. Es decir, considera al menos tres objetos distintos –aunque no se trata de una enumeración taxativa- a los cuales se debe evaluar mediante distintos principios o reglas morales.

Para satisfacer las exigencias de justicia a nivel doméstico de los Estados conforme a la teoría rawlsiana es suficiente poseer reglas institucionales justas y esto es lo que le da su carácter institucional. Luego, los individuos cuentan con un ámbito o espacio de libertad para realizar conductas dentro de la estructura básica, siempre y cuando se respeten las reglas por ella establecidas. En otras palabras, Rawls separa la moralidad política -que se aplica a las instituciones- de la moralidad individual -que se aplica a los individuos-. Esta forma de entender la justicia implica una división del trabajo moral que evita que los individuos deban vivir en una especie de “infierno moral”, propio de las posiciones consecuencialistas⁷. Esto es, deja un espacio de libertad para acciones individuales que pueden ser caracterizadas como neutras, escapando de la dualidad obligatorio-prohibido de las posiciones consecuencialistas. Asimismo, los agentes no necesitan realizar cálculos para asegurarse de que cada curso de acción que realizan fomenta un cierto valor que debe ser promovido.

Alejándose de Rawls, Cohen defiende una idea monista de justicia. Cohen es un monista moral con respecto al campo de aplicación de los principios de justicia, ya que considera que los mismos valores se aplican en cualquier dominio –o más bien, que solo hay un dominio-. Sin embargo, esto no implica que sea un monista moral con respecto al número de valores que reconoce como valiosos. En este sentido, Cohen puede ser considerado un pluralista moral ya que considera que existe más de un valor importante para la vida social⁸. Para el filósofo canadiense, no puede aceptarse la distinción entre doctrinas comprensivas y doctrinas políticas y es por eso que rechaza el carácter político de la concepción

⁶ SELEME, H., La consistencia del contextualismo institucional e internacional, *Enrahonar*, (43), 2009, 210.

⁷ PETTIT, P. El consecuencialismo. En *Peter Singer (ed.), Compendio de Ética*. Madrid, Alianza, 1995, 328-332.

⁸ Agradezco a Fernando Lizárraga y a Hugo Seleme por sus comentarios con respecto a esta distinción.

rawlsiana de justicia⁹. Cohen cree que “lo personal es político”¹⁰ y que las conductas individuales inciden a la hora de determinar el carácter justo o injusto de una sociedad. De este modo, propone extender la aplicación de los principios de justicia a las conductas que se dan dentro de la estructura institucional en vez de limitarla a la estructura institucional estatal. Esto se percibe de manera clara cuando afirma:

“(...) la justicia no puede ser solo una cuestión de la estructura legal del Estado dentro del que la gente actúa, sino que es también una cuestión que tiene que ver con los actos que la gente elige dentro de esa estructura, con las opciones personales que llevan a cabo en su vida diaria”¹¹.

En toda su argumentación, Cohen tiene en miras el resultado final que se debe alcanzar: obtener una sociedad igualitaria. Aunque admite que no es posible mejorar las sociedades actuales hasta el punto de ser perfectas, tanto las instituciones como las acciones individuales deben estar orientadas a alcanzar ese fin. Esto demuestra el carácter consecuencialista de su concepción. Cohen cree que la idea rawlsiana es incompleta dado que la posición de los que menos tienen podría verse mejorada si los principios se aplicaran a las decisiones individuales y que un compromiso con la igualdad debería incluir esa exigencia.

LA OBJECCIÓN DE COHEN AL OBJETO DE LA JUSTICIA RAWLSIANO: ¿POR QUÉ NO EXTENDER LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA A LAS CONDUCTAS INDIVIDUALES DE LOS CIUDA- DANOS EN VEZ DE LIMITARLA A LA ESTRUCTURA BÁSICA DE LA SOCIEDAD?

Esta objeción busca cuestionar la delimitación del objeto de la justicia en la teoría de Rawls. Se trata de una crítica interna a la teoría en la que Cohen recurre a un argumento propuesto por el propio Rawls para mostrar su incoherencia. El pensador canadiense toma como premisa la afirmación

⁹ Conforme a Rawls, una concepción política “(...) constituye una concepción moral elaborada para una clase específica de sujeto, por decir, para instituciones políticas, sociales y económicas(...)” (Rawls, J., 1993, p. 36).

¹⁰ COHEN, G. A., *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?*, Barcelona, Paidós, 2001, 166.

¹¹ Ibid.

de que surgen exigencias de justicia con respecto a la estructura básica de la sociedad porque ella genera efectos profundos en la vida de las personas desde el comienzo -desde el nacimiento-¹². Luego afirma que si lo determinante son los efectos profundos no existen razones que justifiquen excluir de la aplicación de los principios a estructuras informales como la familia o a las elecciones personales¹³. Tanto las estructuras informales como las elecciones personales inciden a la hora de establecer las cargas y beneficios que las personas deben soportar a lo largo de sus vidas. Es por esto que Cohen concluye en que si se toma esa premisa como punto de partida, el resultado obtenido es distinto de aquel al que arriba Rawls y que, por lo tanto, los principios deben aplicarse a otras estructuras informales y a las conductas individuales que generan los mismos efectos.

UNA INTERPRETACIÓN A FAVOR DE LA TEORÍA RAWLSIANA: UNA CONDICIÓN NECESARIA PERO NO SUFICIENTE.

A diferencia de la interpretación propuesta por Cohen, algunos filósofos se han percatado de que si bien los efectos profundos que la estructura básica de la sociedad produce en la vida de las personas desde que nacen son una característica necesaria para definir el objeto de la justicia en la teoría de la justicia rawlsiana, no se trata de una característica suficiente. Así, además de producir efectos profundos en la vida de las personas, estos efectos deben producirse de manera coercitiva -con independencia de la voluntad de los ciudadanos- y la estructura debe ser establecida mediante el ejercicio de un poder político colectivo -por ejemplo, un poder constituyente o un poder legislativo-¹⁴.

Estas dos características -el carácter coercitivo y la existencia de un poder político colectivo- diferencian los efectos que producen las decisiones estatales de los que producen las decisiones individuales. Las

¹² COHEN, G. A., *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?*, Barcelona, Paidós, 2001, 187; RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1971, 7.

¹³ COHEN, G. A., *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?*, Barcelona, Paidós, 2001, 190.

¹⁴ SELEME, H., La consistencia del contextualismo institucional e internacional, *Enrahonar*, (43), 2009, 218.

decisiones individuales no se imponen en nombre de todos los ciudadanos sino solo en nombre de quienes la toman y es por eso que a la hora de justificarlas no se requiere de un criterio aceptable para todos. Por el contrario, cuando se toma una decisión colectiva surge la necesidad de justificarla con un criterio aceptable por todos los sujetos que forman parte del colectivo. Esto se debe a que la coerción que le sigue luego se impone a todos y en nombre de todos sus integrantes. Debido a que en una democracia las decisiones estatales son tomadas en nombre de todos los ciudadanos, es necesario que los ciudadanos puedan considerarlas como propias.

En resumen, conforme a esta interpretación, para la concepción rawlsiana las decisiones individuales se encuentran dentro del ámbito de libertad de los ciudadanos y no requieren ser tomadas ni justificadas mediante un criterio aceptable para todos. Por el contrario, cuando se trata de decisiones tomadas dentro de la estructura básica, ellas deben ser aceptables para todos puesto que luego se impondrán de manera coercitiva. Este es el tipo de decisiones para las cuales John Rawls recurre a la posición original y al velo de la ignorancia, asegurando que los ciudadanos sean tratados como libres e iguales y evitando que contingencias irrelevantes desde un punto de vista moral incidan en los acuerdos alcanzados.

Cabe aclarar que si bien esta interpretación puede servir para defender la coherencia interna de la teoría de la justicia rawlsiana, de ello no se sigue que sea suficiente para afirmarla y defenderla como la teoría más correcta. En otras palabras, del hecho que Rawls sea coherente y consistente no se sigue que debamos aceptar su teoría. En particular, puede suceder que las premisas de las que parte resulten poco atractivas o incompletas. Estas premisas pueden ponerse a prueba considerando las modificaciones que podrían proponerse desde la teoría de Cohen.

LA FAMILIA: ¿UNA CONTRADICCIÓN RAWLSIANA? UNA NUEVA OBJECCIÓN POSTULADA POR GERALD COHEN.

Para el filósofo canadiense, el tratamiento que Rawls otorga a la institución de la familia es ambiguo y lo ubica en una situación dilemática. La familia es una institución que sin dudas provoca efectos importantes y/o profundos en la vida de las personas y que además lo hace desde el momento del nacimiento –razones por las que Rawls considera que la

estructura básica es el tema central de la justicia-. Si se piensa, por ejemplo, en lo que sucede dentro de una familia en la que las mujeres deben hacerse cargo de todas las tareas del hogar además de trabajar y/o ir a la escuela- mientras que los hombres solo deben trabajar y/o ir a la escuela, parece claro que existe un trato desigual consistente en exigir que las mujeres soporten mayores cargas que los hombres y ello por razones injustificadas desde un punto de vista moral: las mujeres no pudieron elegir ser mujeres u hombres y tampoco se puede brindar razones morales por las que la pertenencia a uno u otro sexo pueda justificar exigirles mayores cargas. Esto sería fácil de demostrar si se recurre al ejercicio mental de situarse en la posición original tras el velo de la ignorancia: ¿qué razones podrían ofrecerse para elegir ese trato desigual si no se sabe a qué sexo se pertenecerá cuando se corra el velo de la ignorancia? Pareciera ser que ninguna. En Rawls "(...) es justo que los individuos tengan porciones desiguales de bienes sociales, en la medida en que dichas desigualdades hayan sido ganadas y merecidas por los individuos"¹⁵. Cuando ello no es así y la desigual distribución no es producto de sus decisiones o acciones, son consideradas injustas.

La institución de la familia no es coercitiva en términos legales pero, sin embargo, puede tener grandes incidencias en cuanto a las oportunidades, derechos y libertades que interesan a las personas para poder desarrollar sus planes de vida. Es por todo esto que Cohen considera que los principios de justicia deben aplicarse dentro de ella. Sin embargo, esta extensión de los principios de justicia a una institución no coercitiva no es algo que -según Cohen- Rawls pueda hacer.

Para Cohen, una institución como la familia pone a Rawls en un dilema. Por un lado, para evitar incluir a las elecciones individuales y de ese modo abandonar el liberalismo, debe ocuparse de la estructura institución que posee carácter coercitivo. Por el otro, de inclinarse por esta opción dejaría de lado o iría en contra de la razón por las que le preocupan las instituciones, consistente en los efectos profundos que provocan en la vida de las personas. Esto es así debido a que a diferencia de lo que ocurre con las instituciones coercitivas que pueden surgir con independencia de las conductas individuales mediante la creación legislativa, en las estructuras

¹⁵ KYMLICKA, W., *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, Barcelona, Ariel, 1995, 69-70.

no coercitivas no es posible separar el comportamiento de la estructura misma. En estas últimas, son los comportamientos y elecciones individuales los que la constituyen¹⁶. De este modo, si Rawls opta por aplicar los principios de justicia a una estructura informal como la familia, debe sacrificar la libertad para actuar que pretendía conceder a los individuos dentro de la estructura básica coercitiva.

OTRA INTERPRETACIÓN EN DEFENSA DE LA TEORÍA RAWLSIANA: LA FAMILIA NO ES PARTE DE LA ESTRUCTURA BÁSICA Y TAMPOCO OBJETO DE LA JUSTICIA

Al igual que con respecto a la primer objeción, algunos autores se han ocupado de defender la posición rawlsiana tratando de demostrar que la propuesta no es ambigua ni contradictoria. Así, entienden que la razón por la que la familia es tratada y regulada es para permitir acceso a la estructura básica sin que ello implique incluirla como parte de la estructura, ni tampoco como objeto de la justicia —esto último es lo que sostiene Cohen—. Conforme a esta interpretación, la familia sería objeto de preocupación estatal cuando funciona como un obstáculo para garantizar el funcionamiento de la estructura. El rol del estado se encontraría limitado a asegurar que la familia no funcione como una forma de limitar el acceso a los derechos, libertades y oportunidades derivados de los dos principios de justicia. Mientras la familia no los limite, no habría razones para interferir en ella.

En Rawls la familia puede ser considerada como un tipo de asociación. Esto implica que si bien se le reconocen derechos como grupo con un margen de libertad importante para actuar, este reconocimiento no implica permitir que se vulneren los derechos individuales de sus miembros¹⁷. La libertad de la familia, como la de cualquier asociación, no es ilimitada. Su límite se encuentra determinado por los derechos y libertades de sus miembros que, además de miembros, son ciudadanos.

¹⁶ COHEN, G. A., *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?*, Barcelona, Paidós, 2001, 187.

¹⁷ GARGARELLA, R., *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós, 1999, 87.

En ‘The idea of Public Reason Revisted’¹⁸ Rawls trata específicamente la institución familia y su relación con la estructura básica. Si bien la familia es parte de la estructura básica y lleva adelante uno de los roles más importantes -de ella depende en gran parte la producción y reproducción tanto de la sociedad como de su cultura¹⁹-, de ello no se sigue que los principios de justicia le deban ser aplicados de manera directa. Por el contrario, Rawls es claro al afirmar que los principios de justicia no le deben ser aplicados:

“(...) the primary subject of political justice is the basis structure of society understood as the arrangement of society’s main institutions into a unified system of social cooperation over time. The principles of political justice are to apply directly to this structure, but are not to apply directly to the internal life of the many associations within it, the family among them”²⁰.

Sin embargo, aunque la familia –al igual que otras asociaciones- tiene libertad para definir su forma de funcionamiento, el ejercicio de esa libertad debe garantizar que se respeten los derechos y libertades y se asegure la igualdad de oportunidades de quienes las integran²¹. La idea es que si se asegura el respeto de los derechos básicos de los ciudadanos como iguales, ello debe ser suficiente para asegurarles su igualdad e independencia²².

En Rawls, la separación del dominio de lo “político” del de lo “no político” no implica un desentendimiento con respecto a todo lo que suceda fuera del dominio político en el que los principios de justicia son aplicados. El dominio de lo “no político” también se ve constreñido por ellos pero de un modo distinto: se debe garantizar el trato de los miembros o integrantes de familias y otras asociaciones como “iguales ciudadanos” con los derechos que de ello se derivan²³.

¹⁸ RAWLS, J., The idea of Public Reason Revisted. En *The Law of Peoples* (pp. 129–180). Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1999.

¹⁹ *Ibid*, 157.

²⁰ *Ibid*, 158.

²¹ *Ibid*, 159.

²² *Ibid*, 159.

²³ *Ibid*, 160-161.

Rawls admite la división de trabajo basada en razones de género porque es una forma de garantizar el respeto a otras libertades – la libertad de religión, por ejemplo-. Sin embargo, en caso de existir una división del trabajo basada en razones de género como consecuencia de la adopción de una religión, ésta debe haber sido adoptada de manera libre o voluntaria –no por miedo o temor, por ejemplo- en un contexto de justicia. Si se garantiza que el rol es asumido de manera voluntaria y se garantiza también el respeto de los derechos y libertades básicos, entonces no hay ninguna razón para intervenir en su funcionamiento. La adopción voluntaria de una religión y su consiguiente rol garantiza el haber tenido igualdad de oportunidades y la posibilidad de decidir formar o no parte de esa institución²⁴.

Como es fácil percatarse de que la división del trabajo ha perjudicado a las mujeres a lo largo de la historia, en el sentido de que ocuparse de la educación de los niños y su cuidado por lo general siempre estuvo en cabeza de ellas, Rawls considera que en algunos casos la labor de las mujeres puede ser compensada para igualar su posición con respecto a la de los hombres²⁵. La forma de compensarlo es parte de lo que se debería resolver a la hora de legislar y no hay una respuesta única ni específica que pueda obtenerse a través de una teoría de la justicia. Sin embargo, el filósofo esboza algunas posibles propuestas que, de hecho, suelen ser tomadas por las distintas legislaciones. Una es considerar la tarea de cuidar y educar a los niños como un “trabajo” que luego se deriva en una división igual –o en algún porcentaje regulable- del salario del hombre obtenido durante el matrimonio para los casos en que se produzca un divorcio. Se podría pensar también en otros derechos como la licencia por embarazo, por maternidad y los avances que se hicieron en algunos países en los que, por ejemplo, se puede optar por la licencia por paternidad para que sean los hombres y no las mujeres los que se ocupen del cuidado de los niños en sus primeros días de vida. El reconocimiento de un derecho a los hombres también puede servir para igualar la situación. Sin embargo, los problemas que se pueden generar dentro de la familia son de lo más variados, la cuestión de género es una muy recurrente y por eso que se la toma como ejemplo, pero se podría pensar en otros casos más.

²⁴ Ibid, 162.

²⁵ Ibid, 162.

REFLEXIONES FINALES

En este trabajo se analizaron algunas de las objeciones relativas al objeto de la justicia en la teoría rawlsiana efectuadas por Gerald Cohen, como así también parte de las respuestas que se ofrecieron ante ellas. Aunque la crítica de Cohen intentaba demostrar inconsistencias dentro de la teoría rawlsiana, una interpretación en la que la aplicación de los principios de justicia se limite a las instituciones coercitivas que existen a nivel doméstico de los estados parece superarla. Sin embargo, esta respuesta solo sirve para sostener la coherencia interna de la teoría por lo que todavía se podrían ofrecer razones externas que sirvan para rechazarla.

De hecho, la crítica realizada por Gerald A. Cohen también sirve para poner en duda algunas de las premisas de las que parte John Rawls. Rawls y Cohen desacuerdan con respecto a las razones que deben considerarse para otorgar relevancia moral a un determinado contexto y, por ende, las razones que deben considerarse para aplicar los principios de justicia. En otras palabras, desacuerdan con respecto cuales son los contextos en los que surgen las exigencias de justicia. Para responder a esta pregunta no sirve de nada demostrar la coherencia interna de una teoría. Por el contrario, se deben analizar las premisas desde las cuales parte cada teoría para así evaluar cuál de las ellas responde mejor a nuestras intuiciones morales. En concreto: ¿surgen exigencias de justicia cuando existen decisiones que generan efectos profundos en nuestras vidas desde el nacimiento o es necesario algo más? Para Rawls es necesario algo más mientras que para Cohen es suficiente con que se generen efectos profundos desde el nacimiento.

Con respecto a la objeción relativa al lugar que le ocupa a la familia en la teoría rawlsiana, de nuevo pareciera que es posible encontrar un modo de entender su rol sin caer en una inconsistencia y tampoco en un dilema moral. Si se interpreta la preocupación de Rawls por la institución familia simplemente como un interés en garantizar el acceso y/o funcionamiento de la estructura básica, reconociendo la posibilidad de que los ciudadanos puedan ejercer libertades como la de asociación o la religiosa, el problema desaparece. Sin embargo, si lo que se espera de la justicia es que se maximice la igualdad en todos los ámbitos, quizás no sea el mejor modo de hacerlo. En otras palabras, aunque la teoría pueda ser coherente, si se considera a la moral como una exigencia de maximización, la respuesta que ofrece Cohen podría ser más adecuada o preferible si se la compara con la que ofrece Rawls.

La determinación de las premisas sobre las que se puede partir dependerá también del modo en que entendamos que deben satisfacerse las normas morales. Parece claro que Rawls y Cohen parten de concepciones distintas. Aunque la preocupación por la igualdad es compartida por ambos, ellos discrepan con respecto al modo correcto de garantizarla-. Mientras que la concepción de Cohen exige alcanzar el máximo de igualdad posible –propio de una concepción consecuencialista-, en la concepción rawlsiana la exigencia se limita a que las instituciones traten a los ciudadanos como iguales –propio de una concepción deontologista-.

Si creemos que las acciones se evalúan de manera primordialmente intrínseca, una idea como la rawlsiana parece más atractiva que la que propone Cohen. Rawls además está preocupado por garantizar un espacio de libertad, acciones que podrían ser neutrales desde el punto de vista de la justicia. Este es el caso de las acciones individuales, ya que los principios en su teoría sirven para evaluar instituciones coercitivas como el Estado.

Si, por el contrario, consideramos que la corrección de las acciones debe ser evaluada conforme a los resultados que se alcanzan, la teoría que propone Cohen puede dar una mejor respuesta. Cohen está preocupado por alcanzar una sociedad lo más igualitaria posible y ello requiere que los principios sean aplicados no solo a la estructura básica entendida como instituciones coercitivas sino también a las instituciones no coercitivas, al ethos social y a las conductas o elecciones individuales²⁶. De este modo, las acciones individuales no se encontrarían en un ámbito de libertad sino que deberían orientarse a intentar maximizar la igualdad dentro de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- COHEN, G. A., *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?*, Barcelona, Paidós, 2001.
- GARGARELLA, R., *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós, 1999.
- KYMLICKA, W., *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, Barcelona, Ariel, 1995.

²⁶ COHEN, G. A., *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?*, Barcelona, Paidós, 2001, 194.

PETTIT, P. El consecuencialismo. En *Peter Singer (ed.), Compendio de Ética*. Madrid, Alianza, 1995.

RAWLS, J., *Liberalismo Político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

_____ *A Theory of Justice*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1971.

_____ The idea of Public Reason Revisted. En *The Law of Peoples* (pp. 129–180). Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1999.

SELEME, H., La consistencia del contextualismo institucional e internacional, *Enrahonar*, (43), 2009.

ESTADÍSTICAS, ESTEREOTIPOS Y GRUPOS DESFAVORECIDOS

ALGUNOS LÍMITES DEL APOYO ESTADÍSTICO A LOS ESTEREOTIPOS¹

Federico José Arena²

Resumen: Existe una “visión ilustrada” de los estereotipos que, a diferencia de la visión tradicional, sostiene que los estereotipos (enunciados que asocian a un grupo de personas -identificado mediante un rasgo X- un rasgo Y), funcionan de manera similar a las generalizaciones y, por lo tanto, pueden ser contrastados con los hechos, determinando si poseen base estadística. En este trabajo intentaré mostrar, primero, que hay algunos estereotipos, como los que incluyen conceptos interpretativos, que no pueden ser directamente contrastados con los hechos y, segundo, que aun cuando un estereotipo posea base estadística, no siempre justifica la creación una norma general. Bajo ciertas condiciones, cuando el estereotipo se refiere a grupos desfavorecidos, la decisión debe ajustarse a las características del caso individual.

Palabras clave: estadísticas – estereotipos descriptivos – generalizaciones – normas generales – grupos desfavorecidos

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo propongo algunas ideas para revisar lo que llamaré “la visión ilustrada” sobre los estereotipos. Por lo general, los estereotipos suelen ser concebidos como enunciados que asocian a un grupo de personas

¹ Artículo recibido 11/05/2017 – Aprobado para su publicación 04/09/2017.

² Doctor europeo en filosofía del derecho y bioética jurídica, Universidad de Génova, Italia. Investigador Asistente, Conicet – U.N.C. y Profesor Adjunto de Filosofía y Lógica Jurídica, Universidad Blas Pascal, Argentina. fjarena@conicet.gov.ar.

(identificado mediante un rasgo X) un rasgo Y³. Este tipo de enunciados es generalmente visto con sospecha, ya que suelen incluir referencias a rasgos problemáticos. Así, asociar el rasgo de ser mujer al rasgo debilidad física resulta sospechoso pues se asocia un rasgo (debilidad física) a un grupo de personas por el sólo hecho de poseer otro rasgo (ser mujer) que es, a su vez, un rasgo problemático⁴ o categoría sospechosa⁵ que identifica a un grupo desfavorecido. Por grupo desfavorecido entenderé aquí un grupo que, además de definirse mediante referencia a un rasgo problemático o categoría sospechosa, ha sufrido discriminación en el pasado⁶. Es por ello que tradicionalmente el término estereotipo ha tenido una función expresiva intensa, i.e., tildar de estereotipo a una afirmación basta para que el oyente asuma una actitud negativa frente a ella.

Frente a esta visión tradicional, la visión ilustrada sostiene que los estereotipos funcionan de manera similar a otros enunciados que no consideramos incorrectos. Las asociaciones entre rasgos expresadas por un estereotipo no suelen ser universales. Es decir, y más allá de los términos usados, no se sostiene que todos los miembros de una categoría poseen

³ Una aclaración terminológica. Por razones meramente estilísticas usaré indistintamente los términos “categoría” y “grupo”. Sin embargo, con ambos me referiré a un conjunto, en sentido lógico o débil, de individuos definido por una o más características o rasgos. Por lo tanto, no uso el término “grupo” en sentido sociológico o fuerte, es decir, no hago referencia con él a nociones más complejas de aglomeraciones de personas.

⁴ Esos rasgos problemáticos son identificados a partir de cierta teoría política. Por ejemplo, para ciertas versiones de una teoría liberal, una característica es problemática cuando las personas no la eligen, i.e., respecto de la cual no son responsables. Características como raza, sexo, edad y, más controvertido, religión o nacionalidad, son vistas como sospechosas. En este sentido véase COMANDUCCI, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2010, pág. 14.

⁵ Sobre la noción de categoría sospechosa véase SABA, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en GARGARELLA, Roberto (ed.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009. No puedo evitar señalar cierta imprecisión en el uso de la expresión “categoría sospechosa” para referir a un rasgo o característica que define un conjunto (o categoría). Es decir, no es el grupo definido el sospechoso, sino el rasgo utilizado para hacer referencia a él. Por ejemplo, no son los homosexuales los sospechosos, sino el hecho que el rasgo “homosexual” haya sido usado en una norma que distribuye derechos.

⁶ Sobre la noción de grupo desfavorecido véase FISS, OWEN M., “Grupos y la cláusula de igual protección”, en GARGARELLA, Roberto (ed.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999, pág. 144.

cierto rasgo, sino que en general los miembros lo poseen. No importa todavía precisar qué significa “en general”, alcanza por ahora con señalar que no equivale a universal. Según la visión ilustrada, esta cercanía entre generalizaciones y estereotipos exige volver a considerar el velo de sospecha que cae sobre estos últimos, ya que las generalizaciones pueden ser correctas. Es decir, así como una generalización según la cual “los relojes suizos son más precisos” puede ser contrastada con los hechos; también la afirmación según la cual “las mujeres son amas de casa”, en cuanto generalización, puede ser contrastada con los hechos, determinando si poseen o no base estadística. Si ello es así, entonces no sólo está justificado usar el estereotipo para formular inferencias acerca del grupo estereotipado, sino que también está justificado usarlo para tomar decisiones generales (i.e., formular una norma general)⁷.

Si bien la visión ilustrada introduce precisiones que corrigen las exageraciones de la visión tradicional, creo que las razones en virtud de las cuáles esta última se veía empujada a poner a todas las generalizaciones en el mismo saco han de ser reconsideradas y no directamente descartadas. Dicho de otro modo, debemos evitar sacar a todos los estereotipos de un saco (todos condenables) para ponerlos en otro (todos susceptibles de contar con apoyo estadístico y capaces de justificar normas generales). En este sentido, me concentraré aquí en dos problemas relacionados con la visión ilustrada. Primero, analizaré algunos límites del apoyo estadístico a estereotipos. Segundo, analizaré bajo qué condiciones está justificado tomar decisiones normativas apoyadas sobre estereotipos con base estadística. Si bien las estadísticas permiten medir la corrección de generalizaciones respecto de las características de un grupo, intentaré mostrar, por un lado, que algunos estereotipos, aquellos que contienen referencias a conceptos interpretativos relacionados con grupos desfavorecidos, no pueden ser directamente contrastados con la experiencia y, por otro lado, que aun cuando un estereotipo posea base estadística, no siempre está

⁷ A todo ello es necesario agregar una complicación ulterior. Además de este uso descriptivo, los estereotipos pueden también ser usados con fuerza normativa. Por ejemplo, afirmar que las mujeres son amas de casa, puede llevarse a cabo con la intención de describir un rasgo de las mujeres, pero también con la intención de señalar qué rol deberían asumir. He avanzado sobre estas distinciones en ARENA, Federico José, “Los estereotipos normativos en la decisión judicial”, *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile*, 29, 1, 2016.

justificado crear una norma general apoyada en esa generalización. Bajo ciertas condiciones, cuando se trate de grupos desfavorecidos, la decisión debe ajustarse a las características del caso individual.

2. LOS ESTEREOTIPOS COMO GENERALIZACIONES

Suele existir una tensión en el modo en que la visión tradicional concibe los estereotipos. Respecto de ellos se sostiene tanto que todos son generalizaciones “inconsistentes”, como que no es posible someterlos a un contraste con la evidencia. Si por “inconsistentes” se entiende que son falsos, entonces estas dos afirmaciones son, en principio, contradictorias. Es decir, si los estereotipos son generalizaciones acerca de grupos y, además, todos son falsos, entonces ha de ser posible contrastarlos con la evidencia empírica. Asimismo, algunos de ellos han de ser verdaderos; puesto que de la afirmación según la cual todos los estereotipos son falsos se seguiría que todas las generalizaciones acerca de grupos son falsas y, por lo tanto, que sería falsa tanto la generalización según la cual el grupo A posee el rasgo X, como la generalización según la cual el grupo A no posee el rasgo X⁸.

Existen, sin embargo, dos maneras de interpretar estas afirmaciones que evitarían la contradicción⁹. Ambas, claro está, exigen aceptar que los estereotipos pueden ser contrastados con la evidencia. Una de ellas es poco atractiva, la otra es más prometedora. La primera consiste en sostener que todos los estereotipos son falsos porque los grupos no existen. Por ejemplo, sosteniendo que la individualidad de cada persona está definida por un conjunto tan complejo y variado de características que agruparlas sobre la base de un conjunto fijo o finito de propiedades es infundado. Así, si los grupos no existen, entonces las generalizaciones señaladas más arriba no son contradictorias, sino que son ambas falsas. La primera sig-

⁸ Véase, en el mismo sentido, JUSSIM, Lee et al., “The Unbearable Accuracy of Stereotypes”, en NELSON, Todd D. (ed.), *Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, New York, Psychology Press - Taylor and Francis, 2009.

⁹ Existe también una “salida” terminológica, a saber, aceptar que las generalizaciones acerca de grupos pueden ser a veces verdaderas, pero reservar el término “estereotipo” sólo para aquellas que son falsas. Esta salida, ciertamente, no resuelve la cuestión sustancial.

nifica que existe un grupo A y existe un rasgo X tal que A posee X. Dado que A no existe, uno de los conjuntos de la afirmación es falso y, por lo tanto, la afirmación también lo es. Lo mismo respecto de la afirmación según la cual el grupo A no posee el rasgo X. Este análisis sólo pretende mostrar que para afirmar que todas las generalizaciones acerca de grupos son falsas es necesario comprometerse con la idea de que los grupos no existen. Pero esta última resulta ser una afirmación demasiado fuerte. Si no por otra cosa, porque varios argumentos, como por ejemplo la defensa de la igualdad, exigen comparar los derechos y obligaciones del grupo A con los derechos y obligaciones del grupo B. Pero, además, porque las categorías (incluidas las referidas a grupos sociales) son un componente básico de nuestro modo de pensar, actuar, percibir y hablar¹⁰.

Esto nos lleva a la segunda interpretación, que consiste en entender “inconsistente” como “sin apoyo epistémico”. Así, lo que se dice al afirmar que los estereotipos son todos inconsistentes es que su origen y formación no están, por lo general, acompañados de una investigación acerca de su valencia cognitiva. En otras palabras, se sostiene que los estereotipos surgen, no en virtud de investigaciones acerca de los rasgos de grupos, sino en virtud de procesos inferenciales infundados, o por imitación, o a consecuencia de emociones u otros procesos psicológicos más complejos. Desde esta perspectiva, el problema con los estereotipos es que sus portadores (i.e., quienes estereotipan) no se han tomado ningún trabajo en corroborarlos, ni están tampoco interesados en hacerlo. Los usan como atajos para formular razonamientos automáticos.

Ahora bien, es cierto que los estereotipos suelen funcionar de este modo y que sus portadores –quienes estereotipan– suelen apoyarse en ellos para asumir actitudes discriminatorias. Pero de todos modos, dentro del proceso de formación de estereotipos es necesario distinguir estos aspectos emocionales o actitudinales, por un lado, del carácter automático de su formación, por el otro. El hecho que sean generalizaciones realizadas de manera automática o inconsciente no es distintivo de ellos. Gran parte del proceso de categorización es automático e inconsciente y es bastante común que las personas escojan un aspecto bien comprensible o fácil de percibir de un fenómeno y lo usen para referirse al fenómeno en su totali-

¹⁰ En este sentido, véase ROSCH, Eleanor y LLOYD, Barbara Bloom (eds.), *Cognition and Categorization* Erlbaum, Hillsdale, NJ, 1978.

dad; o que usen una subcategoría o miembro o submodelo para comprender la categoría como un todo¹¹. Una subcategoría está por la categoría en su conjunto y sirve para definir expectativas acerca de toda la categoría, i.e. la expectativa de ser idéntica a la subcategoría. La categorización es una característica adaptativa, ya que libera de parte de su carga a nuestra capacidad cognitiva y le permite llevar adelante otras tareas. Por ejemplo, a pesar que algunos tigres puedan ser mansos, categorizar a un animal que tenemos enfrente como un tigre nos permite tomar decisiones rápidas para ponernos a salvo. Una vez que incluimos un individuo en una categoría podemos asociarlo a una gran cantidad de información, que poseemos con anterioridad, sin necesariamente tener que corroborarla en el caso actual¹².

La visión ilustrada señala estas dificultades de la visión tradicional y sostiene que, en cuanto generalizaciones, los estereotipos pueden ser contrastados con los hechos independientemente de que su origen sea cognitivo o emocional. Algunos estereotipos, si bien evidentemente no todos, pueden describir correctamente las características de los miembros de un grupo. Por ello, debe distinguirse entre estereotipos sin base estadística y estereotipos con base estadística¹³. Carecen de base estadística los estereotipos que atribuyen a los miembros de un grupo una característica que no poseen y suelen ser denominados “estereotipos falsos”¹⁴, ya que implican una falsa representación del grupo¹⁵. En cambio, tienen base estadística

¹¹ Véase ROSCH, Eleanor y LLOYD, Barbara Bloom (eds.), Erlbaum, Hillsdale, NJ, 1978.

¹² Véase MERVIS, Carolyn B. y ROSCH, Eleanor, “Categorization and Natural Objects”, *Annual Review of Psychology*, 32, 1981.

¹³ Véase SCHAUER, Frederick, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2003; APPIAH, Kwame Anthony, *The Ethics of Identity*, Princeton, Princeton UP, 2005 y JUSSIM, LEE et al., en NELSON, TODD D. (ed.), *Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, New York, Psychology Press - Taylor and Francis, 2009, entre otros.

¹⁴ Resulta impreciso afirmar que los estereotipos son “falsos” cuando carecen de base estadística, puesto que si por “base estadística” entendemos un modo de recolectar y analizar datos, entonces la falsedad (o verdad) de un estereotipo es anterior a esa actividad epistémica. Es decir, un estereotipo puede ser verdadero aún sin base estadística, en el sentido que todavía no se han obtenido ni procesado los datos. La verdad/falsedad depende de la correcta representación del grupo, la presencia/ausencia de base estadística depende de una actividad epistémica.

¹⁵ Ello implica que también constituyen una falsa representación de cada uno de los miembros del grupo. Nótese que esta implicación no equivale a que ningún miembro

los estereotipos que asocian a los miembros de un grupo una característica que efectivamente poseen¹⁶. Ello no quiere decir que la mayoría de los miembros del grupo posee esa característica, sino que el hecho de ser miembro de ese grupo, y no de otro, hace más probable que se la posea. Por lo tanto, existirán miembros del grupo que no poseen el rasgo que les atribuye la generalización; como también existirán personas que no pertenecen al grupo y que, de todos modos, poseen el rasgo en cuestión.

Los estereotipos con base estadística poseen rendimiento cognitivo ya que ofrecen información, tanto acerca del grupo como acerca de cada miembro. Pero en este último caso sólo en supuestos de falta de información individual. Desde el punto de vista cognitivo, aun cuando el estereotipo sea correcto respecto del grupo, no tiene sentido mantenerlo frente a evidencia contraria. Si un individuo demuestra no satisfacer el estereotipo, entonces no está justificado atribuirle la característica que la generalización atribuye al grupo. Salvo que tengamos otras razones para dudar de nuestra capacidad perceptiva. Es decir, únicamente en circunstancias excepcionales, vinculadas a la baja calidad epistémica de la constatación actual, parece cognitivamente adecuado aplicar el estereotipo frente a información individual discordante. De lo contrario, la constatación de la no satisfacción del estereotipo por parte de un individuo presiona, cognitivamente, a no usar el estereotipo en esa ocasión.

Entonces, independientemente de que su origen sea emocional o cognitivo, podemos distinguir una dirección de ajuste general y una individual en los estereotipos¹⁷. La general se refiere a la corrección del estereotipo respecto del grupo (con y sin base estadística), la individual se refiere a la corrección del estereotipo respecto de un individuo miembro del gru-

del grupo posee la propiedad en cuestión, ya que ello no se seguiría necesariamente de afirmar que el grupo no la posee. La falsa representación de cada uno de los miembros, incluso de aquellos que posean la propiedad, se verifica en cuanto la posesión o no de la propiedad no es consecuencia de (no está ligada a) la pertenencia al grupo.

¹⁶ Si bien ello es impreciso, por razones de brevedad, de ahora en más “características del grupo” se refiere elípticamente a “características de los miembros del grupo”. Es impreciso pues claramente existen características del grupo que no son características de sus miembros, e.g. “los mexicanos son divisibles por dos”.

¹⁷ Uso aquí la expresión “dirección de ajuste” del modo en que se la utiliza en filosofía del lenguaje. Véase SEARLE, John Rogers, “A Taxonomy of Illocutionary Acts”, *Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, 6, 1975.

po (posesión o no de la característica asociada con el grupo). La falta de ajuste general presiona para abandonar el estereotipo. La falta de ajuste individual presiona para descartar el estereotipo en el caso particular, pero no necesariamente para abandonarlo.

En definitiva, según la visión ilustrada, si bien es cierto que buena parte de los enunciados a los que llamamos estereotipos tienen por origen un proceso no epistémico (emociones, saltos inferenciales, etc.), tales enunciados, en cuanto generalizaciones, pueden en principio ser contrastados con los hechos. Por un lado, es posible corroborar si poseen base estadística respecto del grupo (dirección de ajuste general) y, por otro lado, es posible corroborar si un miembro del grupo satisface el estereotipo (dirección de ajuste individual).

3. GENERALIZACIONES Y GRUPOS DESFAVORECIDOS

La afirmación ilustrada según la cual, en cuanto generalizaciones, los estereotipos pueden ser contrastados con la realidad mediante el control estadístico no es sino otra generalización. Desde mi punto de vista, algunos estereotipos (y/o generalizaciones) poseen un contenido que vuelve más problemático el contraste con los hechos. Me refiero a los estereotipos que involucran conceptos interpretativos relacionados con grupos desfavorecidos. Un grupo desfavorecido es aquel definido o identificado por un rasgo problemático. Para presentar este punto propongo tomar en cuenta un ejemplo jurisprudencial. Los miembros de la Corte Suprema mexicana debieron decidir varios casos en los que estaba en juego la legitimidad constitucional del matrimonio igualitario¹⁸. Un punto que fue objeto de controversia fue que el reconocimiento a las parejas homosexuales del derecho a contraer matrimonio implicaba también concederles la posibilidad de adoptar niños¹⁹. En uno de los casos que llegaron hasta la Corte,

¹⁸ Se trata de diferentes decisiones de la Corte. AI 2/2010, AR 735/2014, AR 152/2013, AR 581/2012, entre otras. He analizado la incidencia de estereotipos en esta jurisprudencia en ARENA, Federico José, “El papel de los estereotipos en la jurisprudencia mexicana sobre matrimonio igualitario”, en ALTERIO, Micaela y NIEMBRO, Roberto (eds.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, Ciudad de México, Instituto de investigaciones jurídicas - UNAM, 2017 (próx.).

¹⁹ Esta cuestión también estuvo presente en los debates que, sobre el matrimonio igualitario, se dieron en nuestro país. Si bien actualmente en Argentina la ley de adopción

el Procurador general cuestionó la constitucionalidad de las leyes que, en el ex Distrito federal, conferían el derecho al matrimonio a las parejas homosexuales²⁰. El Procurador sostuvo que la normativa carecía de suficiente razonabilidad o justificación ya que, para decidir sobre la posibilidad de que una categoría de personas pueda adoptar, el legislador debería haber previamente llevado adelante estudios sobre el impacto que tal posibilidad tendrá en la vida de los menores adoptados. Dicho de otro modo, dada la prevalencia del interés superior del menor, frente al derecho de ciertos mayores a adoptar, es necesario primero determinar si la adopción por cierta categoría de personas, en este caso las parejas homosexuales, es o no perjudicial para los menores²¹.

Frente a estos argumentos la Corte sostuvo que la Constitución mexicana impide realizar tales estudios cuando se trata de categorías sospechosas. Así, en el párrafo 317, sostiene que la Constitución prohíbe generalizar al respecto y que por lo tanto no es necesario llevar a cabo indagaciones empíricas: “No se observa qué diferencia constitucional o jurídica habría entre excluir a toda una categoría de personas del régimen legal de la adopción por motivos de orientación sexual o excluirla por motivos de raza, por ejemplo, o de origen étnico, religioso o económico, por citar simplemente algunos casos, por las mismas razones que no necesita conocerse el efecto que puede tener en los niños vivir en familias indígenas o no indígenas, familias pobres o familias ricas, familias con padres que tienen una discapacidad o no la tienen, porque, en cualquier caso, estaría constitucionalmente vedado no considerarlas una familia protegida por la Constitución o una familia ‘amenazante’ o ‘disfuncional’ para los niños: la

no hace diferencias sobre la base de la orientación sexual de quienes desean adoptar, la cuestión sobre la idoneidad de las parejas homosexuales para educar a los niños se ha vuelto a introducir en las decisiones judiciales sobre guarda y/o tenencia de los hijos de parejas que ponen fin a su relación. Véase para un análisis de un caso de este tipo CARBALLO, Juan Martín, “El derecho constitucional ante la parentalidad homosexual: el caso “Cáceres””, en ALVAREZ, Magdalena Inés y ROSSETTI, Andrés (eds.), *Derechos de las mujeres y de las minorías sexuales*, Córdoba, Advocatus, 2008.

²⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), Acción de Inconstitucionalidad 2/2010. Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXII, diciembre de 2010, página 991, Reg. IUS 22553.

²¹ Véase, entre otros, los párrafos 134 y 136 en los que la Corte reconstruye el razonamiento del Procurador general.

Constitución hace que esa misma averiguación sea innecesaria.”²² Sobre la base de estas consideraciones, la Corte concluye inclinándose a favor de un examen o control individualizado de la idoneidad de una familia o matrimonio para adoptar un hijo.

La sentencia es interesante, pues al formular su voto concurrente pero parcialmente disidente, el juez Zaldívar rechaza el argumento de la Corte según el cual la Constitución impide indagar si hay afectación de los menores en caso de adopción por familias homoparentales. Desde su punto de vista, “para que el Estado pueda hacer distinciones entre las personas apoyado en una ‘categoría sospechosa’, como en este caso lo serían el sexo y las preferencias sexuales, deben existir *razones muy poderosas* que justifiquen ese trato diferenciado. Si en este caso concreto hubiera existido *evidencia científica concluyente*, en el sentido de que los menores que conviven en familias homoparentales sufren algún tipo de daño psicológico o emocional, esa evidencia hubiera sido una razón suficiente para llevar a esta Suprema Corte a realizar una interpretación conforme del artículo 391 que excluyera a las parejas homosexuales de la posibilidad de acceder a ese beneficio.”

El argumento del juez parece ser el siguiente: dado que los estereotipos pueden tener una función cognitiva, i.e. pueden proporcionar conocimiento acerca del mundo, entonces bajo ciertas condiciones está justificado tomar decisiones normativas basadas en ellos, incluso si se trata de categorías sospechosas. Esas condiciones son: (i) apoyo científico del estereotipo (base estadística), (ii) razones poderosas (e.g. interés superior del menor).

Desde mi punto de vista, esta controversia entre la Corte y el juez Zaldívar es útil para abordar el análisis de los siguientes puntos. Primero, si bien es cierto que los estereotipos pueden tener una función cognitiva, es necesario precisar bajo qué condiciones ello es así cuando se trata de conceptos interpretativos relacionados con grupos desfavorecidos. Segundo,

²² A pesar de estas afirmaciones la Corte misma hizo referencia a estudios empíricos. En particular a los estudios citados por especialistas de la UNAM. Estos especialistas sostuvieron que “no existe ninguna base para afirmar que los hogares o familias homoparentales posean un factor anómalo que redunde directamente en una mala crianza”. Asimismo, los especialistas agregaron que “no existen razones objetivas, ni científicamente fundadas, para conjeturar riesgos para los menores criados y/o adoptados por parejas homosexuales. En comparación general con las parejas heterosexuales, no hay diferencias significativas en los efectos psico-sociales para los niños (as)”.

si bien es cierto que a veces está justificado tomar decisiones normativas sobre la base de estereotipos con apoyo estadístico, es necesario precisar si esa decisión consiste en la formulación de una norma general o sólo en la solución de un caso particular. Dicho en otros términos, una cosa es determinar cuándo está justificado tomar una decisión normativa general (i.e., la creación de una norma general) sobre la base de una generalización que posee apoyo estadístico. Otra cosa es determinar bajo qué condiciones está justificado tomar una decisión normativa individual sobre la base de una generalización. Si se tienen en cuenta estas distinciones, entonces la cuestión acerca de si está justificado tomar decisiones normativas sobre la base de estereotipos referidos a grupos desfavorecidos exige una respuesta más compleja.

4. TIPOS DE RASGOS Y ESTADÍSTICAS

Una vez que aceptamos que los estereotipos son generalizaciones acerca de grupos y que las generalizaciones acerca de grupos pueden ser contrastadas con los hechos, todavía podemos preguntarnos si todos los estereotipos pueden ser contrastados con los hechos, o sea, si todo estereotipo puede contar con apoyo estadístico. Una primera respuesta podría consistir en asumir un punto de vista escéptico respecto de las generalizaciones sociológicas que involucren categorías sociales y rasgos de las personas. Es decir, alguien podría sostener que estas generalizaciones son poco fiables en virtud de la naturaleza de la investigación sociológica: los posibles sesgos de los científicos sociales, el carácter restringido de la muestra estadística y las dificultades para extenderlas a personas que no formaron parte de ella. En definitiva, se podría poner en cuestión la envergadura epistémica de las estadísticas sociológicas. Desde mi punto de vista, este sería no sólo un camino equivocado, sino también poco recomendable para defender la extensión o ampliación de derechos. Sería equivocado pues, de hecho, sería imposible obtener conocimiento sobre ciertas dinámicas sociales sin el auxilio de generalizaciones sociológicas. Pero, sobre todo, sería poco recomendable para quienes defienden la ampliación de derechos, pues muchas veces sus argumentos se apoyan

en estadísticas sociológicas²³. Dado que la opción escéptica es demasiado costosa, asumiré aquí que existen métodos científicamente adecuados para validar estadísticas sociológicas. Es decir, asumiré que existen estándares que fijan bajo qué condiciones una generalización sociológica puede ser considerada como apoyada en evidencia estadística. Respecto de generalizaciones sobre grupos desfavorecidos el punto que quiero discutir es otro.

Las dificultades no provienen tanto de cuestiones metodológicas, sino que tienen que ver con el tipo de rasgo usado para identificar al grupo y el tipo de rasgo que se le atribuye. Es por ello que el apoyo que las estadísticas pueden dar a los estereotipos no es siempre igual. Una cosa es el apoyo estadístico que puede obtener la generalización según la cual “los alimentos sin el rótulo ‘apto para celíacos’ o ‘sin TACC’ contienen gluten” y otra cosa es el apoyo estadístico que puede obtener una generalización según la cual “los inmigrantes sudamericanos son vagos”. La diferencia en el apoyo estadístico se produce en virtud del diferente tipo de rasgos a los que cada generalización hace referencia. Mientras que el rasgo “gluten” hace referencia al concepto de una sustancia que puede ser identificada a partir de su composición química, el rasgo “vago” hace referencia a un concepto que depende de valoraciones sociales. Asimismo, mientras que el rasgo “alimento” hace referencia a un concepto de cosas que pueden ser identificadas mediante convenciones semánticas compartidas, el rasgo “inmigrante sudamericano” refiere a un concepto cuya elucidación, o bien exige una investigación más detallada acerca de los criterios compartidos para su uso, o bien exige a quien realiza la generalización que explicita el criterio en virtud del cual identifica “inmigrante sudamericano”. Esto no quiere decir que la diferencia esté en generalizaciones acerca de objetos y generalizaciones acerca de personas. Hay generalizaciones acerca de personas que son análogas a las primeras, por ejemplo, “los argentinos miden más de 1,70 metros”. El criterio compartido para el uso de “argentino” es la nacionalidad, mientras que la altura puede ser medida según magnitudes convencionales y depende de hechos naturales. Pero la generalización “los homosexuales no son idóneos para adoptar” no es de este último tipo. Aun cuando el rasgo “homosexual” pueda ser definido

²³ Como las generalizaciones, ya mencionadas, a las que apelan los mismos especialistas de la UNAM. O, por ejemplo, las generalizaciones sobre las que se basa la concesión de derechos sociales a cierta categoría de personas. Véase ARENA, Federico José, “Derechos sociales, categorías y estereotipos”, *Revista de ciencias sociales de la Universidad de Valparaíso*, Volumen monográfico, 2015.

mediante un conjunto de convenciones más o menos aceptadas²⁴, el rasgo “idoneidad para adoptar” es un rasgo valorativo (o interpretativo) para cuya identificación se necesita elaborar una interpretación. Es decir, elucidar el concepto exige involucrarse en un conjunto de consideraciones empíricas y valorativas complejas²⁵.

El punto aquí no es un argumento escéptico acerca de este tipo de conceptos. El argumento es que una generalización que incluya conceptos valorativos (o interpretativos) no puede obtener apoyo estadístico sin que antes se ofrezca una interpretación de aquello en que consiste ese concepto; en nuestro caso, la idoneidad para adoptar. Esa teoría contendrá consideraciones empíricas y normativas complejas que darán lugar no a una sola, sino a un conjunto más amplio de generalizaciones. La idoneidad para adoptar depende, entre otras cosas, de características del adoptante mismo, como su historia familiar y personal, su capacidad económica, el apoyo social con el que cuenta para criar a quien adopte, el nivel de instrucción, la ocupación, los antecedentes emocionales, la motivación para adoptar y las habilidades como educador. También depende del tipo de vida que probablemente poseerán las personas adoptadas, su bienestar emocional, físico y económico, el desarrollo de sus capacidades, el acceso a posibilidades educativas y laborales, la libertad en sus elecciones²⁶. A

²⁴ La Corte misma ofrece, tal como referí más arriba, una definición de orientación sexual. De todos modos, no es pacífico que el concepto de “homosexualidad” sea un concepto convencional, i.e., que el contenido del concepto dependa de un acuerdo acerca de los criterios necesarios y suficientes que lo definen.

²⁵ Sigo aquí la distinción entre tipos de conceptos propuesta por Ronald Dworkin en diferentes textos: (i) conceptos criteriosales (o convencionales): conceptos que compartimos cuando, y sólo en tanto, acordamos acerca de los criterios para la aplicación correcta a instancias individuales (por ejemplo, argentino, alimento). (ii) conceptos de clase natural: conceptos que refieren a clases; las clases naturales son entidades que poseen una identidad fijada por la naturaleza (por ejemplo, gluten). (iii) conceptos interpretativos: conceptos cuyos criterios de uso dependen de la mejor justificación que podamos dar de la práctica de uso de ese concepto (por ejemplo, vagancia, idoneidad para adoptar). Véase principalmente, DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, Cambridge, Mass.; London, Belknap Press of Harvard University Press, 2006, pág. 9-12 y DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge - London, Belknap Press of Harvard University Press, 2011, pág. 158-159.

²⁶ Véase, para una lista de características relevantes ROSSER LIMIÑANA, Ana y MOYA MIRA, Conrado, “Familias monoparentales e idoneidad para la adopción”, *Intervención Psicosocial*, 10, 2, 2001, pág. 214-215.

su vez, dentro de este conjunto de rasgos hay varios que son también interpretativos. Por ejemplo, la constatación del bienestar emocional exige previamente proponer una interpretación acerca de bajo qué condiciones una persona se encuentra en ese estado.

No estoy aquí interesado en determinar exactamente cuáles de todas estas son las características relevantes respecto de la idoneidad para adoptar. El punto es que la determinación del concepto “idoneidad para adoptar” exige involucrarse en una tarea interpretativa y considerar un cúmulo de rasgos que deben ser identificados y defendidos de manera explícita. La teoría interpretativa tiene que ser explicitada pues los conceptos interpretativos son inevitablemente objeto de controversias. Sólo explicitando su contenido es posible analizar los argumentos de quien defiende cierta concepción, por ejemplo, de la idoneidad para adoptar. Además, cuando se trata de un concepto interpretativo asociado a un grupo desfavorecido, la teoría interpretativa que identifique el cúmulo de rasgos no debe ser discriminatoria. Es decir, no puede ser una teoría que presuponga algún tipo de juicio negativo respecto de la pertenencia a ese grupo. Por ejemplo, no podrá incluirse dentro de los rasgos a evaluar el hecho que los hijos de adoptantes homosexuales corran riesgo también de serlo. Asimismo, ese cúmulo de rasgos no funcionan como un conjunto de condiciones necesarias y suficientes que fijan quiénes son adoptantes idóneos, sino que funcionan como indicadores típicos de idoneidad, por lo que dos personas pueden ser idóneas y sin embargo no compartir todos esos rasgos²⁷.

Por ello, cuando se trata de conceptos interpretativos que necesitan, para ser testeados estadísticamente, de este tipo de descomposición, será necesario mostrar el apoyo estadístico de dos niveles de generalizaciones. Primero, una generalización de primer nivel que conecte los elementos del concepto interpretativo con ciertos rasgos. En el ejemplo, generalizaciones que conecten los indicadores de idoneidad identificados mediante el análisis del concepto interpretativo con ciertos rasgos, como la edad, la zona

²⁷ Me apoyo aquí en una distinción clásica de la filosofía del lenguaje entre conceptos definidos por condiciones necesarias y suficientes y conceptos definidos por un cúmulo de condiciones típicas. Véase SEARLE, John Rogers, *Actos de habla: ensayo de filosofía del lenguaje*, Madrid, Cátedra, 1994, pág. 166-177 y RAMÍREZ LUDENA, Lorena, *Diferencias y deferencia. Sobre el impacto de las nuevas teorías de la referencia en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pág. 29-33, entre otros.

de residencia, el nivel de instrucción, etc. Segundo, una generalización de segundo nivel que conecte esos rasgos con la pertenencia al grupo desfavorecido. Esto ciertamente no muestra que existan razones conceptuales para negar la posibilidad de ofrecer base estadística al estereotipo que incluya un concepto interpretativo referido a un grupo desfavorecido. Pero confiere razones para pensar que será altamente improbable que ese conjunto de rasgos esté estadísticamente correlacionado con la pertenencia al grupo desfavorecido. Es más probable (si bien no necesario) que todos ellos estén conectados con la pertenencia a grupos variados.

Entonces, una generalización que involucre un concepto interpretativo puede ser contrastada con los hechos sólo una vez que ha sido descompuesta en generalizaciones relativas a cada uno de los componentes que una teoría interpretativa asocia a ese concepto. Si, como en el caso de la idoneidad para adoptar, resulta que el concepto sólo puede ser descompuesto en un cúmulo de generalizaciones complejas, entonces el apoyo de la generalización inicial exige además mostrar la corrección de una segunda generalización. Es decir, la generalización según la cual la pertenencia al grupo desfavorecido está asociada a ese conjunto de generalizaciones.

5. GENERALIZACIONES Y NORMAS GENERALES

Pasemos a la segunda pregunta, referida a qué tipo de decisiones normativas pueden estar justificadas en generalizaciones con apoyo estadístico. Para empezar a responder esta pregunta vale la pena invertir unos párrafos para aclarar qué entiendo por norma general.

Asumiré aquí el punto de vista estándar según el cual la estructura lógica de las normas generales es la de un condicional. Es decir, las normas generales establecen que, bajo determinadas condiciones, el mundo debe cambiar en cierta forma. En el antecedente encontramos un conjunto de características que definen las condiciones de aplicación de la norma (que llamaré propiedades relevantes) y en el consecuente encontramos el modo en que debe cambiar el mundo (i.e., la solución normativa)²⁸. Las propiedades relevantes establecen cuáles caracte-

²⁸ Von Wright denomina núcleo normativo al conjunto formado por el carácter, el contenido y las condiciones de aplicación de las reglas. VON WRIGHT, Georg Henrik, *Norma y acción*, Madrid, Tecnos, 1970 [1963], pág. 87 y ss.. Aquí adapto el lenguaje de Von

rísticas de una situación debemos tener en cuenta para decidir cómo actuar (i.e., cómo modificar el mundo).

La cuestión central para la creación de una norma general es entonces cómo seleccionar las propiedades relevantes. En este trabajo lo que interesa es entonces determinar si la pertenencia a un grupo desfavorecido puede ser recogida por la norma general como propiedad relevante respecto de la solución normativa. En el ejemplo, se trata de determinar si la característica “homosexual” ha de ser o no recogida por una norma general como propiedad relevante respecto de la prohibición o permisión de adoptar.

Para comenzar a resolver esta incógnita distinguiré, siguiendo a Schauer, tres niveles en la estructura de las normas generales: el nivel del valor o meta, el nivel de la generalización y el nivel de la norma propiamente dicha²⁹. Volviendo al ejemplo mencionado más arriba relativo a la alimentación para celíacos, estos tres niveles estarían representados del siguiente modo.

- (i) Justificación: es valioso proteger el sistema digestivo por lo que para un celíaco es valioso no ingerir gluten.
- (ii) Generalización: la propiedad de no poseer el rótulo ‘apto para celíacos’ hace más probable que se presente la propiedad de contener gluten.
- (iii) Norma general: si alimentos sin el rótulo ‘apto para celíacos’ entonces prohibido ingerir en caso de ser celíaco³⁰.

Desde esta perspectiva, la selección de las propiedades relevantes se encuentra apoyada por un valor o meta y una generalización. La elección de la característica “sin rótulo ‘apto para celíacos’” como propiedad

Wright a mi exposición. En particular Von Wright usa el término “prescripción” para referirse a lo que llamo aquí “normas”.

²⁹ En palabras de Schauer: “El predicado fáctico de una regla consiste en una generalización percibida como causalmente relevante respecto de alguna meta que se persigue o de algún mal que se busca evitar. La prescripción de esa meta o la proscripción de ese mal constituyen la justificación que determina qué generalización conformará el predicado fáctico de la regla”. SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pág. 86.

³⁰ Algo parecido sucede cuando, bajo la generalización que sólo a partir de cierta edad se adquiere la capacidad y la madurez para tomar decisiones políticas, se establece esa edad como requisito para votar.

relevante se apoya en una generalización según la cual esa característica X está relacionada con otra característica Y (contiene gluten). Esta última característica, cuando está presente, permite satisfacer un fin que se considera valioso. Así, la generalización permite vincular la propiedad relevante establecida por la norma general, con la característica presente en la justificación. Las normas generales entonces funcionan mediante la selección de determinadas características del mundo (propiedades relevantes) que, mediante una generalización, se consideran adecuadamente vinculadas con el fin o el valor que la norma persigue realizar.

¿Qué relación establece una generalización entre estas dos características? Alcanza con que la generalización posea base estadística. Ello quiere decir, como vimos más arriba, que no poseer el rótulo ‘apto para celíacos’ no es siempre suficiente para que se verifique la característica “contiene gluten”, ni tampoco es necesario. Imaginemos que hemos sometido a examen de laboratorio una determinada muestra de alimentos y obtenemos base estadística para apoyar la generalización “los alimentos sin rótulo ‘apto para celíacos’ suelen contener gluten”. De todos modos, existirán alimentos sin el rótulo que no contendrán gluten y también alimentos con el rótulo que, por diversos accidentes (e.g. contaminación cruzada), contendrán gluten. Si bien la existencia de esos casos no es incompatible con que la generalización posea base estadística, sí implica que se darán inevitablemente casos de sobreinclusión (la norma incluye casos que el valor o la meta no exige incluir) y casos de subinclusión (el valor o la meta exige incluir casos que la norma no incluye)³¹. Por lo que seguir la norma en todos los casos implicará inevitablemente que en algunos de ellos no se satisfaga la justificación.

En el caso de la norma sobre la posibilidad de adoptar, el problema equivaldría a que, aun si concedemos que el concepto interpretativo de “idoneidad para adoptar” ha sido descompuesto en un conjunto de generalizaciones sobre la base de una teoría interpretativa que no incluye una valoración negativa de la homosexualidad; e incluso si concedemos la improbable conclusión de que en virtud de ese cúmulo de generalizaciones hay base estadística para sostener que los homosexuales no son

³¹ SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pág. 89-92.

individuos idóneos para adoptar (asunción que, de hecho, no cuenta con ninguna base estadística³²); aun si concedemos todo eso, la creación de una norma general sobre esta base producirá inevitablemente casos de sobre y subinclusión. Es decir, casos de parejas homosexuales idóneas a quienes se prohíbe adoptar y casos de parejas heterosexuales no idóneas a quienes se permite adoptar.

Sin embargo, creo que una de las conclusiones más importantes y claras que cabe extraer de la visión ilustrada sobre las generalizaciones es que debemos ser cuidadosos al momento de proponer razones en contra de una determinada norma general. Ello en cuanto corremos el riesgo de “inundación”, es decir el riesgo que esa razón se extienda inevitablemente a todas las normas generales³³. En ese caso deberemos decidir si rechazamos la norma general actual porque rechazamos todas las normas generales o si, dado que el defecto que tiene la norma general actual está en todas las demás, el defecto lo debemos buscar en otro lado si es que pretendemos conservar algunas normas generales. Con otras palabras, el fenómeno de sobre y subinclusión no puede ser la razón para rechazar una norma general ya que ello implicaría rechazar todas las normas generales basadas en generalizaciones. Esto no quiere decir que sea insensato exigir una justificación para el uso de normas generales, pero ello exigiría abordar la controversia entre universalismo y particularismo. Esta controversia, para decirlo brevemente, se concentra en si está justificado decidir sobre la base de normas generales que identifican y fijan propiedades relevantes con anticipación o sobre la base de decisiones particulares que identifican las propiedades relevantes una vez llegado el caso individual³⁴. No obstante, aquí no quisiera llevar el análisis hasta ese punto, pretendo restringir la discusión a la siguiente cuestión: si una norma general apoyada en un estereotipo referido a un grupo desfavorecido puede justificar una decisión individual, sin excluir que las normas generales puedan servir para decidir otro tipo de cuestiones.

³² Es más, hay estudios que demuestran lo contrario (véase notas 40 y 41 *infra*).

³³ Este es uno de los puntos más importantes del análisis de Schauer en SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

³⁴ Para un análisis de la incidencia del particularismo en ámbito jurídico véase BOUVIER, Hernán, *Particularismo y derecho. Un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

6. ALCANCE DE LAS DECISIONES NORMATIVAS APOYADAS EN GENERALIZACIONES

Llegados a este punto es importante recordar cuál es el núcleo de la controversia. No se trata aquí de discutir si es posible o no imponer exigencias a los miembros de determinados grupos desfavorecidos para que puedan realizar o no ciertas acciones. Por ejemplo, quienes rechazan que se prohíba adoptar a las parejas homosexuales, no niegan que esas parejas deban, al igual que el resto de los interesados en adoptar, superar ciertos exámenes para asegurar su idoneidad como adoptantes. El desacuerdo se produce porque, por un lado, se sostiene que no es necesario (e incluso que no es admisible) un examen individual cuando contamos con generalizaciones estadísticamente fundadas, ya que ello justifica la creación de una norma general. Y porque, por otro lado, se sostiene que está injustificado generalizar acerca de grupos desfavorecidos y que, por lo tanto, la decisión debe tomarse sobre la base de exámenes individuales, caso por caso.

En lo que queda de esta sección discutiré entonces qué razones tenemos a favor de uno u otro tipo de decisión. Intentaré defender la conclusión que, al igual que las normas generales, las decisiones individuales aseguran la protección del fin valioso en juego pero que, a diferencia de algunas normas generales (como la discutida en el ejemplo), no precluyen la ampliación de derechos. Sostendré también que, si bien las normas generales, que incluyen conceptos valorativos en relación con grupos desfavorecidos, no pueden seleccionar como propiedad relevante únicamente la pertenencia al grupo desfavorecido, las generalizaciones sobre el grupo desfavorecido son, de todos modos, indispensables para realizar los exámenes individuales.

Empezaré por analizar la posición que defiende la formulación de normas generales basadas en generalizaciones con apoyo estadístico. En el ejemplo, para apoyar esta afirmación, el juez se refiere al derecho comparado³⁵: “en Estados Unidos, por ejemplo, la ley determina que los pilotos de aerolíneas comerciales están obligados a retirarse a la edad de sesenta años. Evidentemente, se trataría de una distinción basada en una categoría sospechosa a la luz de nuestra Constitución: la edad de los pilotos.

³⁵ Citando a Frederick Schauer: SCHAUER, Frederick, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, pp. 108 y ss.

Con todo, existen razones empíricas y normativas que justifican que a los pilotos de esta edad se les obligue a retirarse. Por un lado, hay información científica (de naturaleza estadística) que muestra que ciertas facultades (auditivas, visuales y ciertos reflejos) necesarias para desempeñar ese trabajo, especialmente en situaciones de emergencia, empiezan a declinar a partir de esa edad. Por otro lado, debido a las desastrosas consecuencias que puede tener un error o una falla de un piloto comercial se considera legítimo que en un caso como éste se establezca una distinción basada en un criterio sospechoso, como la edad de las personas.³⁶

Se trata de una norma general (“obligatorio jubilarse a los 60 años”) apoyada en una generalización con base estadística (“las personas pierden ciertas facultades cuando llegan a los 60 años”) y justificada porque la pérdida de esas facultades pone en riesgo un fin valioso, i.e., evitar accidentes aéreos.

Hay un primer argumento que suele esgrimirse para defender este tipo de normas generales, a saber, el argumento de la eficiencia económica. Por ejemplo, dado que para determinar si tienen gluten sería imposible o sumamente costoso examinar uno por uno los alimentos, es más eficiente seguir una norma general apoyada estadísticamente³⁷. Igualmente, en el

³⁶ El juez agrega otro ejemplo, pero no es un ejemplo relevante. Según el juez “podrían imaginarse otros ejemplos que muestren que en algunos casos una distinción sospechosa puede estar justificada. Por ejemplo, una ley que negara la posibilidad de obtener una licencia de conducir a personas invidentes posiblemente superaría un escrutinio muy estricto a la luz de los principios constitucionales en juego y la evidencia empírica disponible”. El ejemplo no es relevante pues la categoría de personas está identificada mediante el mismo rasgo que justifica la exclusión. Es decir, es peligroso manejar sin poder observar el camino, por lo tanto se prohíbe manejar a quienes no pueden hacerlo. Quien posee la característica de no vidente satisface, por definición, el rasgo que justifica la exclusión. Por el contrario, las generalizaciones son problemáticas precisamente porque el rasgo que identifica la categoría de personas no coincide con el rasgo que justifica la norma. Así, el rasgo edad (60 años) no coincide con el rasgo (pérdida de facultades) que justifica la norma. Puesto de otro modo, una norma como “prohibido conducir automóviles a las personas no videntes” no sería del mismo tipo que “prohibido pilotear aviones a las personas mayores de 60 años”, sino que sería análoga a la norma “prohibido pilotear aviones a quienes poseen visión reducida, escasos reflejos y cansancio”.

³⁷ Existen, hasta donde sé, en el Reino Unido y en Argentina, dispositivos de reciente aparición para testear productos individualmente y que pueden ser utilizados por personas no expertas. Pero ambos funcionan con partes que han de ser reemplazadas

caso citado por el juez, se sostiene que realizar un examen a todos los pilotos cada año sería demasiado costoso para las empresas aéreas³⁸.

Sin embargo, el argumento económico tiene sus limitaciones. Primero, y sobre todo, porque no es un argumento que garantice el ajuste al caso individual. Es decir, la eficiencia económica no garantiza, y a veces incluso excluye, encontrar la mejor solución para el caso individual³⁹. Segundo, porque la eficiencia económica ha de ser demostrada en cada caso, para cada norma general. En particular, parece que hay alternativas para introducir decisiones más ajustadas a los casos individuales sin afectar la eficiencia económica. Por ejemplo, podrían realizarse exámenes individuales a los pilotos que llegan a los 60 años. La cantidad de exámenes en este caso será menor que si se realizaran a todos los pilotos cada año. En igual sentido, tampoco se comprometería la eficiencia económica si se sometiese a exámenes individualizados a las personas que desean adoptar. De hecho, ello ya es así en la mayoría de los sistemas de adopción. Por lo que su implementación respecto de las parejas homosexuales no altera la eficiencia económica del sistema de adopción⁴⁰.

Un segundo argumento, esgrimido también por el juez, es que la norma general permite garantizar una finalidad o razón poderosa. Sin embargo, al menos en principio, no hay diferencias respecto de ello entre normas generales y exámenes individuales. Es decir, la norma que obliga a jubilarse a pilotos mayores de 60 años no protege de manera absoluta la razón poderosa de evitar el peligro de accidentes aéreos, ya que, dado que se trata de una estadística, es probable que algunos pilotos de menos de 60 años hayan perdido algunas de sus facultades y, sin embargo, la norma no les impide seguir piloteando. Ciertamente, los exámenes individuales

luego de cada test, por lo que usarlos para todos y cada uno de los productos, no sólo implica tiempo, sino también un alto costo.

³⁸ Lo mismo sucedería, se alega, si se permitiera a todos los menores de 18 años solicitar un test individualizado para determinar si tienen la madurez suficiente para participar en las elecciones políticas.

³⁹ Salvo, claro, que la eficiencia económica sea el único criterio de corrección.

⁴⁰ De hecho, la entrevista personal suele ser el método recomendado por los especialistas para decidir sobre la idoneidad para adoptar. Véase, por ejemplo, FREIXA, Montserrat et al., "Una propuesta de entrevista semi-estructurada para la evaluación de futuros padres adoptivos: aplicación y estudio mediante el análisis textual", *Anuario de Psicología*, 71, 1996.

tendrán el mismo déficit (ya que los pilotos menores de 60 años no estarán obligados a hacerlo) pero evitarán obligar a jubilarse a pilotos mayores de 60 años que todavía son capaces. Lo mismo sucede con la adopción y las parejas homosexuales. La protección de la razón poderosa (i.e., interés superior del menor – idoneidad para adoptar) mediante exámenes individuales en principio es igual a la conferida por normas generales. Regresaré de nuevo sobre este punto al discutir el tercer argumento.

Hay todavía dos argumentos más a favor de las normas generales en estos casos y que merecen mayor atención, ya que pretenden mostrar que mediante la decisión basada en normas generales logramos ajustarnos mejor a los casos individuales. Así, el tercer argumento sostiene que mediante normas generales se reduce la probabilidad de error; y según el cuarto argumento, también mediante normas generales se evita el riesgo de discriminación.

Volvamos al ejemplo sobre alimentación para analizar el tercer argumento. La norma general “si alimento sin el rótulo ‘apto para celíacos’, entonces prohibido ingerir” está justificada porque seguirla impide ingerir alimentos dañinos para el aparato digestivo de un celíaco. Esta norma general selecciona una propiedad relevante X y descarta otras. Cuando la norma está justificada, la propiedad ha sido seleccionada sobre la base de una generalización con apoyo estadístico. Según esa generalización, la propiedad X (rótulo ‘apto para celíacos’) está conectada con otra propiedad Y (ausencia de gluten) que permite la consecución de un fin valioso (protección del aparato digestivo). Ahora bien, ¿qué sucedería si mediante un dispositivo especial constatamos que cierto alimento no tiene gluten⁴¹? La primera respuesta sería que la aplicación de la norma basada en la generalización no está justificada, puesto que, si la propiedad Y no se da, entonces no se obtendrá el fin valioso. A esta primera respuesta, el argumento que estamos ahora considerando responde que ello es así únicamente cuando podemos confiar en el test individual, es decir, siempre que no haya razones para dudar de la fiabilidad de la información actual. De otro modo, cuando nuestra capacidad epistémica actual es inferior a la que teníamos al momento de la comprobación estadística, haremos mejor en guiarnos por la norma general. Además, los test pueden fallar por varias razones y realizando un test para cada producto aumentan las

⁴¹ Y, por lo tanto, constatamos que se trata de un caso de sobreinclusión.

posibilidades de error. La norma general reduce esta posibilidad a largo plazo, puesto que evita la realización de test individuales caso por caso y limita el número de personas que llevan adelante la corroboración.

Sin embargo, la posibilidad de error es una razón para mejorar los exámenes individuales y no para eliminarlos. Sobre todo, porque los test individuales son indispensables para evaluar las generalizaciones. Es decir, el apoyo estadístico de una generalización presupone la realización de test individuales. Además, si no obstante los esfuerzos en ese sentido, nuestra confianza en los exámenes individuales fuera muy baja, entonces deberíamos eliminarlos para todas las categorías y no sólo respecto del grupo desfavorecido. Ya que no hay razones para confiar más en unos que en otros⁴².

La última defensa, el cuarto argumento, a favor de las normas generales es que, si las propiedades relevantes están fijadas por una norma general, se evita la posibilidad de decisiones abusivas en el caso concreto. Por ejemplo, si la propiedad relevante es “rótulo ‘apto para celíacos’” estamos protegidos frente a vendedores inescrupulosos que quieran convencernos de que cierto alimento contaminado, que no posee el rótulo, está libre de gluten. Del mismo modo, si hay normas generales que determinan cuándo está permitido adoptar y cuándo no, ello impedirá que funcionarios incompetentes decidan sobre la adopción a partir de sus propios prejuicios. Pero ello sería una defensa únicamente de normas generales que amplíen derechos y no de aquellas, como la propuesta por el Procurador mexicano, que los reduzcan. Además, tratándose de una norma basada en una generalización que asocia un grupo desfavorecido a un concepto interpretativo, el riesgo de discriminación mediante una norma general es también alto. Ello es así, puesto que, dada la complejidad señalada más arriba respecto de la comprobación estadística de una generalización que incluya un concepto interpretativo, usar la pertenencia al grupo desfavorecido como indicador suele esconder un prejuicio, ya que es improbable que ese indicador sea preciso.

⁴² Nótese que el defensor de las decisiones basadas en normas generales sólo puede alegar una diferencia cuantitativa en la posibilidad de error. Es decir, en virtud de la reducción del número de test. No puede alegar una diferencia cualitativa, ya que la base estadística de las generalizaciones en las que se apoya la norma general sólo puede ser obtenida mediante test individuales.

En definitiva, cuando se trata de decidir sobre los derechos de categorías de personas que han sufrido discriminación en el pasado (como los homosexuales, las mujeres, entre otras), las limitaciones a sus derechos mediante una norma general, aun cuando estén involucradas otras razones poderosas, no parece justificada. Sobre todo, porque los exámenes individuales, no sólo son económicamente viables, sino que, de manera más importante, permiten evitar la discriminación y, además, proteger el fin valioso en juego.

De todos modos, antes de concluir, queda por realizar una última aclaración. Incluso si se aceptan mis argumentos, de ello no se sigue que podamos evitar el uso de generalizaciones respecto de grupos desfavorecidos. La realización de exámenes individuales es imposible sin el apoyo ellas⁴³. En el caso de los alimentos para celíacos, para construir una generalización sobre productos sin rótulo es necesario llevar adelante test individuales de algunos productos. Esos test deberán apoyarse en generalizaciones. Como por ejemplo, la generalización según la cual los alimentos que dan negativo en cierto test no contienen gluten. En nuestro caso, la decisión acerca de la idoneidad para adoptar, se basará en ciertos rasgos de las personas que son considerados indicadores relevantes. Y para saber cuáles son es necesario apoyarse en generalizaciones. Tales generalizaciones probablemente incluirán rasgos problemáticos. Esto es aceptado por los especialistas consultados quienes se refirieron a estudios llevados a cabo, sobre todo, en Estados Unidos, en los que la evidencia sociológica recolectada muestra que no existen diferencias entre niños criados por parejas heterosexuales y niños criados por parejas homosexuales respecto de las prácticas paternas, el bienestar emocional de los niños y su orientación sexual⁴⁴. Asimismo, otro de los textos citados, muestra que respecto del crecimiento de los niños parece ser más relevante la dinámica familiar que su estructura⁴⁵. Estas son claramente generalizaciones apoyadas en rasgos problemáticos. En definitiva, desde mi punto de vista, la

⁴³ Como bien señala F. Schauer. Véase SCHAUER, Frederick, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2003, pág. 55-78.

⁴⁴ ALLEN, Mike y BURRELL, Nancy, "Comparing the Impact of Homosexual and Heterosexual Parents on Children", *Journal of Homosexuality*, 32, 2, 1997/01/08 1997.

⁴⁵ CHAN, Raymond W. et al., "Psychosocial Adjustment among Children Conceived via Donor Insemination by Lesbian and Heterosexual Mothers", *Child Development*, 69, 2, 1998.

conclusión más acertada es que si bien es posible determinar la corrección de ciertas generalizaciones acerca de grupos desfavorecidos, en algunos casos sólo está permitido tomar decisiones individuales.

7. CONCLUSIONES

Resumiendo, los argumentos presentados hasta aquí permiten identificar los siguientes criterios para evaluar una norma general que limita los derechos de un grupo desfavorecido. El primer punto es que no existen diferencias cualitativas entre una decisión individual y una norma general respecto de la protección de un fin valioso. Ambas producirán casos de sobre y subinclusión. Segundo, si la norma general se apoya en una generalización referida a un concepto interpretativo, entonces, primero, debe ofrecerse una teoría interpretativa no discriminatoria de ese concepto y, segundo, descomponer esa teoría en un cúmulo de generalizaciones secundarias susceptibles de corroboración estadística. La generalización en la que se apoya la norma general tendrá base estadística sólo si se muestra (algo que es improbable, pero no imposible) que la pertenencia al grupo desfavorecido es relevante respecto de un conjunto consistente de tales generalizaciones secundarias que obtuvieron base estadística. Tercero, incluso si se concede la base estadística de la generalización, ello no implica todavía que la norma general sea preferible a la decisión individual. Pues si la norma general limita los derechos del grupo desfavorecido, entonces el riesgo de discriminación es mayor que el de una decisión individual que no precluye anticipadamente la posibilidad de ampliar los derechos.

Agradecimientos: versiones anteriores de este trabajo fueron presentadas en el XVII Encuentro de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Jesús María, Córdoba, Argentina; en el seminario para profesores del Departamento de derecho, ITAM, Ciudad de México y en el ciclo de seminarios de la Cátedra de cultura jurídica de la Universitat de Girona, España. Agradezco a todos los participantes en esos eventos por sus comentarios, observaciones y críticas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLEN, Mike y BURRELL, Nancy, “Comparing the Impact of Homosexual and Heterosexual Parents on Children”, *Journal of Homosexuality*, 32, 2, 1997/01/08 1997, pág. 19-35.
- APPIAH, Kwame Anthony, *The Ethics of Identity*, Princeton, Princeton UP, 2005.
- ARENA, Federico José, “Derechos sociales, categorías y estereotipos”, *Revista de ciencias sociales de la Universidad de Valparaíso*, Volumen monográfico, 2015, pág. 113-140.
- _____ “Los estereotipos normativos en la decisión judicial”, *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile*, 29, 1, 2016, pág. 51-75.
- _____ “El papel de los estereotipos en la jurisprudencia mexicana sobre matrimonio igualitario”, en Alterio, M. y Niembro, R. (eds.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, Ciudad de México Instituto de investigaciones jurídicas - UNAM, 2017 (próx.).
- BOUVIER, Hernán, *Particularismo y derecho. Un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- CARBALLO, Juan Martín, “El derecho constitucional ante la parentalidad homosexual: el caso “Cáceres””, en Alvarez, M. I. y Rossetti, A. (eds.), *Derechos de las mujeres y de las minorías sexuales*, Córdoba Advocatus, 2008, pág. 395-419.
- CHAN, Raymond W., et al., “Psychosocial Adjustment among Children Conceived via Donor Insemination by Lesbian and Heterosexual Mothers”, *Child Development*, 69, 2, 1998, pág. 443-457.
- COMANDUCCI, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2010.
- DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, Cambridge, Mass.; London, Belknap Press of Harvard University Press, 2006.
- _____ *Justice for Hedgehogs*, Cambridge - London, Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- FISS, Owen M., “Grupos y la cláusula de igual protección”, en Gargarella, R. (ed.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona Gedisa, 1999, pág. 137-167.
- FREIXA, Montserrat, et al., “Una propuesta de entrevista semi-estructurada para la evaluación de futuros padres adoptivos: aplicación y estudio

- mediante el análisis textual”, *Anuario de Psicología*, 71, 1996, pág. 37-49.
- JUSSIM, Lee, et al., “The Unbearable Accuracy of Stereotypes”, en Nelson, T. D. (ed.), *Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, New York Psychology Press - Taylor and Francis, 2009, pág. 199-227.
- MERVIS, Carolyn B. y ROSCH, Eleanor, “Categorization and Natural Objects”, *Annual Review of Psychology*, 32, 1981, pág. 89-115.
- RAMÍREZ LUDEÑA, Lorena, *Diferencias y deferencia. Sobre el impacto de las nuevas teorías de la referencia en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2015.
- ROSCH, Eleanor y LLOYD, Barbara Bloom (eds.), *Cognition and Categorization*; Hillsdale, NJ, Erlbaum, 1978.
- ROSSER LIMIÑANA, Ana y MOYA MIRA, Conrado, “Familias monoparentales e idoneidad para la adopción”, *Intervención Psicosocial*, 10, 2, 2001, pág. 209-220.
- SABA, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en Gargarella, R. (ed.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires Abeledo Perrot, 2009, pág. 695-742.
- SCHAUER, Frederick, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2003.
- _____ *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid, Marcial Pons, 2004. (Trad. Rodríguez, J. y Orunesu, C.).
- SEARLE, John Rogers, “A Taxonomy of Illocutionary Acts”, *Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, 6, 1975, pág. 334-369.
- _____ *Actos de habla : ensayo de filosofía del lenguaje*, Madrid, Cátedra, 1994. (Trad. Valdés Villanueva, L. M.).
- VON WRIGHT, Georg Henrik, *Norma y acción*, Madrid, Tecnos, 1970 [1963]. (Trad. Ferrero, P. G.).

LAS CAMPAÑAS DE LITIGIO ESTRATÉGICO COMO HERRAMIENTAS DE INTERVENCIÓN POLÍTICA: SUS ORÍGENES¹

*Maximiliano N. Campana*²

Resumen: Cada vez más en Argentina y en América Latina, distintos grupos comienzan a diseñar y ejecutar campañas de litigio estratégico con el fin de visibilizar sus demandas y reivindicaciones, haciendo del poder judicial un espacio de disputas políticas y sociales. El presente artículo tiene por finalidad evidenciar los orígenes y desarrollo temprano de esta nueva modalidad de intervención política en los Estados Unidos, con el fin de reflexionar sobre sus potencialidades y posibles limitaciones que las mismas pueden tener.

Palabras clave: judicialización - litigio estratégico - campañas de litigio.

1. INTRODUCCIÓN

El 10 de noviembre del año 2009, una jueza de la ciudad de Buenos Aires resolvía sobre la inconstitucionalidad del Código Civil en cuanto impedía *que los señores Alejandro Freyre y José María Di Bello puedan contraer matrimonio*. Esta sentencia puso en jaque la institución matrimonial, la que establecía que la misma podía ser celebrada solo entre parejas heterosexuales, y que desencadenaría en el dictado de la ley 26.618, conocida como “ley de matrimonio igualitario”.

Lo cierto es que esta victoria judicial no se dio en el vacío, sino que fue el resultado de una campaña de litigio estratégico minuciosamente planificada, campaña que fue lanzada en el año 2007 por la recientemente

¹ Artículo recibido 30/05/2017 – Aprobado para su publicación 12/09/2017.

² Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Email: maxicampana@gmail.com

creada Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) y que tenía por finalidad el reconocimiento legal del matrimonio a parejas del mismo sexo³. Esta sentencia se constituyó en la primera victoria política y jurídica importante por parte del movimiento de la diversidad sexual en Argentina, y fueron los tribunales argentinos quienes comenzaron a ocupar un lugar central en las disputas por los significados de familia, igualdad, sexualidad y reproducción, y el poder judicial se consolidó como un campo para establecer además demandas políticas.

Si bien el movimiento de la diversidad sexual ha sido bastante efectivo en el diseño y ejecución de campañas de litigio estratégico (puede mencionarse también la campaña por el reconocimiento de por la identidad de género del colectivo travesti/transsexual), no ha sido el único. Otros movimientos tales como el pro-vida⁴ o aquellos que luchan por el avance de los derechos humanos, derechos colectivos y delitos de lesa humanidad⁵, también han sido muy activos en la utilización de este tipo de campañas de litigio como manera de intervención política, para el reconocimiento de derechos. Además, este fenómeno no se ha limitado al caso argentino, sino que este tipo de campañas de litigio han sido desarrolladas en distintos países de América Latina, siendo impulsadas principalmente por financiadores internacionales tales como la Fundación Ford⁶.

Entiendo entonces como “campañas de litigio estratégico” al conjunto coordinado y sostenido de maniobras jurídico-políticas llevadas a cabo por grupos y organizaciones nucleados en torno a ciertas causas, que tienen por finalidad generar cambios que beneficien al colectivo que representan. Lo que caracteriza a estas maniobras es el hecho que son desarrolladas

³ BIMBI, B., 2010. *Matrimonio Igualitario: intrigas, tensiones y secretos en el camino hacia la ley*. Buenos Aires: Planeta.

⁴ CAMPANA, Maximiliano. 2015. “Hacia una nueva conceptualización del litigio estratégico. La judicialización de los derechos sexuales y reproductivos por parte de los sectores pro vida”. In J. C. ESQUIVEL, & J. M. VAGGIONE, *Permeabilidades Activas: Religión, política y sociedad en la Argentina democrática*. Buenos Aires: Biblios (en prensa).

⁵ CELS, 2008. *Litigio estratégico y Derechos Humanos: la lucha por el derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

⁶ FRÜHLING, H. (2000). “From Dictatorship to Democracy: Law and Social Change in the Andean Region and the Southern Cone of South America”. In M. McCLYMONT, & S. GOLUB, *Many Roads to Justice: The law related work of Ford Foundation Grantess around the world* Nueva York: Ford Foundation. Pp. 55- 87.

en el seno poder judicial, con la lógica, las reglas y los actores del campo jurídico (es decir, a través de acciones judiciales). Los fines perseguidos de estas campañas pueden variar enormemente, y van desde dar visibilidad a ciertas demandas específicas hasta modificar determinadas pautas culturales de la sociedad. La idea se vincula con que el derecho es un sistema social que recepta principios generales y normas específicas de ciertas sociedades, y que es posible que determinadas normas específicas contraríen esos principios más generales afectando negativamente a determinados grupos y favoreciendo desproporcionadamente a otros. Con esta idea en mente, y por medio de estas campañas, se ponen en consideración del poder judicial estas inconsistencias jurídicas a fin de que se proceda a restablecer la primacía de estos principios más generales (como son las cláusulas constitucionales vinculadas a la igualdad ante la ley, el derecho a la privacidad, a la no discriminación o al debido proceso) e igualar así la posición de ciertos grupos con relación a otros.

Estas campañas están cada vez más presente en las agendas de grupos y organizaciones sociales, pues ven en ellas una forma efectiva de visibilizar y debatir públicamente sus demandas y reivindicaciones y obtener respuestas por parte de algún órgano del Estado, produciendo efectos tantos directos (como es el dictado de una sentencia favorable, y el consiguiente diseño de políticas públicas o reconocimiento de derechos) como indirectos o simbólicos (como es el de generar cambios en las percepciones sociales y políticas con relación al colectivo que representan).

Ahora bien, todas estas campañas han sido el resultado de un modelo de litigio específico, que surgió en un determinado momento y lugar. El presente artículo tiene por finalidad describir los orígenes de estas campañas, el contexto donde surgió a fin de entender sus potencialidades y deficiencias que su implementación puede tener en América Latina.

2. LAS PRIMERAS CAMPAÑAS DE LITIGIO ESTRATÉGICO

Las primeras campañas de judicialización de causas tendientes a persuadir al poder judicial sobre cómo debía interpretarse la Constitución (y cómo debían protegerse los derechos que la Constitución establecía) se dieron en Estados Unidos a finales del siglo XIX. Que se dieran en este país se debió principalmente al contexto (la importante industrialización que este país venía sufriendo, junto a cambios demográficos, territoriales y

sociales) y a la cultura jurídica dominante (caracterizada por un sistema basado en el estricto seguimiento y aplicación de los precedentes judiciales).

Obtener decisiones judiciales que determinaran cómo debían interpretarse y protegerse los derechos reconocidos en la Constitución se convirtió en el principal objetivo de varios grupos (económicos o políticos), y una vez obtenidas, estas decisiones eran leídas en términos de victorias o derrotas políticas. El poder judicial se comenzó a configurar así como el actor político clave cuando debían protegerse derechos que habían sido vulnerados por parte de los otros poderes constituidos, lo que le significó reconocimientos y repudios de diversos sectores, y lo colocó en un lugar privilegiado de la política nacional. Según Epp⁷, antes de 1915 fueron las cuestiones administrativas y comerciales las que dominaron el campo del litigio constitucional, debido a que eran las organizaciones de negocios quienes poseían la capacidad económica de afrontar dichos desafíos. Sin embargo, hubo importantes cambios que modificaron sustancialmente la cultura jurídica y el campo judicial. A continuación examinaremos cómo se pasó de un modelo de campañas orientadas a la protección de intereses económicos a otro orientado al reconocimiento y protección de derechos de grupos socialmente vulnerables.

2.1. Primeras campañas de litigio estratégico: Los “Casos de Granger”

Como ha sido documentado, durante el siglo XIX y los primeros años del siglo XX existieron verdaderas campañas que pusieron su énfasis en el litigio estratégico con la finalidad de influir en ciertas regulaciones estatales⁸. Estas campañas se dieron en el marco de lo que algunos historiadores denominaron “la revolución administrativa del mundo de los negocios estadounidenses”⁹. Esta revolución administrativa que se dio en el seno de las empresas estadounidenses dio origen a las primeras organizaciones con capacidad económica y el tiempo necesario para emprender batallas

⁷ EPP, C. R., 2013. *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

⁸ CORTNER, R., 1993. *The Iron Horse and the Constitution: The Railroads and the Transformation of the Fourteenth Amendment*. Westport: Greenwood Press.

⁹ SKLAR, M., 1988. *The corporate Reconstruction of American Capitalism, 1890-1916: The market, the law and politics*. Cambridge: Cambridge University Press.

legales y hacer frente así a la cada vez mayor regulación estatal por parte de este gobierno norteamericano.

De todas estas campañas, quizás la mejor documentada fue la llevada a cabo por las empresas de ferrocarril, quienes lanzaron una serie de acciones judiciales a fin de influir en las regulaciones estatales que lo afectaban. Así, entre 1880 y 1900 *una cantidad de organizaciones de este nuevo tipo dedicó recursos significativos a campañas de litigación destinadas a influir en la orientación de las regulaciones gubernamentales.*

Richard CORTNER¹⁰ examina las enormes campañas de litigio llevadas a cabo por las empresas ferroviarias en contra de las leyes de Granger –las cuales eran normas estatales que sometían a estas empresas a una regulación de sus tasas por parte del Estado-. Este autor, analizando el período 1877-1913, pone su énfasis en tres casos originados en el estado de Minnesota y cuyas decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos (en adelante CSEU) modificaron sustancialmente el contenido de la decimocuarta enmienda vinculada a protección constitucional del debido proceso judicial. Para ello, él parte de las sentencias de la CSEU que fueron consecuencia de la judicialización de las leyes de Granger (conocidos como “los Casos de Granger”) en donde las empresas ferroviarias perdieron su primera batalla importante en 1877, cuando este tribunal sentenció en el caso *Munn v. Illinois* que la propiedad privada que afectaba al interés público podía estar sujeta a la regulación del Estado.

Bastante decepcionadas con el resultado de *Munn* las empresas de ferrocarriles comenzaron a buscar una oportunidad para revertir dicho precedente. En consecuencia, ellas reaccionaron agresivamente a una ley de Minnesota de 1887 que daba a la Comisión de Ferrocarriles y Depósitos una autonomía regulatoria sin precedentes. Insistiendo que la nueva normativa los privaba de su derecho de propiedad afectando su derecho al debido proceso, varias empresas primero, y sin éxito, se presentaron ante juzgados estatales y luego, con la cooperación de Moses E. Clapp, procurador general de Minnesota, apelaron dos de los casos ante la CSEU.

Por suerte para estas empresas, la composición de la Corte se había modificado desde el caso *Munn*. El cambio más importante fue la incorporación del juez David J. Brewer, quien como juez federal había rechazado los Casos de Granger reconociéndole el derecho a las empresas

¹⁰ CORTNER, R., 1993. Op. cit.

ferroviarias al debido proceso en un caso contra Iowa. En consecuencia, y por mayoría, la CSEU revirtió en 1890 el antecedente de *Munn*. Al sentenciar en los dos casos testigos de Minnesota –*Chicago, Milwaukee & St. Paul Railroad v. Minnesota* y *Minneapolis Eastern Railway Co. v. Minnesota*– la CSEU aceptó los argumentos de estas empresas en que la determinación de las tarifas debía ser sometida a la revisión judicial por violar la clausula constitucional del debido proceso.

Si bien estas nuevos precedentes tendrían importantes consecuencias en contiendas judiciales posteriores, es interesante remarcar que la campaña de litigio estratégico (de tipo comercial y marcadamente conservadora) llevada a cabo por las empresas de ferrocarriles estadounidenses a finales del siglo XIX, fue similar a campañas posteriores llevadas a cabo por diversos grupos de interés y que inspirarían diversas teorías que intentaron abordar el fenómeno del diseño de campañas de litigio estratégico en ese país.

Según Epp¹¹ el hecho de que los principales litigantes constitucionales durante este periodo sean las grandes corporaciones se debió fundamentalmente a que eran casi las únicas entidades con suficiente capacidad de organización y recursos necesarios para hacerlo. Sin embargo, también reconoce el importante rol que cumplieron los abogados estadounidenses de la época, y cuya práctica profesional respondía a los intereses de las grandes corporaciones. El perfil de los abogados estadounidenses del siglo XIX ya había sido descrito por Alexis DE TOCQUEVILLE¹² en su clásica obra “La democracia en América” de 1835, en donde los definía como conservadores y antidemocráticos, atraídos por la propia ventaja e interés. Durante la revolución administrativa (que implicó también importantes cambios demográficos, políticos y sociales en el país) surgieron las primeras “corporaciones o bufetes de abogados” que comenzaron a trabajar con la lógica de las empresas comerciales, y a representar sus intereses ante los tribunales. Estos nuevos abogados disfrutaron de importantes ventajas económicas: sus clientes, importantes empresas que necesitaban derogar normativas que restringían su capacidad comercial vieron que estas nuevas “empresas de abogados” tenían la capacidad de ofrecer eficientemente los servicios que estaban necesitando, y a cambio

¹¹ EPP, C. R., op. cit. Pag. 86.

¹² TOCQUEVILLE, A., 1963. *La Democracia en América*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

de dinero, ellos comprometieron sus energías profesionales “al servicio del capitalismo industrial”¹³.

Es importante destacar que con la jurisprudencia sentada por la CSEU en la campaña de las grandes compañías ferroviarias, y en todo lo vinculado al derecho de propiedad y del debido proceso, este tribunal marcadamente conservador ampliaría enormemente la interpretación de la cláusula del debido proceso en los Estados Unidos y sería una fuente importante para las campañas de litigio estratégico que vendrían: después de 1937 la CSEU aplicaría la doctrina del debido proceso en temas vinculados al reconocimiento de derechos civiles, en la lucha contra la segregación racial y finalmente, en el caso *Roe v. Wade* (de 1973) reconocería que el debido proceso involucra derechos sustantivos más allá de aquellos especificados por la carta de Derechos (*Bill of Rights*)¹⁴.

2.2. Campañas de litigio estratégico para el reconocimiento y la ampliación de derechos ciudadanos en Estados Unidos. El caso *Brown*

Los casos de Granger evidenciaron la importancia que los precedentes judiciales podían tener en la arena política y económica del país norteamericano. A partir de entonces se había abierto un nuevo espacio de disputas políticas y económicas, tan importante como las legislaturas o los organismos del poder ejecutivo: los tribunales. Al poder judicial se le comenzó a reconocer un lugar privilegiado en materia política, social y económica y distintos sectores comenzarían a utilizar este nuevo espacio como un lugar de luchas y reivindicaciones políticas, económicas, ideológicas y sociales.

Si bien el contexto parecía indicar que las cortes estadounidenses eran particularmente permeables a las demandas de los poderosos sectores económicos, cambios en la manera de enseñar en las facultades del derecho generaron nuevos operadores jurídicos (y una nueva cultura jurídica) que hicieron posible que diversas campañas por el reconocimiento y la ampliación de derechos civiles y políticos tuvieran éxito y marcaran la

¹³ AUERBACH, J. S., 1976. *Unequal Justice. Lawyers and Social Change in America*. Nueva York: Oxford University Press.

¹⁴ CORTNER, R., Op. cit.

agenda política del país durante todo el siglo XX. El litigio comenzaba a ser entendido como una herramienta que podría utilizarse para el reconocimiento de derechos (y en última instancia, para el cambio social).

La profesión legal en Estados Unidos comenzó a sufrir importantes mutaciones entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Durante el cambio de siglo, los abogados comenzaron a contemplar “el impacto del cambio social sobre su profesión”¹⁵. Hasta entonces, este grupo era exclusivamente masculino, anglosajón, protestante, de familias tradicionales y volcado fuertemente a la defensa de los intereses de las grandes corporaciones¹⁶. Sin embargo, las masivas oleadas de inmigrantes tuvieron un fuerte impacto en el país, trayendo nuevos profesionales al campo jurídico y generando una importante estratificación de la profesión.

Junto a las mutaciones demográficas comenzaron a darse importantes mutaciones en el área de la educación jurídica. El primer cambio importante tuvo que ver con la formalización de los estudios en el área del derecho. Hasta 1880, la formación legal se obtenía principalmente ocupando la posición de aprendiz junto a un abogado ya establecido¹⁷. A partir de ese año, las escuelas de derecho empezaron a suplir el rol de formación jurídica, y para el año 1915 la mayoría de los abogados estadounidenses se habían formado en las universidades del país¹⁸.

En este período se produjo una importante multiplicación de las escuelas de derecho: de 28 escuelas con 1600 estudiantes que había en 1870, el número se disparó a más de 100 escuelas con cerca de 13.000 estudiantes para el cambio de siglo. Asimismo, aumentó en un 196% el número de abogados formados en facultades de derecho¹⁹.

¹⁵ AUERBACH, J. S., Op. cit. pág. 40.

¹⁶ MACK, K. W., 2012. *Representing the Race. The creation of the civil right lawyers*. Boston: Harvard University Press.

¹⁷ EPP, C. R., op. cit. pág. 86.

¹⁸ ABEL, R., 1989. *American Lawyers*. Nueva York: Oxford University Press.

¹⁹ AUERBACH, J. S., Op. cit. Durante esos mismos años, se daban los picos más altos de migración a los Estados Unidos: *Nuevos inmigrantes del sur y este de Europa entraron por millones en las ciudades estadounidenses. Para muchos de ellos, especialmente para sus hijos, acceder a la profesión legal se convirtió en un símbolo de acceso a la democracia norteamericana. El nexa entre el derecho y la política convirtió a la carrera de abogado personalmente atractiva y políticamente importante* (pág. 88).

El segundo cambio relevante tuvo que ver con la profesionalización docente en las facultades de derecho. Antes de 1870, los profesores eran al mismo tiempo abogados que ejercían paralelamente la profesión, y *el camino a las aulas comenzaba en la práctica*²⁰. Para entonces, enseñar era más una vocación que una profesión, y el ejercicio profesional se aprendía fuera de las facultades de derecho²¹. Pero a comienzos del siglo XX se desarrolló el método de casos en la Universidad de Harvard, haciendo que la *enseñanza del derecho evolucionara en una nueva profesión*²². La nueva cientificidad que se le comenzó a reconocer al derecho inspiró a una generación de profesores con dedicación exclusiva, quienes comenzaron a analizarlo desde una perspectiva más flexible y progresista²³, y en una época de importantes reformas y cambios, estos docentes percibieron al derecho como un instrumento de ingeniería social, con importantes implicaciones en el espacio público que transcendía al cuidado del cliente individual. Así, durante las primeras décadas del siglo XX un fuerte sentido de responsabilidad pública e identificación con reformas políticas y sociales generaron en los profesores de derecho una identidad particular, y diferenciada de los abogados practicantes²⁴.

El tercer cambio de trascendencia vendría recién después de la primera guerra mundial, con lo que se denominó el “realismo jurídico”²⁵, que sin embargo *no era no un movimiento intelectual coherente ni una jurisprudencia consistente o sistemática* y en general se lo refiere como un *corpus*

²⁰ AUERBACH, J. S., Op. cit. pág. 75.

²¹ ABEL, R., Op. cit.

²² AUERBACH, J. S., Op. cit. pág. 75.

²³ SUTHERLAND, A., 1967. *The Law at Harvard: a history of ideas and men, 1817-1967*. Cambridge.

²⁴ MACK, K. W., Op. cit.

²⁵ A grandes rasgos, por realismo jurídico se conoce a la corriente filosófica del derecho que critica la visión clásica del pensamiento legal del siglo XIX en los EEUU. El realismo jurídico norteamericano es a menudo recordado por desafiar aquellas perspectivas jurídicas clásicas que consideran que las instituciones legales proporcionan un sistema autónomo y de aplicación directa de los textos jurídicos, no contaminado por la política. A diferencia de pensamiento clásico, el realismo jurídico norteamericano intentó describir las instituciones jurídicas incorporando una imagen de agudo conflicto moral, político y social que estas poseen. El legado más importante del realismo jurídico norteamericano es su desafío a la clásica afirmación jurídica de que el razonamiento legal era independiente y autónomo del discurso moral y político.

*de pensamiento legal producido por la mayor parte de los profesores de derecho en las escuelas de Derecho de Columbia y Yale durante las décadas de 1920 y 1930*²⁶. De todos modos, estos profesores compartían apenas su escepticismo a entender el derecho *como una estructura simétrica de las proposiciones lógicas, todas bien encajadas*²⁷. Y este escepticismo era suficiente para redirigir la perspectiva del derecho como reproductor de un orden y *status quo* hacia otra entendida como un instrumento de cambio social. De esta forma, bajo la presión de generaciones más jóvenes de profesores, los contenidos curriculares se expandieron y comenzaron a incorporar disciplinas propias de las ciencias sociales: *estos cambios fueron bienvenidos –y a veces instigados– por jóvenes abogados para quienes la educación legal había sido embrutecedora y parroquial*²⁸.

Estas mutaciones en la enseñanza jurídica comenzaron a crear un nuevo perfil profesional, adquiriendo una mayor conciencia social sobre las problemáticas del entorno. Esta mayor conciencia se profundizó luego de la gran depresión estadounidense y la crisis de 1929, cuando el rol de la profesión jurídica en la sociedad norteamericana debió ser reexaminada²⁹. Las mayores críticas a los valores de la profesión vinieron del seno del realismo jurídico en las universidades de Yale y Columbia. Si bien sus críticas contra la jurisprudencia tradicional venían de antes de la depresión, fue durante esta época que el movimiento atrajo a un mayor número de seguidores y desarrolló sus más interesantes ideas después de 1933, cuando el éxito de las reformas políticas del *New Deal*³⁰ en los Estados Unidos dependían de la flexibilidad constitucional, la tolerancia judicial para los experimentos legislativos y un acercamiento instrumental hacia el derecho. Asimismo, para esa época se crearon nuevas facultades y aumentó considerablemente el número de estudiantes, transformando la clase media quien comenzó a ver en la ascensión social la posibilidad de cumplir con el “sueño americano”. Y mientras los abogados corpora-

²⁶ Ídem sup.

²⁷ AUERBACH, J. S., Op. cit. pág. 150.

²⁸ Ídem sup.

²⁹ MACK, K. W., Op. cit.

³⁰ El New Deal fue la denominación dada por el presidente estadounidense Franklin D. Roosevelt a su política intervencionista puesta en marcha para luchar contra los efectos de la Gran Depresión en Estados Unidos.

tivos, tradicionales y establecidos perdían terreno en el campo político, comenzaban en el seno de las facultades los primeros experimentos de educación a través de clínicas jurídicas, forjando abogados con diferentes aproximaciones a la compleja realidad sociopolítica que se vivía³¹.

Las nuevas ideas jurídicas y el nuevo contexto económico y político hizo perder el interés que los abogados tenían por las grandes corporaciones, y en cambio comenzaron a mostrar una importante conciencia social y generacional. La creciente presencia de abogados judíos, católicos y negros en el país en esta época creó

*una base cada vez mayor de representación legal para grupos que antes no estaban representados en absoluto. Los nuevos abogados defendían a objetores de conciencia, a sindicalistas radicales, a acusados de crímenes, a comunistas, a defensores de la libertad de expresión y otras figuras de causas impopulares*³².

Para la década del 30 que los abogados negros comenzaron a posicionarse como importantes referentes en la lucha por los derechos civiles. En general, los abogados negros sufrían las consecuencias del racismo y la pobreza. Tenían menos educación, menor entrenamiento práctico, menos oportunidades y una menor autoestima profesional que sus colegas blancos. En 1919, y tras las luchas raciales que se dieron en Chicago y el Distrito de Columbia abogados negros formaron comités de defensa para proveer de asesoramiento legal a los ciudadanos negros imputados de delitos penales. En esta misma época, Raymond Pace Alexander, un prestigioso abogado negro formado en Harvard, decidió convertir la escuela de derecho de la Universidad de Howard *en un laboratorio para los derechos civiles y una guardería para abogados en derechos civiles*³³. La idea era elevar el nivel de Howard, transformándola de una facultad nocturna marginal a una institución nacional atractiva para los estudiantes negros que buscaran educación jurídica de calidad y que sea relevante para cumplir con sus necesidades y las de la comunidad negra³⁴. Así, para la década del 30, existía toda una generación de abogados negros por los

³¹ TUSHNET, Mark, 1987. *The NAACP's legal strategy against Segregates education. 1925-*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press.

³² EPP, C. Op. cit. pág. 99.

³³ AUERBACH, J. S., Op. cit. pág. 177.

³⁴ MACK, K. W., Op. cit.

derechos civiles (a los que se le unirían abogados del norte del país que defendían las mismas causas), que forjaron su propia identidad durante todo el proceso de litigio contra la segregación racial: a partir de ahora, la práctica profesional cobraba una significación personal y social³⁵.

Asimismo, los cambios en la formación de los abogados y las nuevas ideas jurídicas tuvieron un importante impacto en las concepciones y decisiones de los jueces, quienes fueron modificando su visión estática de los principios constitucionales y de la división de poderes hacia una visión más dinámica y politizada, convirtiéndose en importantes defensores de derechos y libertades civiles. En este sentido Samuel WALKER³⁶, considera que a mediados de la década del 20 comenzaron a darse los primeros cambios jurisprudenciales, y la CSEU *emergió como un activo defensor de los derechos individuales*³⁷. Más interesante es el trabajo de Howard GILLMAN³⁸, quien examina cómo se dio este fenómeno en la CSEU. Para él, el activismo judicial de la Corte fue resultado de las nuevas ideas jurídicas y las políticas intervencionistas del *New Deal*. Hasta 1937, el rol de la CSEU consistía en la defensa de principios estáticos y tradicionales de la Constitución. Sin embargo, la revolución industrial creó condiciones sociales y demandas políticas que tornaban cada vez más difícil distinguir entre el bienestar general y la legislación vinculada a un solo sector o clase. Para Gillman, el punto de inflexión tuvo que ver con leyes vinculadas al salario mínimo. Con estas leyes, el Estado se convertía en un importante regulador del mercado, leyes que gozaban de un importante apoyo por parte de ciertos sectores sociales, y de rechazo por empresas y sectores comerciales. Las nuevas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales de la CSEU estimularon diversas campañas de litigio en diversas áreas: la ACLU³⁹ decidió fortalecer su programa en litigio estratégico, la NAACP⁴⁰ reinvertió en su *Legal Defense Fund* (Fondo para la defensa legal) con el

³⁵ AUERBACH, J. S., Op. cit., MACK, K. W., Op. cit.

³⁶ WALKER, S., 1999. *In defense of American Liberties. A history of the ACLU*. Carbondale, IL: Southern Illinois University Press. pág. 82.

³⁷ WALKER, S., op. cit. pág. 95.

³⁸ GILLMAN, H., 1993. *The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence*. Durham, Carolina del Norte: Duke University Press.

³⁹ *American Civil Liberties Union* (Unión estadounidense por las libertades Civiles).

⁴⁰ *National Association for the Advancement of Coloured People* (Asociación Nacional para el progreso de las personas de Color).

mismo fin de la ACLU, la ABA (*American Bar Association*) estableció su Comité sobre la Carta de Derechos y el Congreso Judeo-estadounidense (*American Jewish Congress*) creó su comisión en Derecho y Acción Social con varios abogados de dedicación exclusiva y un ambicioso programa de cambio social a través del litigio⁴¹.

La década del treinta, que también implicó el surgimiento y la consolidación de nuevas disciplinas, tales como el derecho laboral y administrativo, se caracterizó entonces por haber puesto en escena a nuevos operadores jurídicos, jueces con una visión más dinámica de la Constitución y mayor activismo ante determinadas cuestiones, funcionarios públicos con principios éticos y políticos volcados a la transformación social y abogados con fuertes compromisos políticos y dispuestos a movilizar estratégicamente al derecho para la consecución de fines específicos. Al mismo tiempo para finales de los años 30, el lanzamiento de campañas de litigio estratégico

se convirtió en una nueva fuerza en la política estadounidense. Grupos minoritarios ahora tenían una importante vía para la reparación y para influenciar la política pública. Durante este proceso, las presentaciones en calidad de amicus adquirieron un nuevo e importante rol. Históricamente siendo reconocidos como una voz imparcial (literalmente como “amigos del tribunal”), ahora se convertían en instrumentos de movilización legal⁴².

Las importantes mutaciones que se dieron en el campo jurídico generaron y estimularon un proceso consistente en redefinir políticas sociales en términos jurídicos. Un amplio rango de problemas sociales comenzaron a ser repensados desde una perspectiva de derecho constitucional. La Carta de Derechos (*Bill of Rights*) se convirtió en un conjunto de principios seculares que tenían por fin gobernar la sociedad estadounidense: *el crecimiento de las libertades civiles a fines de los años 30 marcaron el fin de una era en la historia norteamericana (...). Principios que aparecían aislados hacia 20 años ahora estaban bien establecidos en el credo estadounidense⁴³.* En el marco de todas estas mutaciones, la campaña contra

⁴¹ WALKER, S., op. cit. pág. 111.

⁴² WALKER, S., op. cit. pág. 112.

⁴³ WALKER, S., op. cit. pág. 114.

el racismo y la segregación racial se convertiría en una campaña clave para entender este nuevo tipo de litigio.

2.1.1. La NAACP y su campaña de litigio estratégico en contra de la segregación racial.

Según Owen Fiss⁴⁴ todas las transformaciones sociales producidas como consecuencia del uso del poder judicial deben retrotraerse a mayo de 1954 cuando la CSEU anunció su decisión en el caso *Brown v. Board of Education*, ya que dicha decisión *trajo una nueva manera de entender los propósitos del derecho*. Conforme este autor, la experiencia de *Brown* creó un modelo de litigio que se extendió a lo largo y ancho de los Estados Unidos en la década de 1970, y durante los 25 años posteriores *cambios ocurrieron en el mundo creando nuevas posibilidades, y algo extraordinario sucedió: Brown se globalizó (“Brown went global”). Países en todo el mundo comenzaron a ver en Brown una inspiración*⁴⁵. Para este autor, entonces, el emblemático caso contra la segregación racial inauguró una nueva época en materia de ideas y de cómo enfrentar desafíos jurídicos. En un plano más vinculado a las prácticas profesionales, Mark Tushnet consideró que este caso resuelto por la CSEU vendría a ejemplificar globalmente *la posibilidad que abogados puedan estructurar y ejecutar una estrategia de litigio diseñada para producir cambios sustanciales en el derecho*⁴⁶.

Tal como se puede apreciar, el caso *Brown* se convirtió en un paradigma, un ejemplo de campañas de litigio estratégico para el avance de derechos de ciertos grupos que se perciben como desventajados. Y este caso (al igual que el caso de “matrimonio igualitario” resuelto en Argentina y que se mencionó en la introducción) fue el resultado de una campaña de litigio planificada y sostenida en el tiempo, campaña que tenía por fin desafiar las leyes que legitimaban la discriminación racial en los Estados

⁴⁴ FISS, OWEN. 2006. “Foreword”. In R. Gargarella, P. Domingo, & T. Roux, *Courts and social transformation in new democracies: An institutional voice for the poor?* Hampshire - Inglaterra: Ashgate. p. xi.

⁴⁵ FISS, OWEN. 2006. Op. cit. p. xiii.

⁴⁶ TUSHNET, MARK, 2004. “Some legacies of *Brown v. Board of Education*”. 90. *Va. L. Rev.*, 1693. p. 1693.

Unidos. Esta campaña fue desarrollada por la *National Association for the Advancement of Colored People* (Asociación Nacional para el progreso de las personas de color – en adelante NAACP, según sus siglas en inglés)⁴⁷ y se centró en obtener y fortalecer derechos civiles y políticos de las comunidades negras, y a lo largo de su existencia condujo una serie de casos judiciales que tuvieron un importante impacto en la política del país⁴⁸.

La NAACP condujo durante más de 30 años la mayor y más importante campaña de litigio estratégico que se dio en la primera mitad del siglo XX, consistente en atacar la segregación racial que se daba en las instituciones educativas públicas, expandiendo los límites de las concepciones que existían hasta entonces sobre la utilización de los tribunales como actores políticos claves no solo en el reconocimiento y protección de derechos, sino también en el diseño e implementación de políticas públicas. La campaña de la NAACP inspiraría la mayoría de las discusiones en torno al litigio estratégico durante la segunda mitad del siglo, como también gran parte de las campañas para el reconocimiento, fortalecimiento y/o protección de derechos de diversos grupos.

Los orígenes de la campaña deben remontarse a la normas que legitimaban el racismo en los Estados Unidos. Si bien las prácticas racistas eran parte de la vida cotidiana estadounidense durante fines del siglo XIX y comienzos del XX, las mismas además tenían un importante respaldo por normas estatales y federales. Así, entre una gran cantidad de normas vigentes, en 1890 la legislatura del Estado de Louisiana aprobó un estatuto que requería que todas las compañías de ferrocarriles prevean *iguales pero separadas comodidades para blancos y negros*. La comunidad negra de Nueva Orleans, entendiéndolo que esta ley implicaba la implementación de políticas racistas, decidió organizar un caso testigo en el cual Homer

⁴⁷ Esta es una organización afroestadounidense que vela por el reconocimiento y protección de los derechos civiles de las comunidades afroamericanas en los Estados Unidos. La NAACP fue fundada en 1909 por un grupo de personas blancas y negras que deseaban contrarrestar el avance de la creciente violencia que experimentaba la comunidad negra en el país, llevando a cabo diversas campañas (políticas, publicitarias y legales) a fin de cumplir con sus objetivos.

⁴⁸ WASBY, S., 1995. *Race Relations litigation in an era of complexity*. Charlottesville: University Press of Virginia.

Plessy abordara un vagón destinado para blancos⁴⁹. La consecuencia fue que el Estado de Lousiana comenzó a perseguir penalmente a Plessy, un mulato que se autodefinía como 80% blanco, por violar la ley estatal, y su condena fue apelada hasta llegar a la Corte Suprema de los Estados Unidos (CSEU). El 18 de mayo de 1896 la CSEU resolvió en *Plessy v. Ferguson* por mayoría de 7 a 1 que el estatuto de Lousiana era constitucional y las leyes segregacionistas eran parte del poder de policía conferidos a los Estados. A partir de entonces quedó sentada la doctrina judicial “separados pero iguales”: en la medida que se ofrezcan similares servicios y comodidades a distintos sectores raciales, no se violaba el principio de protección igualitaria proclamado en la decimocuarta enmienda de la Constitución Federal Estadounidense. Tres años más tarde, la CSEU confirmaría su doctrina judicial en materia de escuelas segregadas, en el caso *Cumming v. Richmond County Board of Education*⁵⁰.

Desafiar la doctrina de “separados pero iguales” adoptada por la CSEU en materia de educación se convirtió en el eje de la campaña de litigio estratégico diseñado por la NAACP, ya que consideraba que la discriminación sufrida por la comunidad negra en materia educativa era la ayudaba a perpetuar y legitimar el resto de las desigualdades. La campaña contó con un importante apoyo financiero concedido por la Fundación Garland, y entre 1925 y 1930 la NAACP comenzó a desarrollar un plan coordinado de litigio consistente en revertir la doctrina sentada en *Plessy* en tres supuestos: que escuelas para blancos aceptasen alumnos negros; que se igualaran los salarios de los profesores negros con relación a los de sus colegas blancos y por último que se igualara la infraestructura en las escuelas. Para entonces, contaban con un antecedente jurisprudencial importante: en 1914 la CSEU estableció en *McCabe v. Atchinson* que si a cualquier negro se le negaba la posibilidad de acceder a los mismos servicios o comodidades que a un blanco, la constitución era violada. A partir de las investigaciones llevadas a cabo por la NAACP, ellos poseían

⁴⁹ KLARMAN, M., 2007. *Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement*. Nueva York: Oxford Press.

⁵⁰ El caso se vinculaba con la demanda en contra del contando de Richmond en Georgia que había dejado de financiar un secundario para negros, con el fin de poder continuar financiando el secundario para blancos. La CSEU consideró que la decisión no estaba motivada en cuestiones raciales sino en problemas financieros, validando el principio de “separados pero iguales” en materia educativa.

datos de que la calidad e infraestructura ofrecida a los negros era inferior a la de los blancos, teniendo un importante argumento a su favor.

En 1936 la Corte de Apelaciones de Maryland confirmó la decisión de primera instancia que ordenaba que Donald Murray sea admitido en la facultad de Derecho de la universidad de Maryland. La Facultad de derecho era una agencia pública, y en la medida que no existieran otras oportunidades iguales para el demandante en el Estado de Maryland (debiéndose garantizarle el acceso a la educación), su admisión era necesaria. De esta forma, la NAACP consiguió un precedente jurisprudencial significativo en relación a la admisión de estudiantes. Para 1938, se anunciaban veinte nuevas peticiones judiciales en Maryland, la mayoría con sentencias favorables a la NAACP, y en abril de 1941 la legislatura del Estado estableció la equiparación de los salarios docentes entre blancos y negros. Paralelamente, en 1938 la CSEU resolvía el primer caso presentado por la NAACP en el marco de la campaña contra las escuelas segregadas: se trataba de una petición realizada por Lloyd Gaines para ser admitido en la facultad de Derecho de la Universidad de Misuri. La institución universitaria se negó a admitir el pedido, brindándole dos opciones: otorgarle una beca para formarse en una institución de otro Estado, o bien solicitar la admisión en la Universidad de Lincoln, institución para negros en el Estado, quien crearía una facultad de derecho. La propuesta no fue satisfactoria, llegándose a judicializar el caso, y en "*Missouri ex rel Gaines v. Canada*", la CSEU sostuvo que los Estados que provean de educación superior a los estudiantes blancos deben también proveerla para los estudiantes negros dentro del mismo Estado. La provisión se debe hacer o bien permitiendo que ambos concurren a la misma institución, o creando una segunda institución específicamente para negros⁵¹. De esta manera, la NAACP obtuvo su antecedente jurisprudencial más importante en materia de admisión de estudiantes negros a instituciones educativas para blancos cuando los Estados no poseían instituciones destinadas para estos sectores.

En relación a los salarios docentes diferenciales, la victoria más importante en los tribunales federales se dio en un caso de Norfolk, Virginia. En este caso, Melvin Alston, presidente de la Asociación de Maestros de Norfolk, luego de ser despedido por solicitar pago equitativo, inició una demanda en 1940. La misma llegó ante la Corte de Apelaciones Federal, la

⁵¹ Idem supra.

que consideró que de manera arbitraria y discriminatoria se pagaba menos a los negros que los blancos por el mismo trabajo, violando la Constitución (Caso *Alston v. Board School of Norfolk. 4th circuit*).

Durante la década del 40, no hubo victorias importantes en materia de segregación en instituciones educativas. Entre 1945 y 1950 comenzó a rediseñarse la campaña de litigio estratégico: a partir de ahora la lucha política no consistiría en exigir iguales derechos en instituciones separadas, sino en atacar directamente el principio de “separados pero iguales”. Con el ataque directo a la doctrina sentada en *Plessy* se acabaría por fin con la segregación racial. Durante esos años se desarrollaron ideas provenientes de la escuela realista y el denominado “el argumento sociológico”. Se trató de un argumento que surgió en las clases de derecho de la Universidad de Howard, donde se intentó incorporar a las visiones típicamente jurídicas aportes de la sociología y psicología, afirmando los efectos nocivos que tendría la segregación. Este argumento se basaba en que

*Si uno miraba más allá de la infraestructura, centrándose en las consecuencias sociales, las escuelas segregadas eran inevitablemente desiguales. Los blancos tenían oportunidades sociales que no estaban disponibles para los negros en escuelas separadas, independientemente de cuán nuevas o bien administradas estén las escuelas para negros; las escuelas segregadas inducían un sentimiento de superioridad en blancos y un sentimiento de inferioridad en los negros*⁵².

El argumento sociológico fue puesto a prueba en el caso *Sipuel v. Board of Regent of Univ. Of Okla.* Se trataba de un caso donde Ada Sipuel, una joven afroamericana, se postuló para la escuela de derecho de la Universidad de Oklahoma, que era sólo para blancos. El caso llegó hasta la CSEU quien en 1948 determinó que el Estado debía garantizarle la educación legal, probando así que el argumento sociológico era efectivo. El máximo tribunal ratificó esta postura en los casos *Sweatt v. Painter* (1950) y *McLaurin v. Oklahoma State Regent* (1950). A principios de la década de 1950 la NAACP se había convertido en una enorme organización, que manejaba una gran cantidad de recursos financieros y contaba con un importante plantel de abogados de derechos civiles⁵³, por lo que

⁵² Ídem sup. p. 119.

⁵³ MACK, K. W. (2005). « Rethinking Civil Rights Lawyering and Politics in the Era Before Brown ». *The Yale Law Journal* , 115-256.

se decidió confrontar los principios de *Plessy* con un caso vinculado a las diferencias en las infraestructuras de las escuelas para negros.

En 1951, 13 padres presentaron una acción de clase demandando al Consejo de Educación de la ciudad de Topeka en representación de 20 estudiantes. Desde 1879, la ciudad de Topeka aplicaba la ley de Kansas de 1879 que establecía escuelas primarias separadas según la raza. Oliver L. Brown era uno de estos padres. El caso “*Brown v. Board of Education*” llegó a la CSEU combinando 4 casos más patrocinado la NAACP: “*Briggs v. Elliott*”; “*Davis v. County School Board of Prince Edward County*”; “*Gebhart v. Belton*” y “*Bolling v. Sharpe*”⁵⁴. Por unanimidad el 17 de mayo de 1954 la Corte decidió que las leyes estatales que establecían escuelas públicas separadas para estudiantes negros eran inconstitucionales, que los establecimientos segregados eran “inherentemente desiguales”, y que por lo tanto estas leyes violaban la cláusula de protección igualitaria de la decimocuarta enmienda de la Constitución del país. Esta decisión se convertiría en una de las más importantes en la historia constitucional del país y con ella culminaría la campaña legal de la NAACP⁵⁵.

3. CONCLUSIÓN

Tal como se desarrolló en este artículo, la experiencia estadounidense fue la primera en poner de manifiesto que los tribunales podían cumplir un papel político importante, no solo a través de interpretaciones legales y sentencias, sino incluso diseñando políticas públicas y supliendo las omisiones o negativas de otros poderes políticos. De esta forma, el poder judicial comenzó a ser percibido como un defensor y garante del Estado de derecho democrático. La experiencia estadounidense de litigio para la defensa de causas colectivas, y en especial a partir del caso *Brown*, no sólo se ampliaría y profundizaría en Estados Unidos, sino que sería importada con mayor o menor éxito a otros países, incluyendo Argentina.

⁵⁴ KLARMAN, M., Op. cit.

⁵⁵ En realidad, la controversia no se dio por finalizada con este fallo, ya que el mismo no ofrecía remedios judiciales para implementar la decisión. Esto vendría con *Brown II*, una nueva sentencia de la CSEU resuelta el 31 de mayo de 1955. La nueva sentencia se caracterizaba por ser vaga e imponer soluciones graduales, generando nuevos inconvenientes. Sobre esto véase Klarman, 2007: cap. 4. Op. cit.

En términos teóricos, el caso *Brown* fue un punto de inflexión en materia de diseño de campañas de litigio estratégico, y a partir de este caso se comenzaron a diseñar otras importantes campañas de judicialización en todo el país. Según Sarat & Scheigold⁵⁶:

Como ahora es ampliamente reconocido, hasta 1954 el proyecto de una constitución estadounidense sólida estaba radicalmente incompleta. Estaba incompleta porque (...) el derecho sistemáticamente excluía a personas de participar entera, libre y dignamente en las principales instituciones políticas y sociales del país por razones raciales. Pero Brown cambió todo.

Esta opinión es compartida por varios autores, entre ellos WILKINSON⁵⁷ quien considera que este caso de segregación racial fue *el evento político, social y legal más importante del siglo XX en la historia estadounidense*, y Kluger⁵⁸ para quien la campaña de la NAACP es el mejor ejemplo de una perfecta combinación entre la planificación estratégica y una implementación exitosa.

A partir de *Brown*, *la segunda mitad del siglo 20 en Estados Unidos fue, en parte, la historia del rol judicial de los movimientos por el cambio social*⁵⁹, sobre todo porque desde la década de 1950, el número de organizaciones que comenzaron a optar por desarrollo de campañas de litigio estratégico en materia de derechos políticos y sociales comenzó a incrementarse⁶⁰.

Esta experiencia estadounidense sería exportada luego a distintos países del mundo, y probó ser efectiva en países con una cultura jurídica similar a la de los Estados Unidos (tal como muestra Charles Epp en India, Canadá y Reino Unido). El modelo también llegaría a países latinoamericanos, como Argentina, donde diversos grupos comenzaron a diseñar y ejecutar campañas de litigio estratégico como forma de acción política. Sin embargo, la judicialización estratégica no ha sido particularmente exitosa

⁵⁶ SARAT, A., & SCHEIGOLD, S., 2006. *Cause Lawyers and Social Movements*. Stanford, California: Stanford Law and Politics. p. 5.

⁵⁷ WILKINSON, J. H., 1979. *From Brown to Bakke: The Supreme Court and School Integration: 1954-1978*. Nueva York: Oxford University Press. p. 06.

⁵⁸ KLUGER, R., 1975. *Simple Justice*. Nueva York: Alfred A. Knopf.

⁵⁹ SARAT, A., & SCHEIGOLD, S., Op. cit.

⁶⁰ WASBY, S. Op. cit.

en la región, y quizás Argentina se presente como uno de los pocos países donde esta ha funcionado con relativo éxito. De hecho, David LANDAU⁶¹ considera que a nivel de derecho constitucional comparado, hay pocos países donde existan instrumentos legales que permitan a los jueces ordenar a las instituciones públicas que cumplan con la Constitución Nacional (“*structural injunction-like devices*”) y que Argentina *es uno de los pocos países que ha intentado implementar verdaderos remedios estructurales*⁶². En la actualidad, gran parte de grupos y movimientos sociales en Argentina (tales como los de derechos humanos, de la diversidad sexual, grupos pro-vida, ambientalistas, feministas y de consumidores) ven al poder judicial como un potencial aliado de sus demandas, y sus reivindicaciones políticas con mayor frecuencia se transforman en demandas judiciales. El lenguaje jurídico (y particularmente el de derechos humanos) está cada vez más presente en estos movimientos, quienes deciden más y más acudir al poder judicial. En este sentido no hay dudas que la judicialización trae consigo varias ventajas, tales como la de dar una gran visibilidad a las demandas y reclamos de diversos grupos, que de otro modo no los tendrían⁶³, permitiendo que se lleve a cabo un debate más amplio, que excede al campo jurídico. Coincidente con estas ideas Catalina SMULOVITZ⁶⁴ quien viene analizando el aumento sostenido en la litigiosidad en Argentina, concluye que la judicialización se erige como “parte de un proceso de negociación política más amplio; y la arena judicial, un espacio adicional para dirimir disputas políticas”.

⁶¹ LANDAU, D. (2012). “The reality of social right enforcement”. 53 Harvard International Law Journal, 253.

⁶² Ídem sup. p. 246.

⁶³ Las campaña lanzada por la Federación Argentina LGBT es un ejemplo de ello: el debate sobre la ampliación del matrimonio se instaló en el país gracias a las diversas presentaciones y posteriormente sentencias favorables. Cuestionar la constitucionalidad de la normativa vigente, dentro del marco de los derechos humanos, generó un debate político y social sobre la regulación de la intimidad y la posible desprotección y desigualdad en la que se encontrarían todos los ciudadanos que no se identificaban como “heterosexuales”. La visibilización generada gracias a la presentación de acciones judiciales nacionalizó la cuestión, generando nuevos espacios de discusión y negociación que hasta entonces eran inexistentes.

⁶⁴ SMULOVITZ, C. (2008). “La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en la Argentina”. En Desarrollo Económico, Vol. 48, No. 190/191, p. 290.

Pero al mismo tiempo la transformación de las demandas políticas y sociales en demandas jurídicas y judiciales puede traer consigo varios inconvenientes. El primero es que la transformación de reclamos sociales en demandas judiciales puede llegar a inhibir el diálogo, convirtiendo la negociación en una contienda. Y eso es otra característica del lenguaje jurídico, que es esencialmente adversarial, promoviendo o acentuando el conflicto de intereses (y eventualmente, el conflicto social)⁶⁵. Por otra parte, la judicialización tiene un enorme efecto “despolitizador”, al “des-radicalizar” y neutralizar reclamos sociales para que estos puedan ser convertidos en demandas judiciales. De esta manera, la discusión se enmarca dentro de un espacio marcadamente conservador, generando pocas posibilidades de debatir más allá de temas meramente legales, limitando muchas veces la discusión a los agentes que actúan en el campo judicial (jueces, abogados y demás técnicos del área jurídica) como también reduciendo el número de posibles soluciones a dichas demandas, es decir a aquellas que sean jurídicamente posibles. Estas consideraciones deberán ser ponderadas por los diversos grupos al momento de decidir si deben o no judicializar sus demandas.

⁶⁵ GLENDON, M. A. (1991). *Right talk: the impoverishment of political discourse*. Nueva York: Free Press.

TONALIDADES FEMENINAS. DISCUSIONES SOBRE DESIGUALDAD Y EXCLUSIÓN EN RELACIÓN A LAS ORGANIZACIONES EMERGENTES DE MOVIMIENTOS “DE MUJERES” Y “FEMINISTAS” DE LA CIUDAD DE CÓRDOBA- ARGENTINA (1999-2015)¹

*Nerea Lucrecia Jodor*²

Resumen: Se propone retomar discusiones doctrinarias sobre los conceptos de desigualdad y exclusión social que nutrieron al marco de referencia teórico- metodológico aplicado a una investigación más amplia sobre “Mujeres, movimientos sociales y ONG’s”. Se expone la construcción de los conceptos de desigualdad y exclusión social, para relacionarlos con el movimiento de mujeres como espacio social que apela a la recuperación de la ciudadanía.

Palabras claves: desigualdad y exclusión social - ciudadanía - movimientos sociales - mujeres y ONG’s

1. INTRODUCCIÓN

El texto aquí planteado es un recorte de las múltiples aristas que se trabajan en mi investigación doctoral. En ella inicialmente se afirmó, a modo de presunción, que la devenida institucionalización de los movimientos sociales “de mujeres” y “feministas”³ en organizaciones no

¹ Artículo recibido 12/06/2017 – Aprobado para su publicación 01/11/2017.

² Abogada (FDyCS- UNC). Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales (FDyCS- UNC). Maestranda en Sociología en el Centro de Estudios Avanzados de la UNC. Becaria de la Secretaría de Ciencia y Tecnología (SECYT) de la UNC por el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS)- FDyCS- UNC. E- Mail: nerealucreciajodor@hotmail.com

³ En 1987 CALDERÓN y JELIN crearon una clasificación de los movimientos sociales latinoamericanos, dentro de ella distinguieron a los movimientos “femeninos” y “feministas” sosteniendo que tales categorías eran más bien teóricas ya que hacia

gubernamentales podría estar haciendo palpable o no, una posible ruptura con el orden patriarcal, dejando entrever como resultado una especie de equivalencia e integración –de las mujeres- a los espacios políticos de la sociedad civil. Siendo todo ello operable a partir de la conformación y re significación de identidades, roles y estatus asignados a las mujeres que son actuados y practicados en pos de la modificación estructural.

Avanzada la lectura, recopilación y selección bibliográfica que dio cuenta sobre la discusión teórica existente en el área de investigación, la hipótesis de trabajo fue enriquecida sumando la posibilidad de una apropiación del lenguaje de derechos humanos por parte de las mujeres –individuos- y de los colectivos –organizaciones- como un discurso que apunta a la modificación estructural; específicamente a la modificación del sistema jerárquico y dicotómico de sexo género, planteando así, nuevas formas de participación ciudadana de las mujeres. Todo ello sin dejar de considerar que esta situación podría converger en un eventual encorseta-

adentro del campo social los unos se permeaban con los otros. (CALDERÓN, Fernando & JELIN, Elizabeth. “*Clases y movimientos sociales en América Latina: perspectivas y realidades*”, Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), Buenos Aires, 1987, p. 33-34). A los fines de la investigación tal distinción fue retomada y completada, sustituyendo la denominación “femeninos” por “de mujeres”, entendiéndose que se aglutinan bajo esta categoría aquellos movimientos que nacen y organizan sus demandas en torno a una problemática concreta que se corresponde con un tiempo y espacio social determinado, cuya principal característica es que son encabezados y liderados por mujeres. Estas mujeres principalmente desempeñan un rol de cuidado en el espacio público direccionando las actividades, reivindicaciones y derechos que defienden desde las organizaciones emergentes en algunos casos a perpetrar y en otros a re-significar los roles y construcciones sociales que existen sobre la mujer. Lo más característico es que esta última posibilidad de direccionamiento de la acción no es el principal objetivo sino que viene por añadidura, más bien porque se permean de las luchas de otras organizaciones y movimientos específicamente “*feministas*” que ponen sobre el tapete la cuestión cultural.

En esta línea, la diferenciación entre los movimientos “*feministas*” de los antes descriptos, viene dada por la expresa especificidad de sus demandas. Estos movimientos y sus organizaciones emergentes direccionan la lucha a garantizar y hacer efectivos los derechos de las mujeres como por ejemplo el derecho a decidir sobre el propio cuerpo, la salud sexual y reproductiva, el abolicionismo o su contracara el reconocimiento del trabajo sexual, la erradicación de la violencia relacional, social e institucional contra las mujeres, entre otros. El conflicto aquí no se corresponde con un tiempo y espacio determinado, sino más bien con una construcción cultural dicotómica moderna que debe ser desmantelada.

miento de la ciudadanía femenina dentro de ciertos espacios políticos de la sociedad civil como son las organizaciones no gubernamentales.

Dentro de este contexto de investigación fijado espacialmente en la ciudad de Córdoba- Argentina y temporalmente en el período 1999-2015, el presente texto busca retomar algunas discusiones teóricas que dan lugar a la construcción de los conceptos: *desigualdad* y *exclusión social*. Invitando a reflexionar abiertamente desde esta perspectiva sobre: ¿cómo se delimita al sujeto ciudadano dentro de nuestros actuales Estados de Derecho?, en otras palabras ¿Quiénes son ciudadanos en dichos contextos?; correlativamente ¿quiénes establecen el acuerdo comunicativo que define el plexo de derechos del que todo ciudadano debería gozar?; y finalmente a ¿cuáles derechos acceden efectivamente en la realidad los individuos? La propuesta relaciona estos interrogantes con los términos *desigualdad* y *exclusión social*, hacia el interior del movimiento de mujeres entendido como un espacio social donde las diferentes posturas teórico- prácticas del feminismo conviven, se tensionan y se reconstruyen constantemente.

2. MODERNIDAD: LA IGUALDAD QUE INSTAURA LA UNIVERSALIDAD HOMOGÉNEA.

TOURAINÉ a lo largo de su obra denunciado el olvido del sujeto individual y la urgente necesidad de su retorno, su reencuentro con sí mismo y con su entorno, su reidentificación a partir de la unión de los mundos simbólicos y técnicos que fueron separados por la modernidad y la creciente universalización homogeneizadora⁴.

La modernidad aquí es tomada como un ideal de lo social, que afirma la igualdad de los sujetos/individuos estableciendo una *universalidad* que borra por completo las diferencias entre los sujetos. De esta manera se oculta y silencia tras su velo a otras identidades que se convierten en subalternas. Así quien reviste la calidad de *ser humano* es titular de un conglomerado de derechos que puede oponer frente al Estado e incluso frente a otros particulares; y que al mismo tiempo los obliga para con éstos. Tal conjunto se compone de una serie de derechos civiles y políticos (Derechos de primera generación) que fueron completados a lo largo

⁴ TOURAINÉ, Alain, *¿Podremos vivir juntos?*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 9-23.

de la historia por los derechos sociales, del trabajo y la seguridad social (Derechos de segunda generación); los derechos de los pueblos, la solidaridad y el medioambiente (Derechos de tercera generación) y los recientes derechos a la información y comunicaciones (Derechos de cuarta generación). Todos ellos dentro de un ideal moderno: la *universalidad* basada, principalmente, en el valor *igualdad*. Produciendo así ciudadanos que “idealmente” son titulares de derechos que aseguran su *dignidad humana* y dando por resultado un discurso de derechos humanos que *universaliza*⁵ a los individuos y genera diferentes prácticas de tolerancia en las que las diferencias son absorbidas y ocultadas⁶. Por otra parte la implementación de este ideal moderno en diferentes puntos del mundo occidental dio por resultado diferentes *procesos modernizadores* que *situados y localizados, o sea contextualizados*⁷, en sus respectivos espacios y tiempos sociales, dieron lugar a la perpetuación o la generación de nuevas exclusiones y desigualdades sociales. Así particularmente en el ámbito Latinoamericano se generaron elites económicas y gobernantes que lograron establecerse dentro de los diferentes espacios de poder. Realidad que ha sido analizada en profundidad dando a conocer datos cuantitativos y cualitativos sobre las desigualdades y exclusiones sociales que sufren los sujetos/individuos dentro de nuestras sociedades capitalistas avanzadas y los mecanismos para paliar las mismas⁸.

⁵ TOURAINE, Alain, *Crítica a la modernidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2012, p. 319-342.

⁶ TAYLOR, Charles & GUTMANN, Amy, *Multiculturalism. Examining the politics of recognition*, Princenton University Press, New Jersey, 1994, p. 25-73.

⁷ Se hace necesario localizar y situar en los términos apuntados por María Luisa Femenías, la aplicación de teorías de origen hegemónico a problemáticas propias del Cono Sur; en esta línea de pensamiento el término “localización” será utilizado en un sentido geográfico y “situación” como condición o estado político de grupos que ostentan o pretenden un espacio público en cuanto a lo socio-discursivo. Apropiarse de una teoría implica un proceso de revalorización y producción de nuevos significados. (FEMENÍAS, María Luisa, *Feminismos de Paris a La Plata*, Catálogos, Buenos Aires, 2008, p. 39-65.)

⁸ DOMINGUES, José Mauricio, *La modernidad contemporánea en América Latina*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2009, p. 149-217.

3. DEFINICIÓN NEGATIVA DE LA DESIGUALDAD: IGUALDAD. PÉNDULO LIBERALES VS. RADICALES

Desde los comienzos de la modernidad hasta nuestros días la igualdad fue dotada de contenido por diversas corrientes teóricas. Para los *liberales* la combinación de procesos modernizadores y capitalismo a dado por resultado una mayor igualdad materializada en un conjunto de *derechos humanos* de los que toda *persona* es titular. En este sentido toda *persona es diferente y posee capacidades únicas*, una *buena sociedad* es aquella que permite el *libre* desarrollo de tales capacidades. Los *radicales críticos* sostienen que el *sistema de derechos* producto de la combinación entre el ideal moderno y el sistema capitalista ha dado lugar por una parte a un concepto y práctica de la propiedad privada, y por la otra a una *universalización ideal de derechos* que no son cien por ciento garantidos por el Estado. Tal situación, entonces, no hace más que perpetuar y ocultar desigualdades basadas en diferentes criterios (económicos, raciales, sexo-genéricos, etc.).

A partir de la década de los setenta el debate académico ya no gira en torno a dos posturas enfrentadas, a saber: si es necesario eliminar las diferencias y generar un espacio de iguales para todos los sujetos (socialismo), o, si bien hay que mantenerlas y dejar que estas se desarrollen libremente ya que son el reflejo de la naturaleza (liberalismo). Por el contrario frente a nuevos conflictos sociales, políticos y económicos la academia comienza a reconocer que ambas posturas sostienen propuestas acertadas y que la cuestión principal viene dada por procurar una equidad social y conformar sociedades más justas⁹.

Comienza a reconocerse ampliamente que el concepto de igualdad es completado a su vez por cuatro subconceptos, a saber: a) *igualdad ontológica*, las personas son consideradas seres humanos y por tanto iguales entre sí; b) *igualdad de oportunidades*, todos los individuos cuentan con las mismas herramientas y acceso a instituciones promotoras de la movilidad social (por ej., escuela) existiendo resultados disímiles según los esfuerzos y méritos de cada quien; c) *igualdad de condiciones*, corresponde al estado nivelar las condiciones básicas de cada grupo social, para que

⁹ MORA SALAS, Minor, "Desigualdad social: ¿nuevos enfoques, viejos dilemas?" en MORA SALAS, Minor, PÉREZ SÁINZ, Juan Pablo & CORTÉS, Fernando, *Cuadernos de Ciencias Sociales*, FLACSO, San José de Costa Rica, 2004, N° 131, p. 1-44.

la “vida” no se convierta en un impedimento en relación a la movilidad social; y d) *igualdad de resultados*, lo cual implica que el Estado promueva el ejercicio de la ciudadanía de cada individuo independientemente de las oportunidades, condiciones y talentos propios con los que fue dotado¹⁰.

Mora Salas establece que el límite a la desigualdad es la cuestión principal en las investigaciones sociales sobre la temática. Así la *desigualdad* es definida en *forma negativa a partir del concepto de igualdad* y la determinación de cuáles son los niveles legítimos de igualdad de oportunidades y de condiciones para determinada sociedad. En sus palabras:

“...los límites a la desigualdad social tanto como la definición de metas de igualdad a que aspira una sociedad. Por tal motivo el énfasis se desplaza hacia el tema de la igualdad de oportunidades y la igualdad de condiciones...”¹¹.

La igualdad de oportunidades es un resultado de la estructura y la voluntad individual, existiendo un marco de oportunidades ofrecidas al individuo que se corresponden con el lugar que éste ocupa en la estructura social; al mismo tiempo el individuo es un agente que tiene una voluntad propia y puede decidir qué hacer con su vida y opta entre las diversas ofertas limitadas de movilidad que la estructura le ofrece. Bajo esta óptica una política que fomenta la igualdad de oportunidades es aquella que amplía los marcos restringidos de oportunidades que tienen los sujetos.

La igualdad de condiciones implica determinar los límites de tolerancia a la desigualdad, dicho límite de tolerancia será establecido mediante un *acuerdo comunicativo* tras el velo de la ignorancia por la misma sociedad; mediante un contrato social en el que teóricamente participan todos los miembros¹². Tal acuerdo está basado en un principio positivo: *igualdad*, esto es todas las personas tienen acceso a los mismos derechos y libertades fundamentales en paridad de condiciones; y por su contracara la *desigualdad* como principio negativo, tolerable siempre que no perjudique aun más a los menos favorecidos y se tienda a reducir el número de sujetos incluidos dentro de esta categoría. De esta suerte, las desigualdades deber

¹⁰ MORA SALAS, Minor, *Ob. cit.* P. 21-22.

¹¹ MORA SALAS, Minor, *Ob. cit.* p. 25.

¹² HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la Acción Comunicativa I y II. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Taurus, España, 1999, p. 387-397.

ser *legítimas* porque no afectan el acceso a bienes sociales básicos a los más desfavorecidos; y *funcionales* ya que su existencia permite generar recursos necesarios para garantizar el máximo nivel de bienestar político, social y económico de las personas desfavorecidas.

Este modelo teórico de la *igualdad/desigualdad* como principios del acuerdo comunicativo, concibe a la sociedad como un sistema de relaciones entre individuos - individuos; estructuras- estructuras; y estructuras- individuos. Dentro de tal contexto es imposible que los grupos o colectivos y los individuos dejen de lado sus intereses tras el velo de ignorancia al momento de crear y consolidar el acuerdo comunicativo. Esto debido a que el sujeto individual se encuentra desgarrado por la operatividad del *ideal moderno*, no puede reencontrarse a sí mismo y unir los *mundos simbólico y técnico* dando sentido a su vida, difícilmente, entonces, tome decisiones que atraigan como consecuencia movilidad social ya que no logra sentirse un sujeto activo de la sociedad que conforma y reproduce. En otras palabras no asimila las posibilidades de cambio a nivel social y a largo plazo sino que solo busca cumplir metas a corto plazo y para beneficio individual.

4. DESIGUALDAD MULTIDIMENSIONAL

En esta misma línea Reygadas desde una perspectiva multidimensional de la desigualdad denota que desde los albores de la modernidad el concepto de igualdad no ha tenido un significado preciso; por el contrario siempre ha tenido significaciones ambivalentes que se corresponden con un devenir histórico. Articulando las ideas del apartado anterior la inquietud está dada por la combinación de políticas neoliberales y globalización, en un contexto de *modernidad tardía o baja modernidad*¹³, que puede

¹³ El primer término pertenece a Anthony Giddens y el segundo a Alain Touraine ambos autores utilizan estos términos para referirse al último cuarto del siglo XX en relación a tres grandes áreas temáticas: deslocalización; confianza- riesgo; y reflexividad. Así se identifica a las sociedades de la modernidad tardía o baja modernidad como sociedades de intervención, la organización social deja de ser el reflejo de los métodos de racionalización, convirtiendo en falseable la correspondencia: división del trabajo-desigualdad- división técnica- clases sociales-. (GIDDENS, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, Alianza Universidad, Madrid, 1993-1994, p. 15-58; y TOURAINE, Alan, *¿Podremos vivir juntos?*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 135-162).

interpretarse como el origen de una mayor igualdad o, por el contrario, un acrecentamiento de desigualdades ya producidas en etapas anteriores. Justamente el análisis de tal combinación permite entender a la *desigualdad* como el reparto real de bienes y recursos (aprehensibles materialmente o no) en forma simultánea dentro de dos esferas sociales: la estructural por un lado, y la intersubjetiva por el otro; sin perder de vista las relaciones de poder que en las disputas por aquellos los sujetos mantienen¹⁴. Así la *desigualdad* no solo adopta un tinte económico sino que también entran en juego diferentes *interseccionalidades*¹⁵ como el género, la raza, la pertenencia étnica o territorial, etc. instaurándose en diferentes dimensiones, por ejemplo igualdad de derechos o de ingresos, siendo imposible lograr una *igualdad real y total* en todas las categorías. De todo ello deviene la discusión que pone en la mira cuál es la dimensión de igualdad a la que habría que darle mayor peso; y qué factores la disminuyen o acrecientan, temática de la que se han ocupado la ciencia política y la sociología.

*“...Mientras que los filósofos discuten sobre cómo debería ser el mundo (principios que deberían seguirse para alcanzar la igualdad), los investigadores sociales estudian cómo es el mundo (las características de la desigualdad realmente existente)...”*¹⁶.

Precisamente desde las corrientes sociológicas se identificaron y analizaron como causas de la desigualdad social a los recursos y capacidades que los sujetos poseen; las relaciones que entablan entre ellos; y

¹⁴ REYGADAS, Luis, *La apropiación. Destejiendo las redes de la desigualdad*, Anthopos, México, 2008, p.10.

¹⁵ El término interseccionalidad fue acuñado en 1989 por Kimberlé Williams Crenshaw, para referir al estudio de identidades subalternas y ocultas dentro un sistema social opresivo. La interseccionalidad supone que el individuo/sujeto se encuentra dominado, discriminado, oprimido por dos o varias categorías (biológicas, sociales, económicas, etc.) que se interrelacionan formando la identidad de los sujetos como sus formas de acción – reacción- interacción. En este sentido todas las interseccionalidades que sobre un individuo se atribuyen no pueden ser estudiadas por separado, ya que intrínsecamente hacen a la identidad y acción de los sujetos. Si bien los estudios feministas ya habían abordado la teoría y metodología interseccional, hoy por hoy se entiende que este giro intenta dar cuenta de la percepción cruzada o imbricada de las relaciones de poder. (VIEROS VIGOYA, Mara, La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación en *Debate Feminista*, Universidad Autónoma de México. Programa Universitario de Estudios de Género, México, 2016, N° 52, p.1-17).

¹⁶ REYGADAS, Luis. *Ob. cit. p. 13*.

las estructuras sociales. Respectivamente fueron tratadas por las teorías individualistas, interaccionistas y holistas¹⁷.

a. Individualistas: capacidades y recursos de cada sujeto

Específicamente se estudian los diferentes recursos y capacidades con los cuales “naturalmente” fueron dotados los sujetos, atribuyéndose a este hecho el origen de la desigualdad social dentro de un contexto dado. Existen aspectos individuales - internos o externos- que permitirían a un sujeto apropiarse de los recursos y bienes. Los externos son los recursos que permiten al sujeto producir o adquirir mayor cantidad de bienes; los internos refieren a las capacidades del individuo de trabajar, crear, conocer, etc.

Actualmente en las sociedades programadas estos aspectos pierden vigencia, ya que no dependen de sí mismo sino más bien del contexto, los conocimientos no se traspasan de generación en generación sino que son aprehendidos en las escuelas, tecnicaturas, etc. adquiriendo de esta manera mayor importancia la capacitación - como recurso interno- que los bienes o capital económico, ya que no pueden ser perdidos o modificados rápidamente. El conocimiento que adquiere el sujeto lo hace libre del proveedor del mismo, pero seguirá preso del capital si los recursos externos no son distribuidos de igual manera, tarea complementaria de la educativa y que siempre residirá en manos del Estado. Por otra parte cabe destacar, nuevamente, que aun cuando el Estado logre establecer un equilibrio existen otros factores como cultura, género, etnia que impiden el igual desarrollo de los sujetos en tal supuesto pie de igualdad. Específicamente el género es un tamiz importante al momento de determinar la desigualdad social; con la asimilación del sexo - dato biológico- al género- dato cultural- se ha construido un esquema simbólico en el cuál se atribuyen a mujeres y hombres determinadas tareas, profesiones, remuneración, derechos de la seguridad social y de los trabajadores diferenciados. Por tanto los procesos de apropiación de recursos no dependen solo del mérito del sujeto, sino más bien de cuestiones estructurales y culturales, localizadas y situacionalizadas en diversos contextos, y en constante interacción grupal e individual

¹⁷ REYGADAS, LUIS, “Las redes de la desigualdad: un enfoque multidimensional” en *Política y Cultura*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2004, págs. 7-25.

que deja a la vista la cooptación de las oportunidades y recursos de unos grupos en detrimento de otros.

b. Interaccionistas. Relaciones entre sujetos

Las relaciones de poder que se dan entre sujetos son el origen de la desigualdad social. Personas, cosas, conocimientos son distribuidos en una estructura social por medio de reglas específicas y bajo influencia de las distintas instituciones, todo ello en un devenir histórico y cultural común. De esta manera se crean fronteras o límites entre grupos, creando estigmas y atribuyendo cualidades a sus integrantes. Tales límites pueden darse hacia el interior del grupo (patrones/obreros); o pueden ser externos al grupo lo cual implica que son compartidos por la sociedad en su conjunto (hombre/mujer). La coincidencia de varios límites o fronteras sobre los sujetos crea estigmas y desigualdad (mujer-negra-pobre-obrera-madre). Las desigualdades se establecen por medio de estrategias político simbólicas (positivo/negativo- inferior/superior) basados en valoraciones sobre lo físico o cultural que cada grupo considera. Las desigualdades se mantienen con una cierta permeabilidad de los grupos ya sea para su ingreso o egreso, sirviendo de fundamento al juego de inclusión/exclusión. Al mismo tiempo las relaciones de poder son reproducidas por las prácticas, los grupos, y otras instituciones y estructuras sociales que a lo largo de la historia han ido cristalizando las diferencias y desigualdades sociales, haciendo de éstas una realidad tolerable. Por último la tolerancia viene dada por la legitimación simbólica y universal de los intereses particulares de un grupo determinado haciendo de la desigualdad algo normal y tolerable.

“...Entre todos ellos se dan relaciones de poder y transacciones que pueden ser inequitativas, en parte en función de los recursos y conocimientos que poseen, y en parte por las rutinas y clasificaciones, la cultura, las normas y la distribución de recursos en las que se han cristalizado relaciones y transacciones previas...”¹⁸

¹⁸ REYGADAS, Luis. *Ob. Cit.* 2, pág. 19.

c. Holistas. Estructuras que causan desigualdad

Desde una *visión económica* se cuestiona por qué algunos grupos poseen mayores beneficios que otros atendiendo a las capacidades adquiridas, las relaciones entabladas y distribución de las riquezas. La *capacidad de apropiación* de un grupo respecto de otro estará dado por las redes de conocimiento, estas representan la posibilidad del colectivo para reunir conocimiento y ponerlo en funcionamiento de manera coordinada y productiva de forma que se retroalimente constantemente; por otra parte los beneficios también provienen de una aplicación de la economía de escala que permite un margen de ahorro amplio. Otros dos factores que ayudan a determinar la mejor posición en cuanto a beneficios de ciertos grupos respecto a otros son la *innovación* y la *calidad*. La primera implica la posibilidad de amoldarse a los cambios tecnológicos y científicos con mayor rapidez que otros grupos; la segunda refiere a la calidad y capacidad para la producción y prestación de bienes y servicios de parte del grupo como así también a la posibilidad de mantener una aptitud y confianza organizacional para con los empleados y los consumidores. También influye la capacidad para *generar un efecto simbólico* sobre la imagen del producto o servicio que se ofrece, por ejemplo dos empresas pueden ofrecer exactamente el mismo producto con iguales características pero uno será más valorado que otro por el trabajo simbólico que, sobre el producto o servicio, se realizó en la mente del consumidor logrando que éste considere a un producto “mejor” que otro. Por último los grupos cuentan con medios de *destrucción* que eliminan al competidor; y medios de *transmisión* que permiten la apropiación de los canales de difusión masiva de la información. Todos estos factores determinan la capacidad de un grupo o colectivo para apropiarse de los recursos. Los Estados, las empresas, organizaciones no gubernamentales y organizaciones de base, entendidos como grupos o colectivos, deben tener en cuenta estos factores al momento de apropiarse de ciertos recursos. En otras palabras deben comprender el juego del sistema de relaciones que entre ellos se establecen sin dejar de considerar sus propias capacidades singulares.

d. Combinación multidimensional

Es necesario que toda investigación orientada hacia la desigualdad atienda al aspecto ético, esto significa que la desigualdad se da dentro de *relaciones de poder* en la que intervienen diferentes factores, entre los que se encuentran las concepciones de lo justo y lo injusto que cada persona interviniente en la relación tiene. Por tal motivo Reygadas propone una teoría sobre la “*apropiación-expropiación*”, dando cuenta de un vínculo existente entre la asignación de bienes o recursos y la legitimidad de ésta. La apropiación es una cuestión esencialmente disputada entre dos o más sujetos. Esta afirmación se basa en la posibilidad de que existan dos sujetos cuyas reclamaciones de apropiación sean contradictorias, y al mismo tiempo existan diferentes *criterios para legitimar tal apropiación*, por ejemplo: el mérito, el esfuerzo, etc.¹⁹

La legitimidad de la apropiación viene dada por las representaciones simbólicas que el grupo social considera como válidos para obtenerla. Tales criterios de legitimidad y medios válidos para la obtención de los recursos son determinados por un consenso. Éste crea una red de privilegios y prejuicios, redes materiales y simbólicas que clasifican, ordenan jerárquicamente y producen distribuciones asimétricas de ventajas y desventajas.

Desigualdad entonces, es un concepto que nace de la relación entre personas, es una construcción social histórica en la que influyen factores económicos, políticos, sociales y culturales; y que se perpetúa a través de discursos de poder que la legitiman.

5. EXCLUSIÓN /INCLUSIÓN. CIUDADANÍA

Las desigualdades reales y las pretendidas igualdades, pueden dar lugar a un juego de inclusión/exclusión de los sujetos/individuos dentro de la faz política de las sociedades contemporáneas. El concepto de exclusión social tiene un origen francés, y es compatible con sociedades que se autoreconocen como unitarias o republicanas; donde el “formar parte de lo social” refiere al ejercicio de la ciudadanía como el goce de

¹⁹ REYGADAS, Luis, *Ob. Cit.* 2 .p. 13.

los derechos sociales, políticos y civiles²⁰. Excluido o “paria nacional” es quien no ejerce o no puede ejercer su ciudadanía, ésta pena común de los excluidos comenzó a ser entendida como un proceso que daba por resultado la pérdida de la condición de ciudadano a variados grupos sociales, no solo a quienes revestían condiciones de pobres, mujeres, homosexuales, extranjeros- inmigrantes, etc.

De esta manera tanto movimientos sociales, ONG’s y el Estado a través de la puesta en marcha de políticas públicas comienzan un trabajo y disputa constante por devolverle a esos excluidos sus condiciones de ciudadanos; en algunos casos se trabaja conjuntamente y en otros se producen enfrentamientos. Así es como se origina una densidad organizacional dentro del espacio de la sociedad civil que permite la participación y experimentación subjetiva- individual de la ciudadanía a través del voluntariado. Tal espacio puede ser denominado como *sector público no estatal* compuesto por numerosos colectivos que pueden ser definidas como aquellas organizaciones “... formadas por grupos de ciudadanos en la sociedad civil, originalmente privadas pero cuya actuación ocurre como una ampliación de una nueva esfera social- pública y cuyo funcionamiento, en términos colectivos, se caracteriza por una racionalidad extramercantil, extracorporativa y extrapardidaria...”²¹. Basadas en un trabajo voluntario hacia el interior de ellas se practica: un control y presión desde la sociedad civil al Estado para la consecución de medidas concretas; la unión de sus miembros en pos de un interés común; y satisfacción de las necesidades no cubiertas por el Estado.

Primariamente en nuestro contexto social- histórico- político las acciones de este sector tuvieron por objeto a “los pobres”. Se pusieron en funcionamiento proyectos de economía solidaria donde los individuos a través del trabajo comunitario accedían nuevamente a una serie de bienes y servicios que los convertía en ciudadanos. Así mismo la implementación de “tarifas solidarias o sociales” daba la posibilidad a los excluidos de “pagar un impuesto” y “sentirse parte del sistema”, iniciativa estatal con

²⁰ KESSLER, Gabriel, “Exclusión social y desigualdad ¿nociones útiles para pensar la estructura social argentina?” en *Laboratorio Revista de Estudios sobre Cambio Estructural y Desigualdad Social*, verano 2001, Año XII, N° 24, p. 4-18.

²¹ FRANCO, Augusto de, *O Novo Partido*, Instituto de Política, Brasilia, 1997, p. 115-116 citado en BRESER PEREIRA, Luis Carlos / CUNILL GRAU, Nuria, *Lo público no estatal en la reforma del Estado*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1998, p. 46.

la que se ha logrado una mínima reinserción de los sujetos al todo social, ya que el individuo-sujeto al aportar o tributar al Estado también se “*siente*” con derecho a formar parte de él y de su vida política, en otras palabras el sujeto individual se ve investido de una ciudadanía legitimada y por ende busca participar de la vida democrática. Además también se recuperaron territorios o localizaciones, que quedaban excluidas de la ciudad, al pavimentar e instalar el tendido de energía eléctrica. Logros que son fruto de luchas entre organizaciones de base e instancias estatales (municipal, provincial, nacional). Todo ello combinado produce una consolidación de la densidad organizacional que permite el fomento en ascenso de la participación ciudadana.

En conclusión, esta versión francesa del concepto de *exclusión social* ha permitido un desarrollo y cultivo de las relaciones entre Estado y Sociedad Civil, en la búsqueda de soluciones a una serie de problemas diversos que fueron aglutinados dentro de la categoría “*exclusión*”, refiriendo a todas aquellas situaciones que generan una desigualdad cualquiera sea la dimensión a la que ésta pertenezca.

“...En resumen, en su vertiente republicana o unitaria, la difusión de la noción ha contribuido a homogeneizar situaciones heterogéneas, facilitando la implementación de políticas sociales; lograr en torno suyo el consenso de distintas reivindicaciones, articular lo social con lo político, llevando al terreno del derecho ciertas reivindicaciones sociales y contribuyendo a un interrogante sobre el rol del Estado y de otros actores sociales, debiendo no sólo asegurar las condiciones de vida de la población pobre, sino también abocarse a la lucha contra la exclusión, con las distintas facetas que ésta adquiere...”²²

6. CONSIDERACIONES FINALES: TONALIDADES FEMENINAS EN CAUSALIDAD COLECTIVA

Retomando lo hasta aquí expuesto, TOURAINE invita a los sujetos individuales a encontrarse a sí mismos y reconstruirse como dueños y actores de sus propias vidas en una sociedad programada. Sociedad que se corresponde con una *baja modernidad* en la que el proceso de división del

²² KESSLER, Gabriel. *Ob. Cit.* p. 8.

mundo racional-técnico respecto del mundo simbólico-identitario produce un desgarramiento del sujeto individual, el cual no logra reconocerse a sí mismo como actor de su vida y de la sociedad en su conjunto. Dentro de este contexto histórico actual puede identificarse a un Movimiento Social -con mayúsculas- que define cuál es el discurso en torno al cual, ya sea positiva o negativamente, giran las acciones de los *movimientos sociales, culturales e históricos*²³. El Movimiento Social define el *conflicto y el proyecto cultural*, permitiendo que los sujetos se identifiquen o no con *otros*, con quienes necesariamente deben negociar dentro de los moldes democráticos preestablecidos en miras a la institución de un *acuerdo comunicativo post-social*. En este sentido son los *movimientos culturales* los espacios colectivos donde los individuos pueden reconstruirse a sí mismos, al tiempo que la alta historicidad de las sociedades occidentales define como discurso imperante a los *derechos fundamentales* que habilitan la negociación entre los diferentes colectivos, los Estados, etc.²⁴.

Así dentro de estos grupos los sujetos individuales, en este caso *las mujeres*, ejercitan la participación y a través de ella recuperan la condición de ciudadanos en sus naciones republicanas y democráticas. Recuperan la capacidad de pensar a la sociedad y así mismas, de autoreconocerse como partes activas de un sujeto histórico; solo así se puede lograr una democracia basada en consenso y procedimientos válidos²⁵.

Bajo esta perspectiva las mujeres desde antaño han constituido un claro ejemplo de *movimiento cultural*, ya sea que sea que participen en movimientos sociales o asociaciones emergentes de éstos²⁶ convirtiéndose en espacios de participación real donde las mujeres pueden reactuar los roles y estatus asignados dentro de la estructura social; y resignificarlos

²³ TOURAINE, Alain. *Ob. Cit. 1*, p. 112-117.

²⁴ TOURAINE, Alain, *El fin de las sociedades*, Fondo de Cultura Económica, México, 2016, ps. 89-91.

²⁵ TOURAINE, Alain. *Ob. Cit. 3*, ps. 187-199.

²⁶ Las organizaciones no gubernamentales emergentes de movimientos “de mujeres” y “feministas”, son aquellas que surgieron de un necesario proceso de institucionalización/formalización jurídica en miras a la obtención de recursos materiales y humanos en un contexto de relaciones entre organizaciones pertenecientes a la sociedad civil y el Estado. Sin que dicha institucionalización/formalización jurídica implique que el colectivo deje de autoreconocerse como participantes o provenientes del movimiento que les dio origen.

con un sentido político de participación y visibilidad pública; siendo así “mujeres-madres” que están al frente de luchas por los salarios de sus hijos y maridos, “mujeres-madres” o “mujeres-matronas” que están a cargo de comedores para niños y ancianos de distintos barrios de la ciudad; “mujeres-madres-locas” que coordinan las asambleas barriales; “mujeres-madres-cabezas de familia” que constituyen emprendimientos de economía solidaria, entre muchos otros casos.

Si la desigualdad social es construida en relación y respecto de un otro; los mecanismos que la disminuyen también son y deben ser construidos a partir de relaciones sociales solidarias que reducen las desigualdades y buscan una equivalencia de oportunidades. La desigualdad y la exclusión son dos conceptos que van de la mano, ya que si entendemos por exclusión el no goce y ejercicio de la ciudadanía plena, la sola existencia de una desigualdad basada en cualquier criterio (ingresos, género, educación, etc.) entendida negativamente como el no goce ni acceso a las mismas oportunidades y condiciones de vida que todo ser humano debería poseer, impide el real acceso a los derechos humanos o fundamentales.

Proyectando los conceptos teóricos al campo social donde éstos encuentran arraigo y se materializan, es que considero bajo la categoría *movimientos culturales* a todos aquellos grupos, asociaciones, movimientos y organizaciones de base que llevan adelante luchas acopiadas bajo el valor de la *dignidad humana* dentro de una modernidad agonizante. Específicamente en el trabajo de campo durante las entrevistas a las representantes líderes de las ONG´s seleccionadas, y que conforman el universo de análisis, éstas fueron consultadas entre otros tópicos sobre: a) la relación que los objetivos y actividades de la organización tenían con el valor “*dignidad humana*”; b) sobre la posibilidad de que las prácticas organizacionales que llevan adelante pudieran ser interpretadas como un proyecto que apunta al cambio de las *concepciones y valoraciones* sociales que sobre la mujer existen; y c) qué tipo de relación tenía este proyecto con los *derechos humanos*. Todo ello con la intención de descubrir si existe alguna voluntad real tanto individual como colectiva de modificar las estructuras culturales del sujeto histórico. La mayoría de las respuestas obtenidas de las representantes líderes de organizaciones emergentes de movimientos “de mujeres” y “feministas” de la ciudad de Córdoba que obtuvieron personería jurídica durante el período 1999-2015, dejaron entrever que la lucha que llevan como estandarte gira en torno a la exigencia de cumplimiento y garantía por parte del Estado (en todos

sus niveles – nacional, provincial y municipal) del conjunto de derechos fundamentales. Lucha que busca salvaguardar los mecanismos democráticos y recursos tanto materiales como humanos que sirven para apaliar las desigualdades que sufren personas bajo la categoría *mujeres*, o bien otras subjetividades afectadas interseccionalmente como son los ancianos, niños, niñas, adolescentes, enfermos, desocupados, identidades disidentes, colectivos raciales y étnicos, etc. En ambos tipos organizacionales sus representantes líderes manifestaron que participar en tales organizaciones les ha *devuelto o despertado* su carácter de ciudadanas.

Solo a modo ilustrativo, no concluyente y utilizando nombres falsos a los fines de resguardar la identidad de quienes colaboraron en la recolección de los datos durante el trabajo de campo, transcribiré a continuación parte de la entrevista tomada a Hilda, representante líder de una organización civil que se reconoce como proveniente de un movimiento “de mujeres”, creada durante la crisis político-económica del año 2001 y que finalmente obtuvo su personería jurídica hacia el año 2008, finalizando su proceso de institucionalización. Actualmente la organización mantiene lazos con universidades públicas y privadas, otras organizaciones públicas no estatales- nacionales e internacionales-, movimientos de base, iglesias de diferentes credos y el Estado provincial. Esta vasta red organizacional en la que se ve inmersa le ha permitido crecer institucionalmente, presentar variados proyectos para la obtención de recursos y cumplir con la casi totalidad de los objetivos propuestos inicialmente por lo que hoy en día la organización ha agregado nuevas metas a su visión y misión.

“N: ehhhh ¿vos crees que esta ONG que vos estás liderando y en la cual venís trabajando proponen como un proyecto que cambia los valores y las construcciones sociales sobre lo que es ser mujer?”

H: (pausa, silencio, piensa)...como te puedo decir yo te diría que sí porque ha visto que ... así como hablamos que siempre somos taboo , taboo para eh hh enfrentar cierta situación o que veníamos de otra generación... que ya venimos con un principio todo eso, entonces yo creo que va generando a que todos jummm... empecemos a reconocer la igualdad de cada uno...que todos nos respetemos por lo que somos...N: ...¿vos crees que esto se va relacionando con derechos humanos por ejemplo? con los derechos humanos de las personas...

H: siii ...N: si ¿por qué?...H: bueno yo soy una que reniego siempre de un, de uno de los lemas de los derechos humanos ...siempre, yo

digo ese como es lo tendríamos que aprender y desglosarlo para saber por qué lo han hecho y por qué no lo cumplimos...porque dicen <los derechos humanos se basan en necesidades de las personas no en privilegios> ...pero es como que el poder (pausa) como el que está más arriba del pobre siempre ocupa el poder antes que las necesidad de la persona...entonces es (con énfasis) ese como es es como que lo tengo patentemente...me pelié hasta una época que fue del campo...porque salía a reclamar por los derechos humanos que había de tirar la leche, tirar la verdura, tira esto le den a los pobres... entonces me contestó mal uno me hicieron una nota por radio pero en ese momento explotó porque no se daban cuenta que estábamos en vivo...y me llegaban los llamados por teléfono de la, por el celular amenazándome que me calle la boca porque no era lo que... yo pensaba... yo pienso (pausa) no sé si tiene relación o estaré en el error...pero es algo que tenemos que ver porque vos has visto siempre salimos a pelear por los derechos humanos pero por ahí se olvidan que somos humanos (pausa) se olvidan que tenemos los mismos derechos el pobre como el poderoso...que el rico por tener plata no tiene más derechos que nosotros los pobres... entonces ahí esa parte , esa esa esa como es ese porque viste que los derechos humanos tienen en glosados diferentes cosas y es como que fueran los diez mandamientos...entonces ese es uno de los mandamientos de los derechos humanos que yo todavía hasta los cincuenta y siete años que tengo...no lo comprendo por qué sube al estrado un político y dice <¡sí por qué los niños son los únicos privilegiados!> en los derechos del niño...vos vas a ver los niños son los últimos...es la última oreja del tarro, <¡los derechos humanos porque sí claro la necesidad de aquel está cubierta!>, pero ¿cuándo se cubre?...cuando ya no necesitan votos, cuando necesitan que lo apoyen... entonces yo creo que ahí estemm yo creo que eso tendríamos que hacer una escuela de los derechos humanos para que vamos todos ¡ahh! (grita) a un congreso a discutirlo por qué no llevan al frente eso...”(Hilda, ONG 3, comunicación personal, 30/11/2016).

Del fragmento transcrito surge que las desigualdades sociales son creadas por los mismos sujetos en interacción intersubjetiva y estructural; y por tanto también pueden ser modificadas por ellos a través de las prácticas sociales. Esto podría significar que las mujeres al crear los movimientos y organizaciones emergentes de ellos, y reclamar el ejercicio activo de su

ciudadanía habrían logrado generar una densidad organizacional que les permite resignificar una identidad y mantenerla a lo largo del tiempo donde la desigualdad de género es extirpada poco a poco de la estructura social y del espacio cultural perteneciente a un sujeto histórico determinado.

Ahora bien, dentro del ámbito de la sociedad civil y específicamente en las redes donde desarrollan sus actividades estas organizaciones emergentes de movimientos “de mujeres” y “feministas” se generan *diferencias* a partir de la idealización o demonización de los actores (colectivos o individuales). Así por ejemplo se enfrentan algunas voces como abortistas/anti abortistas, universitarias/militantes de base, legalización del trabajo sexual/abolicionistas que al establecer distancias sociales basadas en valoraciones que legitiman o no discursos producen rupturas y acercamientos. Pese al aparente tinte desacorde que en tales redes se respira, se hace necesario hacer hincapié en la recurrencia al término *diferencias antes que desigualdad*. Creo y me atrevo a sostener que el movimiento de mujeres en un sentido amplio como aquel que aglutina bajo su estela a múltiples concepciones teórico- prácticas de la lucha femenina ha logrado hacia su interior el casi perfecto *acuerdo comunicativo post-social* donde el telón de *la tolerancia* es quitado a girones instituyendo la *diferencia* como garantía de la *dignidad humana*, como una aceptación y reconocimiento de las diferentes voces femeninas que dan lugar a ciertas disconformidades – y no desigualdades- pero que se auto limitan, permeándose las distintas tonalidades en una causalidad colectiva. De esta manera los colectivos menos favorecidos podrían estar siendo enriquecidos solidariamente por otros, ya sea con recursos materiales, humanos, conocimientos, etc. que se esparcen mediante la red sin invisibilizar ni acallar las diferencias y mucho menos ejerciendo el poder de manera capilar a través de un discurso anquilosado en un ideal *universal* compuesto por un principio de doble cara: positivamente *la igualdad* y negativamente *la desigualdad que implica exclusión*.

7. BIBLIOGRAFÍA

- BRESER PEREIRA, Luis Carlos / CUNILL GRAU, Nuria, *Lo público no estatal en la reforma del Estado*, Editorial Paídos, Buenos Aires, 1998, p. 25-56.
- CALDERÓN, Fernando & JELIN, Elizabeth. “*Clases y movimientos sociales en América Latina: perspectivas y realidades*”, Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), Buenos Aires, 1987.

- DOMINGUES, JOSÉ MAURICIO, *La modernidad contemporánea en América Latina*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2009.
- FEMENÍAS, María Luisa, *Feminismos de Paris a La Plata*, Catálogos, Buenos Aires, 2008.
- GIDDENS, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, Alianza Universidad, Madrid, 1993-1994.
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la Acción Comunicativa I y II. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Taurus, España, 1999.
- KESSLER, Gabriel, “Exclusión social y desigualdad ¿nociones útiles para pensar la estructura social argentina?” en *Laboratorio Revista de Estudios sobre Cambio Estructural y Desigualdad Social*, verano 2001, Año XII, N° 24, p. 4-18.
- MORA SALAS, Minor, “Desigualdad social: ¿nuevos enfoques, viejos dilemas?” en MORA SALAS, Minor, PÉREZ SÁINZ, Juan Pablo & CORTÉS, Fernando, *Cuadernos de Ciencias Sociales*, FLACSO, San José de Costa Rica, 2004, N° 131, p. 1-44.
- REYGADAS, Luis, “Las redes de la desigualdad: un enfoque multidimensional” en *Política y Cultura*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2004, págs. 7-25.
- _____ *La apropiación. Destejiendo las redes de la desigualdad*, Antrhopos, México, 2008.
- TAYLOR, Charles & GUTMANN, Amy, *Multiculturalism. Examining the politics of recognition*, Princenton University Press, New Jersey, 1994.
- TOURAINÉ, Alain, *¿Podremos vivir juntos?*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.
- _____ *Crítica a la modernidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2012.
- _____ *El fin de las sociedades*, Fondo de Cultura Económica, México, 2016.
- VIEROS VIGOYA, Mara, La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación en *Debate Feminista*, Universidad Autónoma de México. Programa Universitario de Estudios de Género, México, 2016, N° 52, p. 1-17.

UNA APROXIMACIÓN TRIFÁSICA A LOS CONCEPTOS DE ‘IGUALDAD’ Y ‘LIBERTAD’: ESBOZO DE UNA PROPUESTA ANALÍTICA¹

Matías Parmigiani²

Resumen: El presente trabajo, de índole netamente exploratoria, pretende ofrecer una aproximación analítica tridimensional o trifásica a los conceptos de ‘igualdad’ y ‘libertad’, abrevando fundamentalmente en lo que se ha escrito en filosofía práctica durante las últimas décadas. Mediante lo que llamaré una triple aproximación formal, sustantiva y funcional, el objetivo del trabajo consiste ofrecer un criterio clasificatorio muy general que nos permita comprender qué significan y cómo operan estos conceptos cuando ellos son invocados por ciertos actores a la hora de formular propuestas de intervención sobre la realidad social.

Palabras clave: Igualdad - libertad - faz formal - faz sustantiva - faz dinámica.

1. INTRODUCCIÓN

Los valores de ‘libertad’ e ‘igualdad’ constituyen dos de los pilares más importantes en los que descansa el Estado democrático moderno. Son ellos, además, los que, al menos desde la Revolución Francesa, han pretendido fijar, de una u otra manera, con avances y retrocesos, el norte de toda intervención práctica, forjando innovaciones institucionales en los campos de la ética, la política, el derecho y la educación. Qué elementos involucran estos valores y cómo estos podrían compatibilizarse o articularse representan cuestiones filosóficas por demás complejas, sobre las que se han ofrecido y siguen ofreciéndose numerosas respuestas, nin-

¹ Artículo recibido 09/06/2017 – Aprobado para su publicación 03/10/2017.

² Doctor en Filosofía por la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador Asistente CONICET y Profesor de la Universidad Empresarial Siglo 21. E-mail: matias_parmigiani@yahoo.com.ar

guna concluyente. En lo que sigue, propongo una aproximación analítica a estos valores movilizado por el propósito de problematizar algunos supuestos que suelen darse por sentados a la hora de encarar cualquier desafío práctico. Si muchos de los programas y propuestas que intervienen sobre la realidad social confiesan tener entre sus objetivos el de consolidar una ciudadanía ‘libre’ e ‘igualitaria’, al menos hemos de saber precisar qué significan estos conceptos antes de poder evaluar el grado de éxito o fracaso que se alcance en su implementación.

Los conceptos de libertad e igualdad poseen, como tantos otros conceptos en ciencias sociales, una irreductible carga polisémica (*cf.* PITKIN 1984, p. 452). Aquí, no obstante, más que analizar esta polisemia, quisiera situar la misma de la mano de lo que podríamos denominar tres facetas o perspectivas posibles de análisis: una faceta formal (*cf. infra, sec. 2*), una faceta sustantiva (*cf. infra, sec. 3*) y una faceta funcional o dinámica (*cf. infra, sec. 4*). Cada una de estas facetas presenta sus propias particularidades, las que a su vez generan implicancias a la hora de entender las restantes. De lo que se trata aquí, en todo caso, es de exhibir estas facetas con el objetivo de analizar filosóficamente qué se esconde detrás de los ideales de libertad e igualdad cuando ellos son invocados en el diseño de propuestas de intervención sobre la realidad social, como programas curriculares o pedagógicos, proyectos legislativos o códigos de ética profesional, por mencionar tan sólo algunos ejemplos. Procederé punto por punto en el orden expuesto, aún a riesgos de sonar un tanto artificioso o arbitrario. Como se advertirá a continuación, una parte importante de este trabajo, de corte netamente exploratorio, pretende ser una contribución al campo de la pedagogía. No obstante, confío en que mucho de lo que se diga termine por mostrar su relevancia en los campos ético, jurídico y político.

2. LOS CONCEPTOS DE ‘LIBERTAD’ E ‘IGUALDAD’ EN SU FAZ FORMAL

Según lo que asumiré en esta sección, un análisis puramente formal de un concepto consiste en poner en evidencia el tipo gramatical o lógico que lo caracteriza, cuando tal concepto es empleado en un enunciado con ciertas características sintácticas, lógicas y pragmáticas. En este sentido, un análisis formal de los conceptos de ‘libertad’ e ‘igualdad’ se diferencia de un análisis sustantivo como el que veremos en la sección siguiente en que no está interesado en definir los elementos que componen sus respec-

tivas naturalezas intrínsecas, sino, más bien, en delimitar bajo qué clases de objetos o referentes tales conceptos se dejarían clasificar. Para obtener éxito en esta tarea, pues, bastará con proceder de modo apriorístico. Las dos clases de análisis, desde ya, están vinculadas, dado que a menudo no será sencillo precisar qué elementos definen la naturaleza intrínseca de un concepto hasta tanto no seamos capaces de averiguar su tipo lógico.

Aunque el presente análisis no pretende ser exhaustivo ni mucho menos, creo que los conceptos de 'libertad' e 'igualdad' podrían clasificarse bajo las siguientes tres modalidades: como (A) *hechos o condiciones empíricas*³, como (B) *formas o modos de trato* y como (C) *ideales regulativos*. Mientras la primera modalidad clasificatoria piensa los conceptos desde el punto de vista descriptivo, las modalidades clasificatorias restantes piensan los conceptos desde el punto de vista normativo. Veamos a continuación de manera muy esquemática en qué consiste cada modalidad clasificatoria, para luego proceder a analizar cuál es la relación que cabría establecer entre las mismas.

A. La libertad y la igualdad en tanto 'hechos o condiciones empíricas': Cuando hablamos de la libertad y la igualdad en estos términos, solemos hacer referencia a rasgos, propiedades o características de algo o de alguien que pueden ser reconocidas en virtud de la experiencia. De este modo, si x es un enunciado de tipo constativo o descriptivo sobre la libertad o la igualdad de alguien o de algo (¿acaso no hay instituciones libres e igualitarias, tanto como hay personas semejantes?), x debería poder valorarse como *verdadero* o *falso*. Muchas veces, cuando la libertad y la igualdad se comportan en nuestros discursos a la manera de hechos *o condiciones constatables*, el interés parece residir en las consecuencias que se siguen de predicar que alguien (o algo) sea libre o igual en algún sentido distintivo. El contexto enunciativo suele ofrecer la clave interpretativa, la cual a menudo tiene que ver con el modo en que la propiedad de ser libre o igual oficia de criterio

³ En terminología kantiana, podríamos llamar "ideas constitutivas" a tales hechos o condiciones, para diferenciarlos de lo expresado en el punto (C) que sigue a continuación (al respecto, véase Williams 2004, p. 68). De todos modos, como para Kant el concepto de libertad no podría constituir de ninguna manera una idea constitutiva, he preferido inmunizar esta exposición de cualquier connotación semejante.

indispensable para acceder a ciertos derechos, prestaciones, obligaciones, e incluso también para soportar ciertas cargas. Así, por ejemplo, usualmente decimos que sólo los individuos libres —no coaccionados, por caso— son responsables de sus actos y deben soportar ciertas consecuencias normativas, como sanciones penales o reproches morales. De manera semejante, cuando afirmamos que dos individuos están igualmente capacitados para realizar ciertas tareas —esto es: que son iguales en tal sentido—, sostenemos al mismo tiempo que ninguno de ellos podría ser excusado de ciertas responsabilidades (las que acompañan al desempeño de un rol o tarea, digamos) o excluido de ciertos beneficios (los que se siguen de cumplir cierto rol o tarea) en beneficio de la otra parte, sin mediar al menos una razón apremiante.

B) La libertad y la igualdad en tanto ‘modos o formas de trato’:

Cuando hablamos de la libertad y la igualdad en estos términos, solemos referirnos a ellas como exigencias, asunciones o postulados de aproximación a los otros (personas e instituciones) que “deberían” estructurar o regir nuestras relaciones mutuas. Por eso decimos que la libertad y la igualdad son pensadas aquí en tanto conceptos normativos. En otras palabras, considerar a un agente como ‘libre’ o ‘igual’ no consiste en constatar nada sobre su persona, sino en tratarlo *como si* determinados rasgos, propiedades o características (definitorias de la libertad y la igualdad, hemos de suponer) estuvieran en ella presentes. Según comprobaremos en unos instantes de la mano de algunos ejemplos, dicho tratamiento puede resultar *confirmatorio* de ciertas características, como cuando tratamos *como si fuera libre* a un hombre que no fue apremiado por circunstancias de fuerza mayor y actúa, en este sentido, de manera *verdaderamente libre*. Pero este tratamiento también podría prodigársele a algunos niños, a ciertos animales no humanos, o aún a determinados seres humanos que adolezcan de ciertas discapacidades cognitivas o no se hallen en las mismas condiciones electivas que un individuo completamente racional. Con el concepto de ‘igualdad’ sucede algo similar. Tratar a dos adultos completamente racionales *como si fueran igualmente racionales* significa tratarlos de un modo que resulta *acorde a sus capacidades iguales*, mientras que tratar a un niño como si tuviera

las mismas capacidades racionales que un adulto, cuando éste no es el caso, significa tratarlo *como si fuera igual* a un adulto.

C) La libertad y la igualdad en tanto 'ideales regulativos': Desde el punto de vista normativo, hay una segunda acepción de los conceptos en cuestión que debe ser diferenciada claramente de la primera, incluso siendo verdad que en algunas circunstancias ambas tienden a confundirse.⁴ Un 'ideal regulativo', del mismo modo que un 'modo de trato', nos compele a tratar a ciertos agentes (individuos e instituciones) de tal o cual manera, lo que involucra un indudable elemento normativo. Sin embargo, en contraste con los modos de trato, los ideales regulativos parecen fijar objetivos o fines de largo alcance, para cuya prosecución puede resultar recomendable, y hasta necesario a veces, implementar modos de trato diversos. Hay quienes sostienen que la libertad o la igualdad, en tanto verdaderos ideales regulativos que han de gobernar nuestras prácticas institucionales, sólo resultan compatibles con modos de trato libres e igualitarios, es decir: con normas de comportamiento que impongan tratar a los otros *como si fueran libres e iguales*, incluso a pesar de no ser así. Sin embargo, ésta parece a lo sumo una postura valorativa y opinable, no pareciendo contradictorio en modo alguno sostener que los ideales de libertad e igualdad podrían alcanzarse apelando a canales o procedimientos en aparente contradicción con ellos. ¿Por qué la autonomía de una persona, si este ideal ha de poder plasmarse como un logro concreto, no podría alcanzarse en virtud de procedimientos heterónomos? ¿O por qué la igualdad de dos personas, si este ideal alimenta el propósito de una política pública, no habría de alcanzarse mediante formas de trato inequitativas en ciertos aspectos? En los hechos, por cierto, tal es lo que a menudo acontece. Desde luego, si la libertad y la igualdad han de poder operar como verdaderos ideales regulativos, las formas de trato que empleemos con nuestros semejantes

⁴ Al respecto, véase una vez más Williams 2004, p. 68. Williams parece suponer que el tratamiento de las personas "como autónomas", o "como si poseyeran igualmente los poderes relevantes para la autonomía", involucra la asunción de un punto de vista regulativo. Por razones conceptuales, aquí me aparto de esta equiparación, según lo explico en lo que sigue.

deberían ser *propiciatorias* de estos ideales, más que meramente *compatibles* con los mismos, o no impeditivas.

Como ya se habrá advertido, estas tres acepciones de los conceptos de libertad e igualdad correspondientes a la faz formal del análisis filosófico distan de operar como compartimentos estancos. Acabamos de constatar la tipología de relación que se instaura entre las dos acepciones normativas de los conceptos, y algo más ya tendremos ocasión de comprobar en unos instantes. ¿Pero qué hay de las relaciones que podrían establecerse entre las dos primeras acepciones, A y B? ¿Y qué hay de las otras relaciones posibles, como B y C, o A y C? De la mano de algunos ejemplos, intentaré ilustrar en lo que sigue qué se pone en juego en cada caso.

2.1. Relación A-B

Entre quienes conciben los conceptos de libertad e igualdad como ‘formas de trato’, están aquellos que los ven como exigencias aplicables con total independencia de las condiciones, capacidades, disposiciones o caracteres que presenten los individuos en concreto que resultarán sus beneficiarios. Según esta postura, pues, los hechos o condiciones no deberían jugar papel alguno a la hora de determinar cómo comportarnos en relación a los otros. Esta posición filosófica parece contar con un respaldo importante si nos centramos en la primera de las dos acepciones del concepto de «libertad» introducidas en primer término por Benjamin Constant (*cf.*: 1988) y retomadas luego de un siglo por Isaiah Berlin (*cf.*: 2014): el concepto negativo de libertad —o libertad de los modernos— y el concepto positivo de libertad —o libertad de los antiguos. Como sabemos, la libertad negativa, o libertad externa (según Kant), consiste en aquella esfera de acción individual que, mientras no genere repercusiones en terceras personas, no puede ser alterada por ninguna otra acción individual y/o estatal (*cf.*: Constant 1988, pp. 67-8). Esta acepción del concepto de libertad, piedra angular del liberalismo político, constituye hoy una imposición que recogen muchos ordenamientos constitucionales a nivel mundial, incluido el de Argentina. ¿Qué hacen, pues, normas como el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional? En resumidas cuentas, precisamente vienen a imponer modos de trato que resultan válidos más allá de quiénes sean sus destinatarios. Berlin justamente expresa que, en tanto “exigencia”, la libertad plantea la demanda de que “no se prohíba a

los hombres hacer lo que deseen en cierta esfera, *sin importar si pueden hacerlo o no*" (2014, p. 180; *la cursiva es mía*). Y aunque estas normas consagren modos de trato más interesados en sugerirnos *qué no hacer* que en ofrecer recomendaciones positivas, las implicancias de estas directivas para ciertos proyectos pedagógicos, sociales o de salud, por ejemplo, no pueden ser desconocidas.⁵

No todos, desde luego, aceptan con beneplácito este acercamiento a los conceptos en cuestión. De hecho, hay quienes impugnan esta postura por la rigidez de sus postulados. Con respecto al concepto de «igualdad», esto puede verse nítidamente de la mano de Harry Frankfurt (2006). Él piensa que el trato igualitario a dos personas distintas por parte de un tercero, si dicho trato ha de resultar respetuoso, sólo se logra tomando en consideración algunos aspectos de ellas (de sus inclinaciones, gustos, preferencias, valores; en suma: de sus identidades) que determinadas situaciones fijen como relevantes. Así, por ejemplo, tratándose de determinar cómo dividir un pastel entre dos personas, la igualdad de trato sólo estará justificada si se verifica en cada uno de ellas una necesidad de comer del pastel que sea al menos similar, en función del hambre que posean, de sus gustos por lo dulce, de sus ánimos celebratorios, o de lo que fuera (*cf.*: 2006, pp. 236-8). Por el contrario, proceder igualitariamente más allá de cualquier consideración relevante puede que termine por producir el resultado opuesto, esto es: que, en lugar de favorecer a los dos individuos, termine socavándose el bienestar de alguno de ellos. Sobre la importancia

⁵ Aunque ya tendremos ocasión de analizar qué sucede con el concepto positivo de libertad, aquí podría notarse algo cuya importancia se pone de manifiesto en contraste directo con él. Pensemos, por ejemplo, en una de las variantes de este concepto: el concepto de libertad como capacidad propuesto por Amartya Sen. Si el concepto negativo de libertad implica tratar de la misma manera a X, que no puede caminar, y a Y, que sí puede hacerlo, siendo ambos agentes igualmente libres desde este punto de vista, pues a ninguno se le prohíbe caminar (*cf.*: BERLIN 2014, p. 180), el concepto propuesto por Sen, en cambio, implica tratarlos de manera diferencial: X no recibirá un trato verdaderamente libre hasta que no sea equiparado en sus capacidades locomotoras con respecto a Y, al menos tanto como pudiera resultar humanamente posible y/o económicamente recomendable (*cf.*: SEN 2011, p. 258 y sigs.).

del concepto de ‘bienestar’ para fundamentar un proyecto pedagógico consistente ya nos detendremos oportunamente (*cf. infra*).⁶

2.2. Relación B-C

Entre quienes entienden los conceptos de ‘libertad’ e ‘igualdad’ como ‘formas de trato’, no siempre resulta sencillo determinar quiénes lo hacen porque conciben estas formas de trato al servicio de ciertos ideales regulativos y quiénes lo hacen con total independencia de ello. John Rawls, por ejemplo, quien concibe la idea de justicia precisamente como una suerte de ideal o criterio regulativo capaz de establecer en qué medida la estructura básica imperante en ciertas sociedades resulta censurable, no suele ser lo suficientemente explícito a la hora de aclarar si la consideración de los otros como personas libres e iguales que se plasma en dicho ideal debe comprenderse como uno de sus rasgos constitutivos y no más bien, o al mismo tiempo, como un medio para aproximarse a él. No hay dudas de que, tanto en la *Teoría de la justicia* como en algunos textos complementarios a esta obra, el tratamiento de los otros como personas libres e iguales —esto es, como personas dotadas con la capacidad de poseer un sentido de la justicia y de aceptar los términos que definen la cooperación social, así como con la capacidad de poseer una concepción del bien que

⁶ Con respecto al concepto de ‘libertad’, un ejemplo de esta relación de dependencia aparece en el tratamiento que realiza Philip Pettit en *Una teoría de la libertad*. En contra de la teoría que entiende la libertad como control volitivo, e incluso en contra de la teoría de la libertad como control racional, Pettit defiende un concepto “discursivo” de libertad, por ser el único que, a su juicio, es capaz de fundar una teoría de la responsabilidad normativamente atractiva. Según Pettit, lo que no alcanzan a hacer las dos teorías por él criticadas es ofrecer una explicación fehaciente de por qué decimos que alguien que sufre la amenaza de un atracador, por ejemplo, no debe ser considerado completamente responsable de ceder a sus deseos, si finalmente sucede que aún él conserva ciertos márgenes de control racional y volitivo a la hora de tomar una determinación (*cf. 2006*, p. 143). Puesto que para Pettit la libertad es algo que se ejerce cuando los otros nos integran en un proceso discursivo amistoso y nos reconocen como individuos con los que merece la pena contar, habrá responsabilidad si y sólo si estas condiciones o ‘modos de trato’ están garantizados (*cf. ibid.*, p. 142). Ahora bien, tales modos de trato aparecen condicionados por la constatación de una doble capacidad, a saber: la de raciocinio y la de relación, entendiendo por esta última la capacidad de discurrir y participar en aquellos discursos que justamente permiten llevar a cabo unas relaciones discursivo-amistosas (*cf. ibid.*, pp. 138-9).

puede perseguirse y revisarse (*cf.* Rawls 2004, pp. 43-50) —expone como pocos otros rasgos la naturaleza de lo que Rawls denomina una ‘sociedad bien ordenada’ [*a well-ordered society*] (*cf.* GARGARELLA 1999, p. 35). Lo que no es claro, sin embargo, es si semejante tratamiento también resulta recomendable en regímenes que distan de parecerse a esta sociedad ideal. En *Teoría de la justicia*, el propio Rawls sugiere que su teoría —al menos la parte ideal de la misma, pues también habría una segunda parte, denominada “teoría no ideal” de la justicia (*cf.* 1971, # 39) —no sería apta para lidiar con regímenes flagrantemente injustos. Así, prácticas como la servidumbre, la esclavitud o el paternalismo, que en modo alguno resultan defendibles según la teoría ideal, podrían ser toleradas en ciertas circunstancias históricas con vistas a evitar males mayores. Como sea, lo cierto es que, más allá de cómo nos toque lidiar con los seres humanos en ciertas circunstancias, el ideal regulativo pergeñado por Rawls no parece recomendar (o desaconsejar) de por sí ninguna forma de trato característica.

Dejando atrás a Rawls, hay filósofos para quienes no parece haber más ideales regulativos que los que se desprenden de ‘formas de trato’ libertarias o igualitarias. Los profesores de la Universidad de Lovaina, Jan Masschelein y Maarten Simons, por ejemplo, cuya propuesta ya analizaremos con cierto detalle, parecen situarse justamente entre ellos (*cf. infra, sec. 3*). También hay filósofos que, reconociendo la diferencia existente entre la naturaleza regulativa de estos conceptos y la naturaleza conductual, creen que sólo un tratamiento libre e igualitario puede propiciar una sociedad libre e igualitaria. Entre nosotros, sin ir más lejos, C. S. Nino supo expresar esta idea en numerosas ocasiones (*cf.* 1989, pp. 75-89; 2007, pp. 282-300), y así también parecen haberlo hecho filósofos como J. Habermas (2003) o K. O. Apel (1999). Si bien aquí no disponemos de espacio para reconstruir cada uno de sus argumentos, podría decirse de manera un tanto simplista que el concepto sobre el que usualmente ellos descansan es el de ‘auto-contradicción performativa’. De acuerdo a estos autores, dado que la práctica social del discurso representa el lugar privilegiado en el que los principios y normas de la moral, la política y el derecho obtienen su fundamentación, pues se trata del espacio eminente (aunque tal vez no el único) en el que a cada uno de nosotros, actuando *qua* razonador práctico, se le regala la posibilidad de descubrir, justificar o censurar cualquier propuesta normativa con pretensión de validez general (*cf.* NINO 2007, cap. III), quienquiera se implique en esta práctica deberá asumir que los otros implicados no sólo gozan de la misma *libertad* que

la suya para realizar propuestas normativas, sino que ellas merecen *igual* consideración y respeto. Implicarse en la práctica y desconocer cualquiera de estas presuposiciones supone, en opinión de estos autores, incurrir en una contradicción performativa, pues mediante el acto se niega lo que por otro lado se asume (*cf.*: NINO 1989, p. 86).

En los planteos de Apel y Habermas, las prácticas discursivas habituales, cuando tienen la bondad de generar resultados atractivos en términos de verdad o validez, simplemente lo hacen porque vienen a anticipar de modo imperfecto lo que sucedería en ‘comunidades ideales de comunicación’ o ‘situaciones ideales de habla’, en las que se supone que los hablantes son capaces de llegar a consensos universales y definitivos nada más que sobre la base de la coerción incoercitiva que ejercen los mejores argumentos. Nadie sería verdaderamente *libre* o *igual* más que en estos escenarios utópicos. Ahora bien, para que tales escenarios se nos ofrezcan como “suposiciones idealizantes”, para emplear una expresión de A. Wellmer (1994, p. 106), esto es, como ideales regulativos capaces de guiar la práctica de la comunicación cotidiana, una serie de presuposiciones anticipadoras habrán de fijarse como sus principios rectores. Entre varias de las que menciona Habermas, está la idea de que a todo participante de una discusión debe concedérsele las mismas oportunidades para expresarse sobre una materia (“*igualdad* en el ejercicio de las facultades comunicativas”), como asimismo la idea de que la comunicación debe estar *libre* de cualquier tipo de restricción (“carencia de coacciones”) (HABERMAS 2003, p. 56). Aún si nunca pudiéramos olvidar que “el círculo de participantes está compuesto de forma altamente selectiva, o que una parte está privilegiada frente a la otra por lo que concierne al margen comunicativo” (*Ibid.* 2003, p. 57), Habermas sostiene que estas consideraciones deberían hacerse a un margen al servicio de aquellas presuposiciones, que son las únicas que poseen la *eficacia operativa* necesaria para lograr una comunidad discursiva más libre y más igualitaria (*Ibid.* 2003, p. 57 y sigs.).

Desde luego, no todos están convencidos del carácter contradictorio que cabría constatar en los intentos de propender a ciertos ideales regulativos mediante procedimientos que resulten *prima facie* incompatibles con ellos. Curiosamente, Immanuel Kant, el gran defensor del ideal regulativo de ‘libertad’, y a quien bien podríamos considerar como la fuente que ha inspirado las propuestas de Rawls, Nino, Habermas y Apel, expone en su *Pedagogía* una idea que se sitúa en las antípodas de lo que estarían dispuestos a admitir muchos de sus seguidores. Aunque la libertad o au-

tonomía del ser humano aparece definida allí como el valor supremo que debería gobernar la práctica pedagógica, Kant reconoce 'modos de trato' como la 'disciplina', el 'cultivo' o el 'trabajo', por ejemplo, a los que no sólo no considera incompatibles con procurar este valor supremo, sino que estima ni más ni menos que como sus condiciones necesarias. Si no se destierran los rastros de animalidad en el ser humano, si no se impide que "la animalidad se extienda a la humanidad" mediante "la sumisión de la barbarie", decía Kant en la *Introducción* a esa obra (2003, p. 38), aquel ideal se hará de imposible consecución. La educación, pues, abarca estas múltiples etapas: las que conforman lo que Kant denomina "la parte negativa" y tienen por objetivo impedirle al hombre que se aparte "de su destino, de la humanidad" (*ibíd.*, p. 30); y las que intervienen en "la parte positiva" o "instructiva", destinadas a hacer del hombre un ser *moral*, esto es, *auténticamente libre* (*cf. ibíd.*, p. 30 y sigs.).⁷ Por otro lado, si obser-

⁷ Hay un argumento de inspiración rousseauiana que en cierto sentido guarda un parentesco con el anterior. Según el mismo, cabría distinguir en el ser humano dos clases de "yoes": un yo "empírico", irracional y sometido a los dictados de las pasiones, y un yo "verdadero", el único yo auténticamente libre, por tener la racionalidad suficiente que le permite determinar qué es bueno para él. Muchas formas de despotismo ilustrado se han servido de esta distinción para justificar 'modos de trato' coactivos, bajo la premisa de que "la coacción a través de la razón no es coacción", ya que "forzar a las personas a obedecer sus mandatos es forzarlas a actuar racionalmente, facilitar la satisfacción de sus necesidades verdaderas y reales (incluso si, en sus momentos de conciencia, lo rechazan con violencia) y, por lo tanto, hacerlos libres" (BERLIN 2014, p. 144). El argumento, por cierto, no parece contradictorio. Sin embargo, el hecho de que no lo sea no significa que no encierre otras debilidades, empezando por su dudosa concepción metafísica del "yo verdadero". Para una crítica en este sentido, véase Berlin 2014, p. 144 y sigs. En *Sobre la libertad*, el propio Mill parece apoyar un argumento semejante cuando se trata de lidiar con los menores de edad o con lo que allí denomina "naciones nacientes y atrasadas, en las que la raza debe ser considerada como menor de edad" (2006, p. 30). En estos casos puntuales, sostiene Mill, el principio del daño no se aplicaría. De hecho, cuando Mill formula su doctrina liberal, se cuida de decir que la comunidad contra cuyos miembros no es lícito que se use la fuerza para impedirles perjudicar a otros debe ser una comunidad *civilizada* (*cf.* 2006, p. 30), restringiendo en grado sumo el ámbito de validez de su principio. En lugar de apoyarse en la distinción «yo empírico-yo verdadero», Mill descansaría aquí en una distinción que puede suscitar tantas objeciones como la anterior, a saber: la distinción entre 'comunidades bárbaras' y 'comunidades civilizadas'. Por lo demás, esta distinción tampoco es de utilidad cuando se trata de determinar cómo hemos de comportarnos en relación a individuos 'civilizados' que habitan comunidades 'bárbaras', siendo que tal posibilidad parece resultar desde el punto de vista empírico perfectamente concebible.

vamos el modo como Kant describe el carácter coercitivo del Derecho en su *Metafísica de las costumbres*, adjudicándole la función de operar como un obstáculo a lo que sea que impida la libertad del ser humano acorde con leyes universales de la razón (*cf.*: 2005; 6:231), llegaremos fácilmente a la conclusión de que la libertad —en este caso *externa*— es posibilitada apelando a vías o modos de trato *no libertarios*. Desde luego, Kant sostiene que es el propio principio de contradicción el que, conectado al Derecho, le ofrece a éste una autorización para coaccionar a todo aquel que lo infringe (*cf.*: *ibíd.*).

2.3. Relación A-C

En cuanto a la relación entre el primer y el tercer aspecto significativo de los conceptos, comencemos refiriéndonos de modo muy esquemático a la idea de libertad tal cual Kant la concibiera, pues resulta un caso realmente paradójico. En la *Fundamentación*, Kant presenta la idea de libertad bajo dos modalidades distintas, siempre en relación al concepto de voluntad: en su faz negativa, ‘libre’ es la denominación que recibe la voluntad cuando ella se mueve a la acción con independencia de todo hábito e inclinación natural (*cf.*: 2003; 4: 446); en su faz positiva, en cambio, ‘libre’ se llama a la voluntad que se ha vuelto ‘autónoma’, esto es, que ha adquirido la propiedad de ser una ley para sí misma, lo que ocurre cuando la acción es determinada exclusivamente por el respeto a la ley moral (*cf.*: 2003; 4:447). Todo esto implica que, para Kant, las acciones auténticamente morales son aquellas que se realizan por amor al deber y no por inclinaciones inmediatas o mediatas, como el egoísmo, el temor a la sanción o la sed de obtener la aprobación ajena, incluso si estas acciones resultan *conformes* al deber moral (*cf.*: GUARIGLIA Y VIDIELLA 2011, p. 103). Más aún, puesto que Kant entiende la libertad como un postulado trascendental de la razón y no como un concepto que admita de pruebas empíricas, la pregunta por qué acciones resultan auténticamente libres queda relegada como un asunto puramente especulativo (*cf.*: 2003; 4:454). Ahora bien, siendo esto así, ¿qué se sigue? ¿Que un valor como el de la libertad nunca podría *plasmarse* en el mundo? No, lo que simplemente se sigue para Kant es que un valor como la libertad nunca podría *verificarse* en el mundo, que es algo muy distinto. Por cierto, en la fórmula aquí empleada, ‘A’ equivale a una condición o hecho empírico, lo que no tiene equivalente

en la filosofía práctica kantiana. No obstante, si tomamos el recaudo de advertir que la libertad en tanto consecución efectiva, es decir, en tanto “causalidad de la voluntad por leyes de la razón”, según Kant lo hubiera puesto, captura en lo fundamental el aspecto de logro o realización que aparece como una de las tantas acepciones posibles contenidas en la primera modalidad del concepto, tal vez podría comenzar a entenderse en qué sentido A y C, también en Kant, estarían llamadas a trabajar juntas.

Según decía, el modelo kantiano de la libertad resulta paradójico, entre otras cosas, porque no permite vislumbrar fácilmente cómo sería un programa práctico de intervención sobre la realidad social que resulte medible en el tiempo. En este sentido, contrasta con los distintos modelos de éticas empíricas que han sido propuestos a lo largo de la historia, comenzando por las éticas de la virtud o caractereológicas, pasando por las éticas consecuencialistas y utilitaristas, y culminando con aquellas éticas de fundamentación no ya empírica sino trascendental pero que, obrando a la manera de Habermas, Apel o Rawls, han sabido purgar a la ética kantiana de sus fundamentos metafísicos, tornándola más aplicable. Nada de esto significa, desde ya, que la ética kantiana no tenga nada que aportar a un programa de intervención así concebido. Por caso, dado que para Kant sí resulta posible precisar cuándo no hay libertad (por ejemplo, sencillamente no la hay cuando se incumple con la ley moral), como así también cuáles son las condiciones cuya eliminación resulta imperiosa para su consecución, la implementación de un programa práctico podría tomar todo esto en cuenta, tal cual lo ponen en evidencia las sugestivas recomendaciones contenidas en su *Pedagogía*. Ahora bien, a la hora de realizar un seguimiento o medición específicos de los supuestos éxitos o fracasos de un programa, parecería que los otros modelos éticos se encontrarían mejor predisuestos.

En cuanto a la idea de ‘igualdad’, resulta muy ilustrativo repasar lo que dice B. Williams en el ensayo titulado precisamente “The Idea of Equality”. Williams reconoce, en efecto, dos conceptos de ‘igualdad’: un concepto que se plasma en enunciados de hecho [*statements of fact*], como cuando decimos que las personas *son* iguales, y otro concepto que se plasma en enunciados sobre principios o metas políticas [*statements of political principles or aims*], como los que dicen que las personas *deben ser* iguales, suponiendo que de hecho no lo sean. Aquí, lo relevante es el modo en que ambos conceptos pueden ser combinados, pues a menudo la meta u objetivo político invocado por la idea de igualdad —constata

Williams— se describe como el que tiende a asegurar un estado de cosas en el cual las personas *sean tratadas como* [*treated as*] los seres iguales que en efecto ya son, cuando ese no llega a ser el caso (*cfr.* 2005, p. 98).

Aunque el análisis de Williams parece ignorar la segunda modalidad de los conceptos expuesta anteriormente, nótese con cuánto protagonismo ella alcanzaría a plasmarse en esta combinación. Curiosamente, el objetivo buscado —la igualdad— se materializa como un hecho —nuevamente, la igualdad— cuando cierta modalidad de trato se impone entre los seres humanos. Como podrá apreciarse, la segunda modalidad del concepto no sólo no está ausente en la reconstrucción propiciada por Williams, sino que las dos modalidades restantes parecerían remitir a aquella ni más ni menos que como diversos momentos de su propia trayectoria práctica. ¿Significa esto que la triple distinción que aquí he abrazado corre el riesgo de tornarse superficial o distorsiva? De ninguna manera. Para que ello ocurra, primero debería demostrarse que toda igualdad resulta reducible a una forma de trato. Sin embargo, semejante pretensión parece resultar al menos excesiva. Los ejemplos abundan. Toda vez que se trata de seleccionar a los individuos mejor dotados para desempeñar un cargo u oficio en la administración pública, pongamos por caso, tarea que suele ser de la mayor importancia política, la igualdad de trato no se verá justificada a menos que responda a una igualdad de capacidades, talentos o desempeños previamente demostrados por parte de los candidatos. Y es esta clase igualdad, fácticamente constatable, la que condiciona tanto en ésta como en muchas otras situaciones la justicia de ciertas modalidades de trato igualitarias.

3. A PROPÓSITO DE LA NATURALEZA INTRÍNSECA DE LOS VALORES: LA FAZ SUSTANTIVA DE LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD

Definir el significado de un concepto desde el punto de vista sustantivo implica asignarle una serie de notas o propiedades distintivas que no podrían estar ausentes so pena de desdibujar el significado del concepto en cuestión, independientemente de cómo se deje clasificar dicho concepto desde el punto de vista formal.

A lo largo de la historia del pensamiento occidental, los conceptos de libertad e igualdad han recibido cientos de definiciones discordantes. Por caso, con respecto a la libertad, entre aquellos que piensan en ella como

un hecho o condición constatable, hay quienes la imaginan como la mera ausencia de impedimentos externos que condicionan la voluntad; hay otros que la imaginan como la concordancia de la voluntad con los dictados de la razón; y aún están aquellos que la ven como una suerte de conjunción entre ambos requisitos, sin contar a los que, inspirados en filósofos como Aristóteles, piensan en ella en términos de disposiciones, virtudes o capacidades. De manera análoga, si tomáramos cualquiera de las otras dos acepciones formales del término, veríamos que hay tantas definiciones sustantivas como compromisos valorativos y metodológicos se hallen en juego. Por su parte, entre aquellos que piensan en la igualdad como un hecho o condición constatable, hay quienes le otorgan una connotación netamente económica (igualdad de renta, igualdad de ingresos, etc.), mientras que hay otros que piensan en ella en términos de oportunidades, o aún de capacidades y disposiciones (al respecto, véase Sen 2011, p. 321 y sigs.). Por supuesto, lo mismo sucede si tomamos las otras dos acepciones formales del término. Puesto que abarcar semejante multiplicidad de conceptos resultaría una pretensión irrisoria, en esta sección quisiera guiarme por el propósito bastante más modesto de analizar la faz sustantiva de los conceptos de libertad e igualdad atendiendo fundamentalmente a lo que en los últimos años han expresado algunos importantes pedagogos y filósofos de la educación.

Comencemos centrándonos en el valor de la igualdad, para lo cual retomaré las ideas de J. Masschelein y M. Simons que había alcanzado a anunciar en la sección anterior (*cf. supra*). En “El odio a la educación pública”, los autores analizan un comunicado redactado por los ministros de los 46 países que integran el Proceso de Bolonia, en el cual se expresa que Europa sólo puede tener éxito si “se maximizan los talentos y capacidades de todos sus ciudadanos y se compromete plenamente con la educación permanente”, lo cual implicaría justamente desarrollar “las competencias que se necesitan en un mercado laboral cambiante” (2011, p. 309). En Bélgica, basándose en este informe, los integrantes de la Comisión Monard desarrollaron en el 2009 un documento que fija como objetivo global de las reformas educativas a implementarse en los próximos diez años el de “entrenar a cada joven según sus talentos y capacidades” en un esfuerzo por alcanzar la equidad de todos, más allá de la clase social de la que provengan. “El objetivo —escriben Masschelein y Simons— consiste en solucionar el problema de la desigualdad social basada sobre el origen sociocultural y económico a través de una política de *igualdad*

de oportunidades” (*ibíd.*, p. 316) Ahora bien, ¿qué significado le dan los redactores del informe a la expresión “igualdad de oportunidades”? En pocas palabras, el de posibilitar que los jóvenes puedan posicionarse en la escala social desarrollando aquellas competencias y talentos que mejor se adapten a su naturaleza (*cf.* *ibíd.*, p. 314).

Estos documentos, que podrían leerse como cartas de intención plagadas de buenas intenciones (con perdón de la redundancia), encierran en opinión de Masschelein y Simons un prejuicio o preconcepto nocivo, a saber: parten de la suposición de una desigualdad que en sí misma no está cuestionada, como tampoco lo está la jerarquía social en virtud de la cual la propia desigualdad se mide. En el Libro III de *La República*, Platón plantea lo que sería conocido con los siglos como el “mito de los metales”, una ficción destinada a persuadir a los gobernantes a detectar los talentos y/o capacidades de sus conciudadanos, provistas por la propia naturaleza. Sólo quienes llevan el oro mezclado en su ser estarían capacitados para gobernar. Quienes poseen una naturaleza de plata deben conformarse con ser auxiliares, mientras que quienes llevan hierro y bronce mezclados en su ser sólo están capacitados para la actividad rural o militar (*cf.* 415 a-417b). Pues bien, apelando a este mito, Masschelein y Simons sostienen que si de lo que se trata la actividad del educador es de detectar los talentos y capacidades diferenciales de los ciudadanos para potenciarlas en el mercado laboral, no se advierte que la misma desigualdad de la que se parte —aunque no sea económica— volverá a reproducirse en el orden social y (lo que es peor) volverá a reproducir el orden social.

Como bien podrá apreciarse, la supuesta igualdad (o desigualdad) que invocan los políticos europeos en los informes citados podría equipararse a la tercera modalidad de igualdad antes vista: la igualdad en tanto que ‘ideal regulativo’. Ahora bien, el hecho de que se rechace este concepto de igualdad (y parece haber buenas razones para hacerlo) no significa que se lo haga precisamente porque adopte el ropaje de un ideal de este tipo, pues podría ser el caso que la naturaleza de la igualdad fuera definible de un modo alternativo sin por eso perder su pretensión de regular el diseño de un programa pedagógico. Desde ya, esta no es la opción a la que recurren los profesores de Lovaina, quienes deciden apoyarse en la segunda acepción formal del término ‘igualdad’, inspirados en la filosofía de Jacques Rancière.

Mientras la tradición moderna tendió a vincular la escuela con el “tiempo de aprendizaje”, Rancière sugiere, por el contrario, que la escuela guarda vinculación con el “tiempo libre” (*cf.* *ibid.*, 324). Se enfrentan así dos modos de uso del tiempo: el de quienes están sojuzgados a las necesidades de la vida y tienen que trabajar duramente, y el de quienes están libres de las restricciones que acompañan al trabajo. Por su origen etimológico, ‘escuela’ (del griego σχολη) significa tiempo libre, descanso, demora, ocio, paz, tranquilidad. Por su propia forma espacial y temporal, la escuela no es para Rancière aquella institución en la que pueda transmitirse el conocimiento con vistas a la preparación para las ocupaciones de los adultos. La escuela es más bien el espacio/tiempo que está fuera de las necesidades del trabajo. En esto consiste precisamente su ‘libertad’, profanación del tiempo instituido. Pero si esto es así, lo que también se redefine es la idea de igualdad. La escuela ya no puede tener como objetivo una supuesta igualdad social, siendo justamente la propia escuela el canal o medio para lograrla. Ahora bien, ¿en dónde se plasma la igualdad, si es que se plasma en algún sitio? Para Masschelein y Simons, la igualdad se plasma ni más ni menos que en las formas de trato que se instituyen entre educandos y educadores, cuando ellos, por la propia estructura tempo-espacial de la escuela, son llamados a suspender los roles, las posiciones, las costumbres y ambientes particulares de los que provienen, y a exponer sobre la mesa las opiniones, discursos y puntos de vista, sin saber qué puede suceder y sin que nadie pueda reivindicar autoridad para decir qué se debe hacer basándose en una cualificación que el otro no tiene (*cf.* *ibid.*, p. 325 y ss.).

Algo similar sucede si nos centramos ahora en la idea de ‘libertad’. Antes hemos visto que el concepto de libertad encierra al menos dos acepciones: una acepción negativa y una acepción positiva. Pues bien, lo que muestran estas dos acepciones o naturalezas del concepto es que los planes pedagógicos a implementarse pueden ser muy distintos, según cuál sea la que decida abrazarse. Pensemos, por lo pronto, en el sistema público de educación. Para un Estado liberal y anti-perfeccionista —es decir: para un Estado que tiene vedado imponer por cualquier medio ideales de virtud personal o concepciones particulares del bien (*cf.* NINO 2007, pp. 204-5)—, será principalmente el concepto de libertad negativa el que operará como ideal regulativo. Esto puede hacerse, por ejemplo, por medio de programas curriculares que no sólo abracen el laicismo como principio, sino que sean capaces de crear una ciudadanía informada

y responsable, tal como sugiere Will Kymlicka en “La educación para la ciudadanía” (2003). ¿Qué hay, no obstante, de aquellos otros condimentos que son necesarios para el afianzamiento de una democracia liberal? Kymlicka destaca que el viejo ideal kantiano de alcanzar la paz perpetua incluso para una raza de demonios requiere algo más que un sistema de equilibrios y sistemas de control, tales como la separación de poderes, el federalismo o una asamblea legislativa bicameral (*cfr.* 2003, p. 343). Requiere, para decirlo en pocas palabras, de verdaderas virtudes cívicas, como la capacidad para tolerar el disenso, el deseo de participar en el proceso político, civilidad y tolerancia y un sentimiento compartido de solidaridad o lealtad (*cfr. ibid.*, p. 345). Estas virtudes, no obstante, podrían resultar anatema para ciertos teóricos liberales, pues parecen abrazar una suerte de perfeccionismo ético en pugna con el principio de neutralidad estatal que algunos de ellos propugnan.⁸

4. LA PRELACIÓN LÓGICA DE LAS IDEAS DE IGUALDAD Y LIBERTAD: ¿FINES ÚLTIMOS O SIMPLEMENTE MEDIOS PARA OTROS FINES (ULTERIORES)? LA FAZ FUNCIONAL/DINÁMICA DE LOS CONCEPTOS

Finalmente, la última faz característica de los conceptos de igualdad y libertad hace referencia al modo como operan en la práctica para vincularnos con otros bienes, valores y/o conceptos. Cuando se diseña un programa o proyecto de intervención sobre la realidad social al servicio de una ciudadanía democrática y responsable, ¿cuál es el papel que desempeñan —o deberían desempeñar— estos valores? ¿Constituyen valores o fines últimos a cuya consecución siempre debe ponerse al servicio todo valor restante o, por el contrario, poseen una preeminencia más bien de tipo relativa? La respuesta no es sencilla y las opiniones tienden a reproducirse

⁸ Qué filósofos políticos propugnan este principio y qué entienden por ‘neutralidad estatal’ resultan cuestiones en las que aquí no puedo detenerme. Lamentablemente, tampoco puedo analizar si la tesis de Kymlicka resulta incompatible o no con lo que estos filósofos sostienen. Un análisis sumamente riguroso de lo que el principio de neutralidad estatal significa en la obra de John Rawls, por ejemplo, puede hallarse en Garreta Leclercq 2007, p. 177 y sigs. Asimismo, véase el Capítulo 6 de *La justicia como imparcialidad* de B. Barry (1997), titulado precisamente “La idea de neutralidad”.

incansablemente, por lo que aquí sólo puedo ofrecer un esquema analítico muy rudimentario de aproximación.

Comencemos esta vez por el concepto de libertad o autonomía. Si equiparamos la formación de una ciudadanía democrática y responsable con la formación de individuos 'autónomos', aparecen nuevamente en tensión las dos acepciones del concepto de 'libertad' aludidas en la sección precedente: por un lado, la libertad entendida como aquel espacio de acción individual en el que nos urge "no ser molestados mientras no afectemos a otros" y, por el otro, la libertad entendida como un compromiso o interés activo volcado a resolver los problemas de la comunidad. En caso de guiarnos por la primera acepción del concepto, los planes de acción cívicos se orientarán eminentemente por el propósito de brindar aquellas herramientas o capacidades que les permitan a los individuos valerse por sí mismos, sin depender de los demás. Este ideal de autosuficiencia, desde luego, no tiene por qué negar el hecho —bien documentado por algunos pensadores comunitaristas como MacIntyre— de que, si existe, la autonomía es fundamentalmente un logro (no una condición o hecho) para el que los demás deben haber contribuido de manera esencial (*cf.* 2001). De todos modos, reconózcase o no esta particularidad, lo importante es que aparecería una paradoja: ¿por qué el Estado debería invertir cuantiosos recursos en proveer a sus ciudadanos de autonomía si, al final de cuentas, una vez alcanzada, nada habrá de comprometerlos con la cosa pública?

Con el concepto de autonomía en su acepción positiva, desde ya, tal objeción no se mantiene en pie. Sin embargo, tampoco es sencillo ofrecer una respuesta a otra clase de objeción, de auténtico cuño liberal: ¿está el Estado autorizado a exigirle a su ciudadanía formas de comportamiento virtuosas? Si los ideales de una vida feliz que adopta una persona pasan por ir al cine, viajar o seguir apasionadamente a su equipo de fútbol, ¿qué razón podría esgrimirse para obligarla a responsabilizarse por lo que sucede en su comunidad? Esto parece presuponer lo que Kymlicka ha denominado un "liberalismo integral" (2003, p. 365), o lo que Rawls ha llamado un "humanismo cívico" (1999, pp. 468-9), que no son sino posiciones muy vinculadas a ciertas formas de perfeccionismo, con todo lo que esto implica.

Pero incluso si pudiéramos zanjar esta disputa a favor de alguna de las dos posiciones, todavía restaría el problema de determinar si la noción de "autonomía" resulta una noción auto-sustentable, capaz de ofrecer la

justificación final en el diseño de un programa pedagógico o político de intervención sobre la realidad social. Y lo que cabe decir en este punto es que ni siquiera para un pensador como Joseph Raz, que ha hecho de la noción de autonomía el concepto central sobre el que gira su obra, éste sería precisamente el caso. Para Raz, por más autónoma que sea una vida, ésta no tendrá valor a menos que contribuya al bienestar del agente, el cual depende, entre otras muchas cosas, de cuáles sean los bienes y opciones que ponga a disposición su comunidad. Si el agente no tiene razones para interesarse por los bienes y opciones disponibles; si dichos bienes no le brindan oportunidad alguna para sentirse realizado, o querido, o reconocido; y, todavía más, si no existe una cultura pública que contribuya a hacer de ciertas actividades lo que dichas actividades son, con todo lo que de ello se deriva en la definición de los roles, las responsabilidades y las expectativas asignables, aunque la escogencia por algunos de estos bienes y opciones se realice de manera autónoma, difícilmente dicha autonomía represente para el agente algo valorable (*cf.* 2001, p. 129 y sigs.).

Ya para finalizar, miremos de cerca cómo opera desde esta misma faceta o faz funcional el concepto de 'igualdad'. Desde el punto de vista político ortodoxo, como bien remarcan Kymlicka y Norman, el concepto de igualdad ha remitido siempre al concepto de ciudadanía, entendido "como una manera de tratar a la gente como individuos dotados de derechos y obligaciones iguales ante la ley" (1997, p. 28). Más aún, prosiguen los autores, "esto es lo que distingue la ciudadanía democrática del feudalismo, así como de otras concepciones pre-modernas que determinaban el *status* político de la gente en virtud de su pertenencia a determinada clase, etnia o confesión religiosa" (*ibíd.*). Nótese que cuando se alude a la igualdad en estos términos, ella aparece equiparada nuevamente a la segunda acepción del término comprendida en su faz formal, es decir: como una forma o modo de trato que no parece reparar en ninguna condición o hecho antecedente. La ciudadanía, pues, es la única condición que le permite a una persona tener acceso y gozar de los derechos y bienes públicos que se le ofrecen, como la salud, el voto, la cultura o la educación, entre muchos otros.

¿Qué sucede, no obstante, cuando esos bienes no son valorados por todos los ciudadanos? Muchos ciudadanos de Cataluña, por ejemplo, miran con cierto desdén algunos de los bienes ofrecidos por el Estado español, como el derecho a elegir periódicamente a sus máximas autoridades gubernamentales, lo que se refleja en los índices de participación

política, situados por debajo de la media nacional. En algunas otras partes del mundo, como en Quebec, Flandes o la región del Véneto, los ciudadanos llegan incluso a despreciar ciertos bienes, como la lengua o la cultura mayoritaria que los acoge. Cuando no está en cuestión el derecho a la auto-determinación (esto es, a cortar todo tipo de lazo con el Estado que los recepta), lo que estas minorías reclaman es un trato diferencial que tome en cuenta sus propias particularidades o rasgos identitarios. En otras palabras, reclaman por 'modos de trato' que guarden correlación con algunas 'condiciones' o 'hechos' que resultan definatorios de sus propias identidades. En algunos casos, estas demandas se han traducido en la creación de 'bienes colectivos' financiados con fondos públicos, como los que se plasman en el derecho a recibir una educación bilingüe, a una representación política especial o a ciertas formas acotadas de auto-gobierno. ¿Pero qué sucede con la igualdad en cada uno de estos ejemplos? Ella parece remitir, una vez más y de manera semejante a como sucedía con el concepto de 'autonomía', a un valor social más apremiante: el del reconocimiento (*cf.* TAYLOR 1997, p. 293 y sigs.). Hasta que dicho valor no se vea plasmado, muchos individuos se verán impulsados a sentir que las obligaciones que se les exigen en tanto que 'ciudadanos', es decir, en tanto que ciudadanos igualmente obligados por la ley, resultarán, si no irrisorias, por lo menos bastante difíciles de justificar.

5. PALABRAS FINALES

A lo largo de este trabajo, he intentado esbozar lo que en el título llamé "una aproximación trifásica" a los conceptos de 'libertad' e 'igualdad' en ciencias sociales. Con ello, más que ofrecer un enfoque novedoso o integral—en estos vastos confines, resulta lógico que la vocación por la novedad y la integralidad suene a vana jactancia intelectual—, he intentado sistematizar, mediante una serie de fórmulas, qué podría ponerse en cuestión a nivel filosófico cada vez que estos conceptos son invocados en el diseño de políticas públicas o planes de acción tendientes a transformar la realidad social. Aunque es posible que haya fórmulas alternativas capaces de lograr el mismo cometido de manera superadora, creo que esta aproximación al menos tiene la virtud de apoyarse en mucho de lo que se ha escrito en las últimas décadas de filosofía, ofreciendo una mirada conciliadora hacia dicha producción literaria. Aquí me he centrado en los conceptos de libertad

e igualdad, pero es probable que otros conceptos y valores que ocupan un lugar central en la filosofía práctica y en las ciencias sociales admitan un análisis similar. Pienso en conceptos como los de dignidad, respeto, aceptación, tolerancia, reconocimiento, solidaridad, responsabilidad, felicidad, bienestar, justicia, memoria, cordialidad, hospitalidad, civismo, paz, y tantos otros que podríamos seguir enumerando. Si éste fuera el caso, el trabajo que ya de por sí queda pendiente sería todavía mayor. En lo inmediato, sin embargo, y en lo que a la propedéutica de este artículo concierne, la próxima tarea debería consistir en verificar la validez de una aproximación analítica así definida. ¿Hay enunciados sobre la libertad o la igualdad que se rehúsen a ser capturados en los moldes definicionales propuestos? ¿Qué otros ejemplos confirmatorios podrían citarse en apoyo de esta aproximación trifásica?

Mientras todo esto se esté llevando a cabo, suponiendo que tal cosa en efecto merezca la pena, hay un dato seguro: la producción filosófica en torno a la libertad y la igualdad seguirá incrementándose, como asimismo hará lo propio el amplio universo de prácticas interventoras ancladas en estos conceptos, como sea aparezcan definidos. Que ello ocurra, sin embargo, resulta perfectamente comprensible. La filosofía práctica tiene una indudable pretensión normativa y, en la medida en que el progreso social requiera de ella, conceptos como los de libertad e igualdad inexorablemente verán variar sus significados, a tenor de las limitaciones históricas que se impongan y de los intereses que se tornen apremiantes (*cf.* Dewey 2008, pp. 112-9). No ha sido ésta, desde luego, la pretensión del presente trabajo. Situándome en el mismo nivel reflexivo en el que suelen ubicarse la metaética y otras formas de meta-análisis, lo que aquí he intentado ofrecer es una sistematización de mucho de lo que ya se ha dicho en el plano normativo, señalando la estructura y los fundamentos, así como los contornos y los posibles andariveles por los que se desenvuelve una buena parte de nuestro discurso justificador en áreas como el derecho, la educación o la política. Recurriendo a una conocida metáfora, podríamos equiparar el propósito de este trabajo con el de clasificar las piezas existentes de un rompecabezas, más que con el de intentar añadir a ellas una pieza nueva. Si, en última instancia, este tipo de planteos están en condiciones de generar consecuencias a nivel normativo no es algo que resulte sencillo de adivinar. Y, en cualquier caso, ello nos sumiría en una discusión cuya envergadura superaría con creces el generoso espacio del que aquí ya se ha dispuesto.



Esquema general que muestra los distintos niveles del análisis trifásico correspondiente a los conceptos de ‘libertad’ e ‘igualdad’.

REFERENCIAS

- APEL, K. O. (1999): *Estudios éticos*, trad. C. De Santiago, Fontamara, México.
- BARRY, BRIAN (1997): *La justicia como imparcialidad*, trad. José P. Tosaus Abadía, Paidós, Barcelona.
- CONSTANT, BENJAMIN (1988): “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, *Del espíritu de conquista*, trad. M. M. Truyol Wintrich y M. A. López, Tecnos, Madrid.
- BERLIN, ISAIAH (2014): *Las ideas políticas en la era romántica*, trad. V. Altamirano, FCE, México.
- DEWEY, JOHN (2008): *Teoría de la valoración. Un debate con el positivismo sobre la dicotomía de hechos y valores*, trad. M. A. Di Bernardino, Ángel M. Faerna, Biblioteca Nueva, Madrid.
- FRANKFURT, HARRY (2008): “Igualdad y respeto”, *Necesidad, volición y amor*, trad. Horacio Pons, Katz, Buenos Aires, pp. 229-241.
- GARGARELLA, ROBERTO (1999): *Las teorías de la justicia después de Rawls: Un breve manual de filosofía política*, Paidós, Buenos Aires.
- GARRETA LECLERCQ, MARIANO (2007): *Legitimidad política y neutralidad estatal. Sobre los fundamentos del liberalismo*, EUDEBA, Buenos Aires.

- GUARIGLIA, O. y VIDIELLA, G. (2011): *Breviario de ética*, Edhasa, Buenos Aires.
- HABERMAS, J. (2003): *Acción comunicativa y razón sin trascendencia*, trad. P. Fabra Abat, Paidós, Madrid.
- KANT, I. (1998): *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, trad. al inglés de M. Gregor, Cambridge University Press, Cambridge.
- (2003): *Pedagogía*, trad. L. Luzuriaga y J. L. Pascual, Akal, Madrid.
- (2005): *La metafísica de las costumbres*, trad. A. Cortina y J. Conill Sancho, Tecnos, Madrid.
- KYMLICKA, W. y NORMAN, W. (1997): “El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía”, *Agora*, Núm. 7, Invierno de 1997, pp. 5-42.
- KYMLICKA, W. (2003): “La educación para la ciudadanía”, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, trad. T. Fernández Aúz y B. Equibar, Paidós Ibérica, Barcelona, pp. 341-372.
- MACINTYRE, A. (2001): *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, trad. B. Martínez de Burguía, Paidós, Barcelona.
- MASSCHELEIN, J. y SIMONS, M. (2011): “El odio a la educación pública. La escuela como marca de la democracia”, en M. Simons, J. Masschelein y J. Larrosa (eds.), *Jacques Ranciere. La educación pública y la domesticación de la democracia*, Niño y Dávila, Madrid, pp. 305-342.
- MILL, J. S. (2006): *Ensayo sobre la libertad*, trad. M. A. Lavilla Navarro, Mestas Ediciones, Madrid.
- NINO, C. S. (1989): *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (2007): *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires.
- PETTIT, PHILIP (2006): *Una teoría de la libertad*, trad. Gregorio Cantera, Losada, Madrid.
- RAWLS, JOHN (1971): *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- (1999): “The Priority of Right and Ideas of the Good”. *Collected Papers* (ed. Samuel Freeman), Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, pp. 449-472.

- (2004): *La justicia como equidad. Una reformulación*, trad. A. De Francisco, Paidós, Buenos Aires.
- RAZ, JOSEPH (2001): *La ética en el ámbito público*, trad. María Luz Melón, Gedisa, Barcelona.
- SEN, AMARTYA (2011): *La idea de la justicia*, trad. Hernando Valencia Villa, Taurus, Buenos Aires
- TAYLOR, CHARLES (1997): *Argumentos filosóficos*, trad. F. Birulés, Paidós, Barcelona.
- WELLMER, ALBRECHT (1994): *Ética y diálogo*, trad. F. Morales, Anthropos, Barcelona.
- WILLIAMS, BERNARD (2004): “En el comienzo era el acto”, en H. Hongju Koh y R. C. Slye (compiladores), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, pp. 65-77.
- (2005): “The Idea of Equality”, *In the Beginning Was the Deed. Realism and Moralism in Political Argument*, Princeton University Press, Princeton & Oxford, pp. 97-115.

A LA VIOLENCIA POR LA DESIGUALDAD. DIMENSIONES (Y OBJECIONES) TEÓRICAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO¹

*Mariana N. Sánchez Busso*²

Resumen: “*Las mujeres también son violentas*”, “*¿qué pasa con la violencia de las mujeres hacia los hombres?*”, “*la violencia hacia los hombres también es violencia de género*”, son frases y cuestionamientos que solemos escuchar frecuentemente en el discurso cotidiano, poniendo en duda el fundamento de la desigualdad en las explicaciones de la violencia hacia las mujeres. El presente trabajo discute algunas reinterpretaciones teóricas y objeciones criminológicas planteadas al fenómeno de la violencia intra-familiar de género; y refuerza y sostiene la necesidad de analizar el fenómeno de la violencia hacia las mujeres a través de la desigualdad de géneros, producto del sistema patriarcal.

Palabras claves: violencia de género - violencia intra-familiar - desigualdad - patriarcado - mujeres víctimas.

1.- LA VIOLENCIA DE GÉNERO COMO PROBLEMÁTICA SOCIAL

La violencia no es un fenómeno ajeno a nuestra realidad actual. Tampoco podemos decir que es un fenómeno nuevo o reciente. El transcurso de la historia nos muestra infinidad de hechos violentos en contextos, épocas y sociedades igual de numerosos. Curiosamente y contrario a lo que pudiera suponerse, sí en la actualidad seguimos observando una

¹ Artículo recibido 12/06/2017 – Aprobado para su publicación 08/09/2017.

² Doctora por la Universidad de Zaragoza. Magister en Métodos y Técnicas de Investigación en Ciencias Sociales por la Universidad Blas Pascal. Abogada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Adjunta por concurso en la Cátedra A de Sociología Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. E-mail: msanchez@derecho.unc.edu.ar. mariana.sanchezbusso@gmail.com

fuerte legitimación del uso de la fuerza y el poder para resolver conflictos estructurales; políticos, económicos, raciales, religiosos. La violencia ha pasado a ocupar un normalizado lugar en nuestra vida cotidiana, en parte gracias a los medios masivos de comunicación que nos bombardean con constantes imágenes de diferentes formas de violencia.

Y es que no sólo nos estamos refiriendo a invasiones armadas que derivan en guerras sustentadas por ocultos y maquiavélicos intereses. También estamos considerando esa violencia estructural, invisible, que pareciera que surge de la existencia misma de los sistemas sociales dominantes y que niega derechos y dignidad a millones de personas. Los orígenes de esta violencia suelen, a menudo, silenciarse.

Quizá éstas sean las razones por las cuales aún hoy en buena parte de nuestras sociedades se escuchan cuestionamientos, confusiones o ambigüedades en relación a un tipo específico de violencia. Una violencia con la que convivimos a diario, que se hace cada vez más frecuente, más cruel y más inexplicable: la violencia hacia las mujeres.

La violación de los derechos de las mujeres es una problemática que puede ser advertida desde siempre.³ Supone conductas que hasta hace relativamente poco tiempo eran aceptadas socialmente, que se relegaban al ámbito de la vida privada y que se ocultaban, silenciaban o se daban muy poco a conocer. Fueron los estudios feministas los que sacaron a la luz este concepto de *género* como construcción cultural; sus orígenes, y los efectos y consecuencias que de él se derivan.

Es a partir de esta construcción cultural, el género, que podemos vislumbrar a la sociedad organizada jerárquicamente en función de las diferencias sexuales entre hombres y mujeres. El género constituye una categoría social que atraviesa por entero a los sistemas sociales, resultando

³ *La dependencia jurídica, económica y social de las mujeres las han hecho históricamente subordinadas y especialmente vulnerables a la agresión masculina*, señala Hanna Binstock en *Violencia en la pareja: tratamiento legal. Evolución y balance*, Serie Mujer y Desarrollo N° 23, CEPAL, Naciones Unidas, Santiago de Chile, agosto de 1998, p. 6. Sólo nos basta recordar, agregamos, la dependencia jurídica que establecía ya el Derecho Romano en relación con la patria potestad y el poder marital. El Código de Napoleón, y los que derivaron de él -entre ellos el Código Civil de la Nación Argentina que constituye una fiel réplica- igualaba el estatus jurídico de la mujer al de los menores e incapaces. Igualmente muchas religiones consideraron -e increíblemente consideran aún hoy- que la agresión física hacia las mujeres puede ser tolerada como una forma de corrección punitiva.

la violencia contra la mujer una de las expresiones más dramáticas de la desigualdad social. Es en esta relación hombre-mujer, base en la estructuración jerarquizada de los sistemas sociales, en donde encontramos el origen de lo que denominamos violencia de género.

Así como la historia muestra que las distintas formas de violencia que se han manifestado y se siguen manifestando en nuestras sociedades son producto del poder o la dominación que determinados grupos ejercen sobre otros, la violencia de género -como forma específica de violencia- también se explica a partir de una razón de poder: la hegemonía masculina. Esto es, el control masculino sobre lo femenino, heredado desde décadas por mandatos jurídicos y culturales; de tal forma que, la violencia de género se constituye en el mecanismo social más “eficaz” para reproducir y perpetuar las situaciones de control y subordinación.

Puede definirse a la violencia de género como

el ejercicio de la violencia que refleja la asimetría existente en las relaciones de poder entre varones y mujeres, y que perpetúa la subordinación y desvalorización de lo femenino frente a lo masculino. Ésta se caracteriza por responder al patriarcado como sistema simbólico que determina un conjunto de prácticas cotidianas concretas, que niegan los derechos de las mujeres y reproducen el desequilibrio y la inequidad existentes entre los sexos. La diferencia entre este tipo de violencia y otras formas de agresión y coerción estriba en que en este caso el factor de riesgo o vulnerabilidad es el solo hecho de ser mujer.⁴

La violencia contra la mujer se manifiesta a partir de numerosas formas de expresión, todas ellas resultan importantes impedimentos al derecho de la mujer a participar plenamente en la sociedad y se traduce, por lo tanto, en un impedimento para el desarrollo. Dentro de este concepto pueden incluirse, entonces, todas las formas violentas mediante las cuales se intenta perpetuar el sistema de jerarquías impuesto por la cultura patriarcal, tanto en el ámbito público como privado. Entre ellas podemos citar la violación o los llamados delitos sexuales contra las mujeres, el acoso sexual en el trabajo o en establecimientos educacionales, el tráfico de mujeres y niñas,

⁴ Rico Nieves, *Violencia de género: un problema de derechos humanos*, Serie Mujer y Desarrollo N° 16, CEPAL, Naciones Unidas, Santiago de Chile, julio de 1996, p. 8.

las agresiones en el ámbito de la familia, y en general cualquier agresión física, sexual y/o psicológica que pueden sufrir las mujeres en el ámbito familiar, laboral, político, educacional o social.

En el ámbito intrafamiliar, también podemos identificar algunas formas diferentes de violencia, de las cuales algunas constituyen formas específicas de violencia de género. Así, podemos hablar de la violencia doméstica y la violencia familiar o también llamada intrafamiliar. La *violencia doméstica* es aquella que se desarrolla en el espacio doméstico, esto es, el delimitado por las interacciones de los contextos privados. La finalidad se traduce en la conservación o aumento del poder del varón en la relación a costa del ejercicio de control y dominio sobre la mujer. Las manifestaciones de la misma pueden incluir maltrato físico, abuso sexual u económico, maltrato verbal y psicológico, chantaje emocional, entre otras. La *violencia familiar o intrafamiliar* puede definirse como todas las formas de abuso de poder que se desarrollan en el contexto de las relaciones familiares y que ocasionan diversos niveles de daño a las víctimas de esos abusos. Entre éstas últimas no sólo se encuentran las mujeres sino también los niños o niñas y los adultos mayores. Aquí podemos incluir también, además de la violencia doméstica, el maltrato infantil y el maltrato hacia los adultos mayores.

Si bien el término más usual para definir la violencia que sufren las mujeres en los contextos familiares es el de *violencia doméstica* -puesto que al hablar de *violencia familiar* estamos incluyendo formas específicas de violencia que no se constituyen en violencias de género propiamente dichas, como la violencia hacia los adultos mayores, por ejemplo- creemos que la terminología más apropiada para designar a este tipo de reprochables conductas hacia las mujeres es el concepto de *violencia intra-familiar de género*; esto es, un concepto que atiende a “las circunstancias y relaciones de las personas que se ven implicadas y no meramente al espacio físico del domicilio, incluso cuando afecten a vínculos familiares que puedan haberse ya deteriorado o roto”⁵. No obstante lo expuesto, y dada la familiaridad del primer concepto y la extensión que ha sufrido en su contenido en los últimos tiempos, en muchas ocasiones se suele

⁵ CALVO Manuel, “El tratamiento de la violencia familiar de género en la administración de justicia” en *La respuesta desde las instituciones y el Derecho frente al problema de la violencia doméstica en Aragón*, Manuel Calvo García (Coordinador), Laboratorio de Sociología Jurídica, Dykinson, Madrid, 2004, p. 50.

oir y utilizar ambos -violencia doméstica y violencia intra-familiar de género- como conceptos sinónimos⁶.

Amén de las terminologías, quisiéramos poner nuestro mayor énfasis en lo que en estas líneas intentamos dejar dilucidado. Este tipo de violencia hacia la mujer en las relaciones intra-familiares comparte el mismo trasfondo que el concepto general de violencia de género: es esencialmente un fenómeno social que deviene de formas culturales establecidas. Es una forma de violencia que tuvo su origen en representaciones sociales y culturales determinadas, y aún persiste y sigue siendo legitimada por esas mismas formas culturales. Las estructuras sociales en las que los miembros masculinos tienden a predominar en posiciones de poder, las inmemoriales y arraigadas sociedades patriarcales, han ayudado a internalizar creencias, valores y hábitos entre los que, controlar y dirigir las conductas de las mujeres resulta un derecho y una responsabilidad de una figura masculina. Así, la cultura patriarcal no sólo invade los ámbitos públicos de la estructura social sino que, a través de las agencias socializadoras tanto intencionales como no intencionales, impregna con sus estereotipos de género hasta las relaciones interpersonales estrechas como la familia o las relaciones de pareja.

Si bien la situación actual de la mujer en los ámbitos político, doméstico, económico y jurídico no es idéntica a épocas pasadas, la identificación

⁶ Incluso y apelando a la terminología de algunas normativas recientes, como la propia Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género española, también es frecuente utilizar la frase *violencia de género* en simetría con las anteriores, aunque -claro está- ninguna refiere estrictamente al mismo concepto. Es Patricia Laurenzo quien se muestra preocupada por estas distinciones semánticas. Señala que se trata de *una identificación discutible si se atiende a las causas y a los protagonistas de una y otra forma de maltrato. Porque mientras la violencia doméstica apunta más bien a las relaciones asimétricas propias de la estructura familiar, la violencia de género pone el acento en la discriminación estructural de las mujeres propia de la sociedad patriarcal. Ciertamente se entrecruzan con frecuencia, porque la relación de pareja es un ámbito particularmente propenso para el desarrollo de los roles de género culturalmente aprendidos y la privacidad del hogar facilita los abusos. Pero no por eso son realidades totalmente coincidentes. Y cuando se trata de evaluar la legitimidad y necesidad de la intervención del Derecho penal ese dato no puede pasar desapercibido.* Patricia LAURENZO, "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. 334.

del problema de la violencia contra la mujer en las relaciones familiares como una problemática social derivada esencialmente de la desigualdad de género, ha sido lenta y dificultosa. Puede interpretarse este estado de cosas a partir de dos procesos básicos acaecidos históricamente en la sociedad (CORSI 2004, p. 21): el proceso de invisibilización y el proceso de naturalización de este fenómeno social.

En relación con la violencia acaecida en relaciones interpersonales, y más específicamente para el caso de la violencia intra-familiar de género, la invisibilización ha venido de la mano de la propia conceptualización de “la familia” como espacio privado por excelencia, como espacio de formación, afecto, seguridad y contención; concepto éste sesgado y parcial que retrasó por muchas décadas la posibilidad de visibilizar a la *célula básica de la sociedad* como un contexto potencialmente peligroso en el que también se pueden experimentar sensaciones de miedo e inseguridad, en donde también se viven situaciones de violencia y en donde también se violan y avasallan los derechos humanos.

El proceso de naturalización de la violencia se ha complementado con el anterior para retrasar la plena visibilidad de este problema como enraizado en la propia estructura social. El mismo se apoya en construcciones culturales que dan preponderancia y jerarquizan lo *normal* sobre lo diferente, de tal forma que la violencia también se *naturaliza* siguiendo la lógica de la construcción social y cultural del poder y la desigualdad. Así, cuando lo *normal* es violentado, la sociedad reacciona severamente frente a esta conducta; pero cuando lo violentado recae sobre escenarios que no son considerados preponderantes en la sociedad -grupos marginales, por ejemplo, y entre ellos las mujeres- la violencia se naturaliza, se neutraliza legitimándose en nociones de ejercicio de poder o controles sociales de todo aquello que se aparte del paradigma preponderante. La sociedad, a partir de sus instituciones (jurídicas, educativas, políticas, de salud, religiosas) contribuye a generar un esquema socializante y reproductor de estos patrones culturales de violencia de tal forma que este proceso de naturalización termina siendo internalizado por las propias víctimas, a tal punto que -concluye Corsi- *éstas suelen quedar atrapadas en medio de un consenso social que les impide ser conscientes de sus derechos y del modo en que están siendo vulnerados*.

Así es como podemos corroborar que estos esquemas culturales y de poder han logrado retrasar la identificación de la violencia de género y es-

pecíficamente la violencia intra-familiar de género como una problemática social. No obstante, y por fortuna, la realidad muestra que en las últimas décadas se han comenzado a observar ciertos cambios en la percepción de este problema, manifestándose mayor preocupación por las mujeres que sufren agresiones físicas, sexuales y psicológicas en el medio familiar, laboral o educacional. Los cambios han surgido a partir de reclamos de las propias mujeres que se han hecho eco en los diferentes ámbitos sociales y académicos, los cuales comenzaron a denunciar, debatir y re interpretar estas *nuevas* formas de violencia.

Con la gradual incorporación de la perspectiva de género a las explicaciones del fenómeno de la violencia contra las mujeres, gracias a la actuación de las corrientes feministas desde finales de la década de los 70, la lucha contra la violencia de género en los diferentes contextos sociales ha recorrido un largo trayecto de construcción y reconstrucción de marcos legales, normas, valores e instituciones específicas, capacitación de operadores jurídicos y sensibilización de los medios masivos de comunicación. Aunque hemos alcanzado el acuerdo jurídico y social (en especial en las sociedades occidentales) de entender a estas gravísimas conductas como consecuencia de valores culturales que afectan a las mujeres y que definitivamente constituyen horribles violaciones a sus derechos humanos, la literatura no ha dejado de reflexionar sobre el contenido y las fuentes de la específica violencia doméstica, a tal punto que algún sector de la doctrina, como lo veremos a continuación, estima trabajarlo como un concepto diferente al de violencia de género.

2.- REINTERPRETACIONES TEÓRICAS DE LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA HACIA LAS MUJERES COMO VIOLENCIA DE GÉNERO

El fenómeno de la violencia de género así conceptualizado, como lo señalábamos en el punto precedente, ha sido hace algunos años *re pensado* en buena parte de la literatura norteamericana y también por cierto sector de la criminología crítica también en España.

Quizá los trabajos más notorios que sugirieron esta nueva aproximación al problema de la violencia sean los de Murray Straus, los cuales concluyen con la sorprendente afirmación de que las mujeres son tan violentas como los hombres en las relaciones de pareja, desvirtuando la

lógica explicativa de la violencia masculina como forma de opresión y control hacia la mujer.⁷

El autor destaca en sus estudios sobre conflictos familiares, de metodología mayormente cuantitativa y basados en fuentes oficiales de datos, que se encuentran equitativas tasas de lesiones producidas tanto por hombres como por mujeres a sus respectivas parejas. Pone en duda el hecho de que estos maltratos hechos por mujeres puedan comprenderse dentro de la figura de la legítima defensa puesto que sus resultados le sugieren que, en una gran proporción, son ellas mismas quienes inician la violencia. Aunque reconoce que algunas agresiones femeninas pueden ser el resultado de una historia previa de victimización, aun así, considera que dichos actos tienden a generar una mayor y más grave violencia masculina.

Por lo tanto, Straus concluye que el énfasis para controlar el problema de la violencia en la pareja debe estar puesto en la violencia o las lesiones producidas por las propias mujeres, puesto que son estos mismos hechos los que regeneran mayor violencia sobre ellas. La idea es que “para prevenir la violencia sobre la mujer en las relaciones de pareja es necesario terminar con la violencia ejercida por las propias mujeres”⁸; en virtud de numerosas razones, dice Straus: la primera y fundamental, puesto que agredir o lesionar a la pareja se trata de un error “intrínsecamente moral”⁹. Una segunda razón es el hecho de que, según sus datos, las mujeres ocasionan la tercera parte de las lesiones y muertes de violencia doméstica o violencia en la pareja. Tercero, las mujeres que agreden a sus parejas “modelan” la violencia en los niños, lo cual se asocia a un incremento de los problemas psicológicos que puedan padecer. En cuarto lugar se encuentra el peligro de agravación de la violencia en la pareja cuando es la mujer la que entabla actos inofensivos de violencia. Por último, cuando las mujeres lesionan a

⁷ Los resultados de los principales trabajos de Murray Straus y el debate que ellos han originado pueden leerse en su artículo “Women’s violence toward men is a serious social problem” en *Current controversies on family violence*, Loseke, Gelles y Cavanaugh (Editores), Sage Publications, California, 2005, p. 55-77.

⁸ *Ending assaults by women needs to be added to efforts to prevent assaults on women...* es la frase textual de Straus, óp. cit., p. 68.

⁹ Aunque del contexto literal en el que se extraen estas razones no surge, puesto que el sujeto principal del párrafo es la violencia ejercida por mujeres, queremos estimar que se está refiriendo a la esencialidad inmoral de cualquier acto de violencia ejercido tanto por mujeres como por hombres. Murray Straus, óp. cit., p. 71.

sus parejas, legitiman las normas culturales tradicionales que toleran un cierto nivel de violencia en la pareja y, así, ayudan a perpetuar un sistema en el cual ellas son las principales víctimas.

Aunque el autor citado no descarta el enfoque feminista y lo considera “válido y necesario para liberar a la sociedad de su estructura sexista”¹⁰, lo considera insuficiente para explicar el fenómeno de la violencia en la pareja, insistiendo en que esta perspectiva desacredita estudios que demuestran que no sólo son los hombres los que agreden a sus parejas. No obstante, su perspectiva nos deja un extraño sabor de culpabilidad hacia las mujeres y de defensa del rol femenino y tradicional de la mujer que acata, obedece y es sumisa a la figura masculina.

En este último sentido se muestran los detractores de Straus quienes sostienen que el marco teórico feminista que sitúa la violencia en un contexto de género, es el más apropiado para comprender el fenómeno de la violencia en las relaciones de parejas heterosexuales. En esta línea, Loseke y Kurz afirman que es esencial para comprender esta problemática incorporar el género como categoría de análisis y conceptualizar a la violencia como un fenómeno producto de las desigualdades de género¹¹.

Estos últimos autores no niegan que las mujeres puedan recurrir al uso de la violencia en las relaciones de pareja, incluso puede que los datos muestren que lo hacen en el mismo nivel que los hombres, pero en este sentido, discrepan con Straus en algunos puntos importantes. Los autores se muestran cautelosos a la hora de describir las implicancias políticas de sostener como equivalente o simétrica la violencia de hombres y mujeres; en primer lugar porque la fuente de datos utilizada por aquél autor, datos secundarios de origen oficial que revelan estimaciones sobre conflictos familiares, no se administra con la suficiente sofisticación que requiere esta problemática. Declaran que al recolectar datos cuantitativos de consultas que por sí o por no sólo describen una situación conflictiva en la pareja, los resultados dejan de lado los contextos, los significados que las partes le atribuyen y las consecuencias que la violencia genera. Así, puede quedar subestimada la violencia ejercida por el varón cuando es él mismo el que debe reconocer su propia violencia y sobreestimada la femenina que, por

¹⁰ STRAUS Murray, óp. cit. p. 73.

¹¹ Donileen LOSEKE y Demie KURZ, “Men’s violence toward women is the serious social problem” en *Current controversies on family violence*, ob. cit., p. 80 y ss.

ajena al contexto normativo esperado, es más notoria y más denunciada. O, lo que es aún más grave, dada la estructura cerrada del instrumento de recolección de datos utilizado, las mujeres no encuentran una situación de confianza y compenetración necesaria (que sólo lo daría una entrevista en profundidad) para denunciar actos más extremos de violencia de los que ellas son en mayor medida víctimas, quedando también estos actos subestimados en estas encuestas oficiales. Es a partir de la observación de estos sesgos en la fuente de los datos utilizadas en algunas investigaciones, que LOSEKE Y KURZ afirman que “cuando la violencia es examinada de esta manera, no es equivalente”¹², a pesar de ser medida en idénticos niveles de registro.

Además de los cuestionamientos metodológicos, los autores afirman que la violencia del varón hacia la mujer y la ejercida por la mujer hacia el varón no puede considerarse la misma. Los actos violentos de uno u otro sexo ocurren en históricos, culturales, políticos, económicos y psicológicos contextos diferenciados de género.

“Qué sucede dentro de los hogares y el significado de lo que sucede, es diferente para mujeres y para hombres. La naturaleza de género de las parejas conduce a la típica situación en la cual las mujeres tienen menos ingresos que sus parejas, él es físicamente más grande que ella, y ella es quien invierte más tiempo y compromiso psicológico con sus hijos y su familia. Estas características de género de la vida familiar influyen en cómo mujeres y hombres piensan sobre la violencia, cómo ellos pueden pensar en las posibilidades de erradicar la violencia o cómo en abandonar el hogar.”¹³

En esta misma línea de ideas se expresa también Raquel Osborne en España, quien sostiene que este tipo de argumento, *el argumento de que las mujeres también agreden*, es frecuentemente utilizado cuando se quiere minimizar la gravedad del fenómeno de la violencia masculina contra las mujeres o incluso hasta negar cualquier diferencia entre la violencia perpetrada por las mujeres y la efectuada por los hombres en las relaciones de pareja.¹⁴ Negando los esencialismos, la autora citada parte de dos

¹² LOSEKE Y KURZ, óp. cit., p. 84.

¹³ LOSEKE Y KURZ, óp. cit., p. 86. La traducción es propia.

¹⁴ OSBORNE Raquel, *Apuntes sobre violencia de género*, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2009.

premisas claras para sostener sus argumentos: de ninguna manera puede sostenerse que todo hombre machista puede acabar siendo un agresor, ni que ninguna mujer está exenta de ejercer violencia sobre su pareja o compañero sentimental. Sobre estas ideas, si bien podemos reconocer que varones y mujeres pueden ser agresivos en general y también con el sexo opuesto, la autora afirma que *la amplitud y variedad de las formas de violencia masculina, entre sí y contra las mujeres, no tiene parangón con la femenina*. Puede observarse que los hombres en general agreden más a otros hombres que a las mujeres; no obstante, en la esfera de la intimidad, de lo privado, los hombres agreden mucho más a las mujeres que a otros hombres y de forma más violenta que lo que lo hacen las mujeres agresoras. Incluso así, *mencionar y tener en cuenta la violencia perpetrada por las mujeres no tiene que rebajar un ápice la gravedad de la violencia de hombres a mujeres*¹⁵. Se trata de una violencia específica, distinta, surgida de la posición histórica que los hombres han sostenido y sostienen frente a las mujeres.

En resumen, los autores citados en último término nos inducen a reflexionar sobre las diferenciadas realidades que podemos advertir mirando el mundo definitivamente a través de la *lente del género*. La misma, nos permite apreciar que los contextos en los que varones y mujeres viven son diferentes, y estos mismos contextos operan también diferenciadamente en varones y en mujeres a la hora de significar la violencia y de asumir sus consecuencias.

3.- OBJECIONES CRIMINOLÓGICAS A LA PROBLEMÁTICA DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR DE GÉNERO

Asimismo, en España, es precisamente Elena Larrauri en una de sus recientes obras¹⁶, quien pretende realizar una aproximación criminológica diferente de esta problemática social de la violencia de género en el ámbito intra-familiar. La autora entiende que especialmente en España y luego de la aprobación de la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004 de 28 de diciembre) se ha simplifi-

¹⁵ OSBORNE Raquel, óp. cit., p. 101 y 102.

¹⁶ LARRAURI Elena, *Criminología crítica y violencia de género*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

cado excesivamente la comprensión de la violencia ejercida sobre las mujeres, especialmente en las relaciones de pareja. Larrauri sostiene que esta simplificación se traduce en conformar un discurso que pretende explicar la violencia de género a partir -directa y unicausalmente- de las relaciones de desigualdad, subordinación o discriminación de la mujer. Este discurso, que denomina *feminismo oficial*, es el que al parecer de la autora prevalece en España.

Se centra especialmente en lo que ella denomina el *delito* de violencia doméstica¹⁷ y señala que este discurso feminista oficial presenta algunas características notorias: a) Simplifica excesivamente la problemática de la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja al comprenderla exclusivamente como algo que sucede *por el hecho de ser mujer*; y, en este sentido, al identificar la violencia de género con la violencia en las relaciones de pareja, se entiende que esta violencia también es consecuencia de la desigualdad de género existente en nuestra sociedad. b) Se trata de un discurso *excesivamente determinista* atendiendo exclusivamente a la desigualdad de género como causa fundamental de la violencia en la pareja sin contemplar otras desigualdades; presumiendo y confiando en que la consecución de la igualdad disminuirá la violencia ejercida contra la mujer cuando se alcance una sociedad más igualitaria en relaciones y roles. c) Tiende a analizar la violencia que los varones ejercen sobre las mujeres en las relaciones de pareja como algo distinto del resto de comportamientos violentos, puesto que aparece guiado por el objetivo de ejercer el poder. Y, d) Confía en el Derecho penal y lo considera una herramienta de cambio válida para esta problemática. En definitiva,

¹⁷ El debate acerca de la consideración de la violencia de género y de la violencia doméstica como un delito o como una especie de conducta desviada y de su tratamiento como tal, resulta digno de mención aquí. Sostiene el profesor Manuel Calvo que *La violencia contra la mujer no es una cuestión de comportamientos desviados o, al menos, no lo es en el más pleno sentido de este término ya que los comportamientos machistas violentos siguen encontrando legitimidad en los valores sociales imperantes en muchos contextos*. Manuel Calvo, *Cambio Social y cambio jurídico: análisis de las reformas legales sobre violencia familiar y de género*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2005, p. 57. Acordando con estas ideas, compartimos que la terminología y el tratamiento jurídico y social que pueda dársele a un fenómeno problemático como éste, resulta crucial a la hora de develar todo el bagaje cultural oculto que esta problemática conlleva; pero, por otro lado, conformarnos que la utilización terminológica de *delito de violencia de género*, no nos garantiza en absoluto la erradicación de esta problemática social enraizada tan fuertemente en valores sociales vigentes.

La tesis feminista que hoy prevalece en España atribuye toda la explicación de la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja a la posición de “desigualdad estructural” en que se encuentra la mujer. En este movimiento pendular típico de las ciencias sociales, se ha pasado de ignorar la variable de género¹⁸ a pretender que ésta explique todo el problema social que se está investigando.¹⁹

Larrauri no comparte esta postura puesto que la considera excesivamente simplificada en la explicación de este problema social, al presentar la estructura patriarcal de la sociedad como causa única y relevante de la violencia de género y especialmente de la violencia doméstica.²⁰

¹⁸ Se refiere a aquellas primeras explicaciones que atribuían este tipo de violencia a características físicas o psíquicas asociadas a los sujetos.

¹⁹ LARRAURI Elena, *Criminología crítica y violencia de género*, ob. cit., p. 16.

²⁰ Incluso sostiene que esta asociación directa entre sistema patriarcal y violencia doméstica le recuerda otra similar que la criminología crítica inicial sostenía entre pobreza y delito, destacando que “en la actualidad sabemos que no todos los delitos están causados por la pobreza y que no todos los pobres delinquen” (LARRAURI, óp. cit., p. 23). La comparación merece un pequeño comentario. Sin dejar de reconocer el valioso aporte de esta prestigiosa criminóloga española, estimamos que la criminología crítica, incluso en sus comienzos, nunca estableció relaciones estrechas y unicasales entre delito y pobreza. La criminología crítica, en cuyas entrañas confluyeron ideas provenientes de los paradigmas sociológicos del conflicto y de la reacción social, vino a poner luz sobre la comprensión de ciertas conductas tipificadas en los códigos penales destacando la esencial importancia que la posición en la estructura social tiene a la hora de comprender y explicar ciertas clases de *conductas desviadas*. Por otra parte, la asociación entre pobreza y delitos no ha sido sólo asumida o revisada por teóricos del conflicto o criminólogos críticos, sino también por los llamados “económicos del delito” que nos han colmado de investigaciones con precisas técnicas estadísticas que corroboraban directas y fuertes asociaciones entre variables económicas y ciertas conductas delictivas. Entre éstas, la literatura angloamericana está muy presente; pueden revisarse en este sentido algunas investigaciones de la década de los 80 y 90 como S. MESSNER y K. TARDIFF, “Economic Inequality and Levels of Homicide: an analysis of urban neighborhoods”, *Criminology*, vol. 24, N° 2: 297-317, 1986; Thor NORSTRÖM, “Theft criminality and economic growth”, *Social Science Research*, 17: 48-65, 1988; Joel DEVINE y otros, “Macroeconomic and social control. Policy influences”, *American Sociological Review*, vol. 53, N° 3: 407-420, 1988; Chester BRITT, “Crime and unemployment among youths in the United States, 1958-1990: a time series analysis”, *American Journal of Economics and Sociology*, vol. 53, N° 1: 99-109, 1994; Jhon WELLS, “Crime and unemployment”, *Employment Policy Institute Economic Report*, vol. 9, N° 1, 1995. De todos modos, incluso considerando el delito en términos puramente marxistas como consecuencia de la desigualdad social o considerándolo desde la perspectiva económica

Intentando ampliar el espectro de explicación criminológica de la problemática, Larrauri entiende que la desigualdad y la subordinación de las mujeres no explican tan directa y linealmente la violencia doméstica hacia las mujeres en las relaciones de pareja. Para ello recurre a algunas objeciones criminológicas a esta relación -sostenidas sobre literatura reciente- que señalaremos a continuación, aunque no compartimos en su totalidad:

La primera objeción criminológica a esta relación directa entre desigualdad y violencia doméstica, sostiene Larrauri, es el hecho de que la violencia contra la mujer es un comportamiento realizado sólo por un grupo minoritario de hombres. La violencia contra la mujer debería tener una mayor dimensión de la que tiene si la explicación sólo estuviese basada en la posición desigual y subordinada de la mujer. En segundo lugar, también sería esperable encontrar una mayor tasa de homicidios contra las mujeres en países con estructuras sociales con altos niveles de desigualdad, como los árabes, por ejemplo. La tercera objeción está referida al nivel real de influencia que la desigualdad económica de las mujeres respecto

como resultado de un proceso de elección racional y voluntaria donde los individuos pesan los costos y beneficios del comportamiento desviado sobre el legítimo, propuesta por Gary Becker a finales de la década de los 60, las significativas asociaciones entre difíciles situaciones económicas y ciertas conductas delictivas -en especial delitos contra la propiedad, contra las personas y la libertad- encontradas en investigaciones llevadas a cabo en América Latina, son irrefutables. La pobreza (operacionalizada a partir de diferentes indicadores como inflación, desempleo, desigualdad, ingresos, etc.) constituye una de las variables que con mayor fuerza correlaciona y regresiona con estas conductas delictivas. Desde ya que no la única, pero sí la que manifiesta más significativos coeficientes de correlación y regresión. Y esto no significa en absoluto que los enfoques críticos que esto muestran, indiquen asociaciones directas entre pobreza y delito; muy por el contrario, lo que los enfoque teóricos que asumen estos trabajos demuestran es -en definitiva- la crucial importancia de las condiciones de la estructura social en el efecto que generan sobre las poblaciones menos favorecidas. En este punto pueden consultarse los trabajos de Mariana SÁNCHEZ, *Delito y condiciones macro económicas*, Editorial Lerner, Córdoba, Argentina, 1998; Ana CERRO y Osvaldo MELONI, *Análisis económico de las políticas de prevención y represión del delito en Argentina*, Eudecor, Córdoba, Argentina, 1999; Laura GOLBERT y Gabriel KESSLER, “El crecimiento de la violencia urbana en la Argentina de los 90. El debate entre la explicación económica y la sociológica”, Contribución al IV Encuentro sobre Economía Social, Panamá, julio de 2000, accesible en www.decon.edu.uy/network/mactividad.htm; Lucía DAMMERT, “Violencia criminal y seguridad pública en América Latina”, *Serie políticas sociales*, 43:1-31, CEPAL, 2000.

de los hombres tiene en relación con la violencia sobre la mujer pareja, puesto que investigaciones demuestran que los malos tratos se producen también en los casos en que la mujer es quien trabaja y su pareja es el desempleado. Una cuarta objeción criminológica a la directa relación entre desigualdad y violencia se basa en el hecho de que siendo las mujeres en mayor porcentaje que los hombres víctimas de violencia doméstica, no lo son en relación con la violencia en general, puesto que las estadísticas muestran que son los hombres quienes poseen la mayor probabilidad de ser víctimas de delitos. En términos de violencia en general, la falta de poder, la subordinación y la desigualdad, no parecen ser las dimensiones explicativas más relevantes. Lo sintetiza la autora,

Las cuatro reflexiones criminológicas que he expuesto no desmienten que la situación de subordinación de la mujer influye en su victimización. Pero creo que también muestran lo erróneo de intentar explicar un problema complejo con una única variable, la “desigualdad de géneros”. Esta variable funciona en ocasiones como factor de riesgo, en otras se debe añadir a otros factores de vulnerabilidad producto de otras fuentes de poder que incluso la desplazan o superan, y casi nunca funciona aisladamente.²¹

Entendemos con la autora que las objeciones criminológicas aportadas ayudan a *re-conocer* una problemática social por demás compleja y que en ningún caso debe ser comprendida o explicada por relaciones unicasales. En realidad, trabajar desde una perspectiva sociológica lo requiere así por antonomasia. Desde el funcionalismo, la sociología *ha aprendido* que en lugar de explicar los fenómenos sociales a partir de relaciones causales (que hubiere sido afirmado con mayor énfasis por Emile Durkheim) los mismos deben analizarse y comprenderse a partir de una multiplicidad de factores, los cuales -todos, interrelacionados en mayor o menor medida- coadyuvan a su reconocimiento e interpretación. Y es así, en estos términos de análisis, en que también comprendemos el fenómeno de la violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica como sub especie de aquélla. No existen relaciones unicasales entre desigualdad y violencia, se trata de un fenómeno social complejo que puede ser explicado a partir de diferentes dimensiones y variables; pero es incontestable considerar que existe toda una estructura cultural, de valores y hábitos, sobre el que

²¹ LARRAURI Elena, op. cit., p. 29.

este fenómeno tan complejo ha despuntado: las relaciones históricas de desigualdad y subordinación de las mujeres. Y entendemos que ésta es la perspectiva que todo el ordenamiento internacional y los sectores del feminismo que realzan las perspectivas sociológicas críticas han asumido.

Y es la que nosotros compartimos. Existe una dimensión social, la desigualdad de género, que resulta la más significativa a la hora de desentrañar conceptualmente la problemática de la violencia de género, incluida la violencia intra-familiar; fenómeno social complejo que, claro está, es también explicado por otras numerosas variables o influenciado por incontables factores de riesgo.²²

Es precisamente la perspectiva de género la que nos ayuda a interpretar que algunos de los llamados factores de riesgo en este tema -frustraciones personales, consumo de alcohol o estupefacientes, etc.- pueden de hecho concurrir en una situación determinada y hacer detonar la violencia hacia una mujer; pero que la dimensión principal a tomar en consideración es algo más cultural/simbólico que natural/psicológico: “la desigualdad en las relaciones de poder entre los sexos, creada a partir de una forma determinada de construcción de la masculinidad y la feminidad”²³.

Objetar en nuestros días que la violencia intra-familiar de género no es un fenómeno tan extendido en la sociedad y es sólo realizado por un número minoritario de hombres, como objeta en primer término Larrauri, desconoce la terrible realidad que muestran las cifras negras u ocultas de la violencia de género y en especial de la violencia en las relaciones de

²² De hecho, y dentro del marco de las teorías sociológicas explicativas de la desviación social, se nos sugiere aproximarnos al estudio de la desviación social desde dos perspectivas de explicación: la histórica o disposicional, aquella explicación que se centra en los análisis de los procesos sociales que operan en la historia previa del actor desviante; y la situacional, aquélla que refiere a los procesos que operan en el mismo momento de la ocurrencia del hecho; puesto que además de las características del contexto social, las decisiones situacionales pueden hacer variar la producción o no de una acción desviante. En este punto, el trabajo de Christopher BIRKBECK y Gary LAFREE, “The situational analysis of crime and deviance”, *Annual Review of Sociology*, 19: 113-137, 1993, resulta muy ilustrativo. Aun así, sin negar la influencia de factores situacionales de riesgo o de otras variables independientes claves en cualquier análisis sociológico (raza, edad, nivel educativo), la detección de variables preeminentes en la comprensión de un fenómeno, conlleva la posibilidad de asumir con mayor profundidad y efectividad las políticas de reformas jurídicas o sociales pertinentes.

²³ OSBORNE Raquel, óp. cit., p. 105.

pareja²⁴. Por el contrario, de acuerdo a las estadísticas actuales la violencia cuenta con registros mucho más extendidos que en décadas pasadas, pero no precisamente porque la violencia haya sido menor que en la actualidad, sino porque las mujeres y la sociedad han comenzado a asumir felizmente comportamientos de denuncia. La violencia contra la mujer ha sido y es hasta hoy en muchos contextos sociales, un problema invisibilizado y ocultado no sólo por las propias mujeres sino por la sociedad toda, y este hecho constituye un indicador más de que las mujeres se encuentran en relación de desigualdad y subordinación.

Otro error consiste en trasladar datos, conductas o explicaciones de una problemática social tan grave, de una estructura social a otra. En primer lugar porque no existen estudios transculturales que describan comparativamente lo que sucede en diferentes sociedades; pero, y lo que es más importante, porque aunque así existiesen, la transposición automática de esos trabajos a otras sociedades daría lugar a una representación e interpretación errónea del fenómeno investigado. La violencia de género, como cualquier otro fenómeno social, viene indudablemente matizada por las especiales condiciones que concurren en una determinada sociedad, entre las cuales cobran gran importancia la regulación social y jurídica y también el proceso de socialización por medio del cual internalizamos esas normas²⁵. Los altos niveles de desigualdad de los países árabes (atendiendo al ejemplo de la propia Larrauri) están inmersos en una cultura social, jurídica y religiosa muy diferente a la de los países occidentales en donde los procesos de socialización y control han venido cambiando históricamente. Seguimos entonces, por ejemplo, que el mayor o menor número de homicidios cometidos hacia mujeres por manos de sus parejas -producto sí de las relaciones de poder de un género sobre otro- no resulta el indicador más importante de mayor o menor igualdad o desigualdad,

²⁴ Tan sólo una pequeña parte de los casos de violencia de género que se producen en España contra las mujeres, cometidos por sus parejas o exparejas, se denuncian. La mayor parte de los abusos que sufren las mujeres en el ámbito familiar permanecen ocultos. El índice de denuncias representa menos del 5% del total. Fuente: Amnistía Internacional, *España: más allá del papel*, Madrid, 2005, p. 12.

²⁵ En esta misma línea Emerson Dobash y Russell Dobash con su *context-specific approach* en el que destacan la importancia de los contextos sociales para comprender el fenómeno de la violencia. DOBASH y DOBASH, "Cross-border encounters. Challenges and opportunities" en *Rethinking violence against women*, Dobash y Dobash (Editores), Sage Publications, Thousand Oaks, 1998, p. 9 y ss.

sino que más bien ese mismo dato lo será cuando se lo considere contextualizado en un ordenamiento social determinado.

En cuanto a la influencia que la desigualdad económica entre la pareja tiene en relación con la violencia sobre la mujer en el ámbito intra-familiar -la tercera objeción criminológica planteada-, creemos que la independencia económica de la mujer (dado el caso de que ella sufra violencia por parte de su marido desempleado) no es el elemento crucial que determine su liberación. Es más, en muchos casos se transforma en un elemento que se dirige en su contra. Con frecuencia, la autonomía de las mujeres y sus decisiones, son percibidas por sus parejas como hechos intolerables sobre los cuales deben poner orden incluso mediante agresiones, en un contexto histórico en el que este tipo de *controles* ha sido tolerado e incluso alentado. Los valores que conforman el patriarcado no sólo están imbuidos de elementos económicos, sino sobre todo de poder y de estatus. Que la mujer pareja sea quien trabaja, quizá la haga aún más dependiente de su marido al que tiene que sostener dado su falta de empleo, y esto, a su vez, puede generar mayores reacciones de violencia en una sociedad en la que la masculinidad se asocia con el poder de mando, el estatus y la fuente de riqueza²⁶. Cabe señalar también en este punto, que la desigualdad de género en sí misma es una dimensión que se enmarca dentro de una perspectiva patriarcal de la sociedad y en la que confluyen numerosos aspectos que se irradian hacia los diferentes ámbitos de la vida. Incluso llega hasta el propio proceso de aprendizaje de las normas que así, imbuido de contenido patriarcal, es internalizado tanto por hombres como por mujeres.

Por último, en relación con la cuarta objeción criminológica señalada, cabe agregar que (y como también lo reconoce Larrauri) valorar sobre qué colectivo -si varones o mujeres- recae en mayor medida la violencia resulta un completo absurdo. Toda violencia es rechazable. Ahora bien, el hecho de que sean las mujeres quienes padezcan en mayor medida la violencia de género en las relaciones familiares (de pareja o ex pareja) y no los varones que quizá sí pueden serlo a nivel de violencia y delitos en

²⁶ Entendemos que en este mismo sentido se pronuncia igualmente Larrauri quien, recurriendo a autores como MACMILLAN y GARTNER (1999) o FELSON (2002) que ella misma cita, reflexiona sobre la compleja relación entre poder y violencia dadas las particularidades que conlleva la construcción de la masculinidad en sociedades como las nuestras. Larrauri, óp. cit., p. 27 y 28.

general, indica sencillamente que la violencia de la delincuencia en general no es la misma o, mejor dicho, puede ser explicada a partir de otras herramientas conceptuales diferentes a la violencia específica de género. De todas formas, los datos revelan que si bien en relación con la violencia general son los varones quienes en mayor medida resultan víctimas de delitos, también revelan que quienes se sienten más temerosas de sufrir algún ataque violento son las mujeres²⁷.

4.- LA DESIGUALDAD COMO PRINCIPAL FUNDAMENTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Lamentablemente, el papel que el Derecho ha jugado en la historia de las desigualdades y la violencia hacia la mujer, no ha hecho más que sostener y conservar un sistema injusto de reconocimiento de derechos. El sistema jurídico, a lo largo de la historia, ha elaborado sus doctrinas, creado su jurisprudencia y promulgado sus normas partiendo de las experiencias de quienes han tenido el poder de decidir y definir; esto es, la hegemonía masculina. Las necesidades y conflictos de las mujeres las fue contemplado el Derecho a la medida e interés de un paradigma androcéntrico.

Fue gracias a las ideas y movimientos reivindicatorios feministas que estas cuestiones comenzaron a ser evidenciadas, denunciadas y combati-

²⁷ El libro de Esther MADRIZ, *A las niñas buenas no les pasa nada malo. El miedo a la delincuencia en la vida de las mujeres*, Siglo XXI, (traducción de Stella Mastrángelo), México, 2001, se aprecia como un excelente trabajo de investigación y reflexión sobre la forma en cómo la estructura patriarcal controla a las mujeres a partir del control social y político que el miedo a la delincuencia ejerce sobre sus vidas. Su lectura nos permite comprender cómo este miedo surge como respuesta a las imágenes de delincuentes y víctimas proporcionadas por quienes detentan y ejercen el control social, y que esas imágenes reflejan el ordenamiento de la sociedad en general por raza, clase y género. De esta manera, a través del miedo a la delincuencia, se limita y controla la actividad de la mujer, se pone en marcha un mecanismo de control informal que perpetúa su situación de desigualdad y subordinación en la sociedad, se mantienen vigentes las relaciones patriarcales y se afecta de forma negativa los derechos de las mujeres, disminuyendo su esfera de poder en la sociedad. En esta misma línea de ideas e incorporando puntualmente la perspectiva de género en el análisis de la delincuencia y la seguridad, puede consultarse a Elizabeth STANKO, “¿Se puede reducir el miedo a la delincuencia que tienen las mujeres?” en *Género, seguridad pública y violencia machista*, Revista Catalana de Seguretat Pública N° 20, Institut de Seguretat Pública de Catalunya, mayo 2009.

das. El Derecho comenzó a ser el objeto de mira, análisis, transformación y lucha feminista. Así, en relación a esta grave problemática de la violencia de género, el sistema jurídico -en especial en los últimos años- se ha convertido en un espacio de recuperación de derechos que la fuerza de los movimientos feministas venía reclamando.

De tal forma y gracias al tratamiento jurídico que el Derecho le ha dado, estos gravísimos problemas sociales han dejado de considerarse cuestiones concernientes exclusivamente al ámbito privado, y de solución privada, y han trascendido hasta la esfera pública, logrando alcanzar un estatus jurídico con poderosas implicancias legales y sociales. Y es que, definitivamente, la violencia de género es un grave fenómeno social que debe ser abordado jurídicamente.

Así, a partir de la incorporación del paradigma del género en los discursos sociales y jurídicos, uno de los más significativos mecanismos de cambio detectados en relación con la violencia doméstica fue comenzar a *nombrar* el problema²⁸. La violencia dejó de ser designada y tratada como *desacuerdos o disputas matrimoniales* (haciendo prevalecer la idea de que este tipo de conductas era *normal* dentro de la familia y que no generaba consecuencias) y comenzó a denominársela como *malos tratos*²⁹, término que implica que dicho comportamiento no es tolerable, que trasciende a la esfera íntima de la pareja y que ajenas personas a la misma podrían intervenir en la resolución de esa problemática. En definitiva, que los *malos tratos* no deberían considerarse una parte *normal* de las relaciones de pareja, sino un fenómeno emergente de la propia estructura social.

La perspectiva de género; esto es, la interpretación de este fenómeno como un fenómeno de relevancia social que no afecta sólo a mujeres

²⁸ LOSEKE, GELLES y CAVANAUGH, "Introduction: Understanding controversies on family violence" en *Current controversies on family violence*, Loseke, Gelles y Cavanaugh (Editores), Second Edition, Sage Publications, California, 2005, p. x y ss.

²⁹ El término utilizado por los autores precedentemente citados es *abuse*. Aunque, y como ellos mismos lo señalan, dicho cambio nominativo llegó acompañado de numerosas controversias, una especie de *bifurcation of attitudes about family violence*, en el sentido de que una vez reconocido el problema, la discusión comenzó a centrarse en si se constituía en uno suficientemente significativo como para garantizar y ofrecer programas y políticas especiales de atención por parte del Estado. Igualmente, la nueva denominación con un claro sentido peyorativo, también acarreo algunas consecuencias imprevistas como la vergüenza o el temor a reconocerlo por parte tanto de víctimas como de victimarios. LOSEKE et al., óp. cit., p. xii.

particulares sino a colectivos de mujeres; ha logrado también erradicar definitivamente la *histórica inercia* de considerar al núcleo familiar como un espacio en donde la intromisión del Derecho penal se encontraba completamente negada. Esta perspectiva refuerza la idea de que el Derecho penal no sólo puede sino que además debe regular dentro de este grupo familiar, el que puede considerarse una fuente de peligro en sí misma, y en el que los procesos de transmisión y aprendizaje de los roles estereotipados de género -grupos masculinos en posiciones jerárquicas y de dominación en relación con los femeninos- se reproducen con particular fuerza.

Lo expresa concluyentemente Ramón García Albero cuando señala que *Las perspectivas de género, al vincular determinadas manifestaciones delictivas con actitudes estereotipadas sobre los roles sexuales, y éstos con la organización de la dominación patriarcal, han permitido que tal violencia se visualice no ya como un problema individual, un conflicto privado entre autor y víctima en el que están en juego bienes jurídicos esenciales, sino fundamentalmente como un problema social: en todo acto violento se produce así una doble victimización: la de la mujer concreta como persona pero fundamentalmente la del “género femenino” como subyugado y oprimido. Esta socialización simbólica del conflicto... ha enriquecido extraordinariamente la comprensión de determinados delitos cuyas víctimas son esencial y mayoritariamente mujeres...*³⁰

A modo de cierre podemos concluir que coincidimos con Larrauri (aunque por caminos explicativos diferentes) en que es absurdo establecer explicaciones unicasales para el tratamiento y la comprensión de la violencia de género en el ámbito familiar. La perspectiva sociológica misma lo exige. Ahora bien, reconocer la existencia de una multiplicidad de factores explicativos de un fenómeno muy complejo como lo es la violencia de género no implica distanciarse, en absoluto, de la dimensión más significativa a la hora de desentrañar sus fuentes: la desigualdad de género. Ni a nivel de acción política, ni a nivel de exposición de motivos de una ley. Y en esto sí nos distanciamos de la autora.

³⁰ GARCÍA ALBERO Ramón, “Las perspectivas de género en Derecho penal: algunas reflexiones” en *La discriminación por sexo tras 25 años de la Constitución española*, Ángeles Vivas Larruy (Directora), Cuadernos de Derecho Judicial III, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 461.

Como sostienen Loseke y Kurz, interpretar que las mujeres maltratadas son en parte *responsables* de la perpetuación de la violencia contra sí mismas, como lo dejan entrever los análisis de Straus, conduce a desviar la atención de las más relevantes razones que inducen a esos comportamientos, reproduce y justifica una situación existente y genera consecuencias por demás negativas; como por ejemplo, debatir y preguntarse si las mujeres víctimas merecen o no los apoyos y servicios brindados por el Estado y por la misma sociedad³¹, puesto que la propia situación de victimización se pone en duda. Y esto no es deseable frente a una problemática tan grave como la que estamos trabajando.

Pero, fundamentalmente, el reconocimiento de la existencia de numerosos factores de riesgo que funcionan como detonantes de la violencia (personalidad de los agresores, abuso de alcohol, situación de exclusión social, minorías étnicas, etc.), como los que sugieren algunas perspectivas criminológicas tradicionales y la misma Larrauri, así como el tratamiento preventivo y correccional que pueda hacerse directamente sobre ellos, no resultarían efectivos si los mismos no fuesen considerados y trabajados desde una perspectiva de género. De tal forma, entender el papel que desempeña el sistema penal en nuestras realidades sociales no puede llevarse a cabo sin tomar en consideración las variables de género desde esta perspectiva tan compleja como crítica. En los análisis sobre la cuestión femenina y los aspectos relacionados con la punibilidad, el elemento género también está claramente relacionado a las conductas y condicionamientos que la sociedad y la cultura imponen como comportamientos femeninos o masculinos. Así, cualquier análisis de criminalidad para que pueda ser real debe tomar en cuenta las necesidades y la posición de subordinación de la mujer; considerar la especificidad de la condición femenina y apreciar los efectos positivos o negativos de las circunstancias que rodean su vida: la feminización de la pobreza, las pautas sociales que adjudican mayor responsabilidad a las madres como organizadoras de la supervivencia de los hijos, la maternidad, etc., etc. La tipología del género resulta una categoría social que involucra toda la actividad humana y ayuda a visibilizar a la mujer en su especificidad respecto al sexo masculino y su relación de desigualdad y subordinación.

³¹ LOSEKE y KURZ, "Men's violence toward women is the serious social problem", ob. cit., p. 93.

La cuestión radica en entender, definitivamente, que el fenómeno de la desigualdad de género es una dimensión que atraviesa de arriba abajo a toda la estructura social, y que en relación con la violencia hacia la mujer esos mismos factores de riesgo están igualmente seccionados por esta construcción teórica que es el género. Y esta es, quizá, la principal debilidad de estas reinterpretaciones y objeciones que hemos señalado, derivadas de estudios que en muchos casos describen situaciones o hechos sociales sin el “velo” de género necesario.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- AÑÓN ROIG María José y MESTRE I MESTRE Ruth (2005), “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho” en *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Javier Boix Reig y Elena Martínez García (Coordinadores), Iustel, Madrid, pp. 31-63.
- BARATTA Alessandro (1983), “Problemi sociali e percezione della criminalità”, *Dei delitti e delle pene*, 1: 15-39.
- BARRÈRE María Ángeles y CAMPOS Arantza (Coordinadoras) (2005), *Igualdad de oportunidades e igualdad de género: una relación a debate*. Instituto Internacional de Sociología jurídica de Oñati, Dykinson, Madrid.
- BINSTOCK Hanna (1998a), *Violencia en la pareja: tratamiento legal. Evolución y balance*. Serie Mujer y Desarrollo N° 23, CEPAL, Naciones Unidas, Santiago de Chile.
- _____ (1998b), *Hacia la igualdad de la mujer. Avances legales desde la aprobación de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. Serie Mujer y Desarrollo N° 24, CEPAL, Naciones Unidas, Santiago de Chile.
- BIRGIN Haydée (Compiladora) (2000a), *El Derecho en el género y el género en el Derecho*. Editorial Biblos, Buenos Aires.
- BIRKBECK Christopher y LAFREE Gary (1993), “The situational analysis of crime and deviance”, *Annual Review of Sociology*, 19: 113-137.
- 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.
- BRITT Chester (1994), "Crime and unemployment among youths in the United States, 1958-1990: a time series analysis", *American Journal of Economics and Sociology*, vol. 53, Nº 1: 99-109.
- CALVO GARCÍA Manuel (2004), "El tratamiento de la violencia familiar de género en la administración de justicia" en *La respuesta desde las instituciones y el Derecho frente al problema de la violencia doméstica en Aragón*, Manuel Calvo (Coordinador), Dykinson, Madrid, pp. 49-124.
- _____ (2005a), "Evolución de la respuesta jurídica frente a la violencia familiar de género. Análisis de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género" 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. 17-54.
- _____ (2005b), *Cambio social y cambio jurídico: análisis de las reformas legales sobre violencia familiar y de género*. Laboratorio de Sociología Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza.
- CERRO Ana y MELONI Osvaldo (1999), *Análisis económico de las políticas de prevención y represión del delito en Argentina*. Eudecor, Córdoba, Argentina.
- CORSI Jorge (2004), "La violencia en el contexto familiar como problema social" en *Maltrato y abuso en el ámbito doméstico. Fundamentos teóricos para el estudio de la violencia en las relaciones familiares*, Jorge Corsi (Compilador), Paidós, Buenos Aires, pp. 15-40.
- _____ (Compilador) (2004a), *Maltrato y abuso en el ámbito doméstico. Fundamentos teóricos para el estudio de la violencia en las relaciones familiares*. Paidós, Buenos Aires.
- DEMA MORENO Sandra (2000), *A la igualdad por la desigualdad: La acción positiva como estrategia para combatir la discriminación de las mujeres*. Ediciones KRK, Universidad de Oviedo, España.
- DEVINE Joel y otros (1988), "Macroeconomic and social control. Policy influences", *American Sociological Review*, vol. 53, Nº 3: 407-420.
- DOBASH R. Rebecca y DOBASH Russell (1998), "Cross-border encounters. Challenges and opportunities" en *Rethinking violence against*

- women, Dobash y Dobash (Editores), Sage Publications, Thousand Oaks, pp. 1-21.
- FACIO Alda (1992), *Cuando el género suena, cambios trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. ILANUD, San José de Costa Rica.
- _____ (1998), “La carta magna de todas las mujeres”, *Módulo de capacitación. Convención para la eliminación de todo tipo de discriminación contra la mujer: CEDAW*, ILANUD, San José de Costa Rica. Disponible en www.ilanud.or.cr/justiciagenero/Internacional_PDF/LecturasCEDAW.pdf
- GARCÍA ALBERO Ramón (2004), “Las perspectivas de género en Derecho penal: algunas reflexiones” en *La discriminación por sexo tras 25 años de la Constitución española*, Ángeles Vivas Larruy (Directora), Cuadernos de Derecho Judicial III, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 451-492.
- GOLBERT Laura y KESSLER Gabriel (2000), “El crecimiento de la violencia urbana en la Argentina de los 90. El debate entre la explicación económica y la sociológica”, Contribución al IV Encuentro sobre Economía Social, Panamá, julio de 2000. Disponible en www.decon.edu.uy/network/mactividad.htm
- 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
- _____ (2007), *Criminología crítica y violencia de género*. Trotta, Madrid.
- _____ (2008), “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas respuestas del feminismo oficial” en *Género, violencia y derecho*, Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio Coordinadoras, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 311-327.
- 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.
- _____ (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 (2005), “Introduction: understanding controversies on family violence” en *Current controversies on family violence*, Loseke, Gelles y Cavanaugh (Editores), Sage Publications, California, pp. ix-xix.
- _____ (Editores) (2005), *Current controversies on family violence*. Sage Publications, California.
- MADRIZ Esther (2001), *A las niñas buenas no les pasa nada malo. El miedo a la delincuencia en la vida de las mujeres*. Siglo Veintiuno, México.
- MARTÍN VIDA María Ángeles (2004), *Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión*. Colección Feminae, Universidad de Granada, Granada.
- MESSNER S. y TARDIFF K. (1986), “Economic inequality and levels of homicide: an analysis of urban neighborhoods”, *Criminology*, vol. 24, N° 2: 297-317.
- NORSTRÖM Thor (1988), “Theft criminality and economic growth”, *Social Science Research*, 17: 48-65.
- OSBORNE Raquel (2009), *Apuntes sobre violencia de género*. Edicions Bellaterra, Barcelona.
- RICO Nieves (1996), *Violencia de género: un problema de Derechos Humanos*. Serie Mujer y Desarrollo N° 16, CEPAL, Naciones Unidas, Santiago de Chile.
- RUIZ Alicia (2000), “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres” en *El Derecho en el género y el género en el*

- Derecho*, Haydée Birgin (Compiladora), Editorial Biblos, Buenos Aires, pp. 19-30.
- SÁNCHEZ Mariana (1998), *Delito y condiciones macro económicas*. Editorial Lerner, Córdoba, Argentina.
- STANKO Elizabeth (2009), “¿Se puede reducir el miedo a la delincuencia que tienen las mujeres?” en *Género, seguridad pública y violencia machista*, *Revista Catalana de Seguretat Pública* N° 20, Institut de Seguretat Pública de Catalunya, mayo.
- 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.
- VIVAS LARRUY Ángeles (Directora) (2004), *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española*. Cuadernos de Derecho Judicial III, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- WELLS Jhon (1995), “Crime and unemployment”, *Employment Policy Institute Economic Report*, vol. 9, N° 1.

CREACIÓN DE LA BIBLIOTECA DE LA FACULTAD DE DERECHO EN CÓRDOBA Y OTROS DATOS HISTÓRICOS SOBRE ESA DEPENDENCIA UNIVERSITARIA (1889-1937)¹

Félix A. Torres²

Resumen: Orígenes históricos de la creación de la Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, a través de las Actas del Consejo Directivo de la Facultad y documentos del Archivo de la U.N.C. Las dificultades burocráticas que debió superar la Facultad hasta lograr finalmente su establecimiento de manera independiente de la Biblioteca Mayor. También se incorporan al texto distintos momentos de su historia mediante los informes anuales de decanos y rectores.

Palabras claves: Historia del Derecho Argentino - Historia de la Universidad de Córdoba - Facultad de Derecho - Biblioteca de Derecho

Este artículo forma parte de una investigación de mayor envergadura sobre la historia de la Facultad de Derecho en la Universidad de Córdoba que comprende desde su fundación en 1791 hasta 1955.

La fecha de creación de la biblioteca de nuestra facultad ha sido, hasta este momento, una incógnita histórica a dilucidar, lamentablemente no hemos encontrado en los archivos, ni en la misma biblioteca, una infor-

¹ Artículo recibido 25/05/2017 - Aprobado para su publicación 15/11/2017.

² Licenciado en Historia. Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Autor de numerosos ensayos y libros de Historia, entre otros Historia de la Facultad de Derecho en la Universidad de Córdoba. Tomo I. 1791-1820; Tomo II. 1821-1880; El tomo III 1881-1955 actualmente está en prensa.

mación o alguna nota o resolución que nos guiara o nos diera una pista hacia los inicios de esta institución.

De un aspecto estuve seguro, y es que hasta 1880 no funcionaba una biblioteca dependiente de la facultad, ni tampoco había interés por crearla desde el claustro profesoral o las autoridades del Consejo Superior. Fue a partir de 1881 en adelante y en consonancia con la influencia del positivismo en la Universidad de Córdoba, y especialmente en nuestra facultad, que comienza el interés por dotar de una biblioteca especializada a los estudios de Derecho.

Una cuestión importante que, en cierta manera, complicó la búsqueda de datos que nos llevara a la fecha fundacional, es que no existe una resolución u ordenanza del decanato o del rectorado, que dispusiera la creación de la biblioteca a partir de una fecha determinada por un acto administrativo. Sino más bien fue el resultado de una necesidad, que se impuso por la especificidad de los estudios jurídicos y los avances bibliográficos que se dieron en el mundo de las Leyes durante los veinte últimos años del siglo XIX, y por cierto de ahí en adelante. Puede afirmarse entonces que la biblioteca de Derecho surgió como respuesta inevitable en el decurso de la actividad docente cotidiana, al impulso de las urgencias bibliográficas de los profesores para dictar sus cátedras. Parafraseando al poeta griego Hesíodo podemos afirmar que fue el resultado natural de “los trabajos y los días”, en una actividad sin pausa destinada a formar profesionales en la administración de Justicia.

La otra exigencia en nuestra pesquisa, estuvo en el hecho de que la búsqueda documental debió realizarse correlativamente en dos repositorios archivísticos: el Archivo Histórico de la Universidad de Córdoba y el Archivo de la Facultad de Derecho. En el primer caso consultamos la Serie Documentos y Actas del Consejo Superior; en el otro revisamos las actas del Consejo Académico de la Facultad.; la complementación de ambas líneas de trabajo nos permitió llegar a la respuesta.

La primera aproximación al tema, planteado como necesidad de disponer de una biblioteca especializada, se remonta al Informe Anual de la Facultad de Derecho del año 1884, redactado por el decano Dr. José Echenique. Vale la pena incluir en totalidad las razones expuestas por el decano en su fundamentación, porque son demostrativas del pensamiento positivista imperante en las Ciencias Sociales de la época—incluido el Derecho—y que constituía el soporte científico vigente por entonces, en

las clases intelectuales de la Generación del Ochenta en Argentina. Eso solo lo justifica, pero también porque es en sí mismo un documento histórico producido por uno de los decanos más progresistas que tuvo nuestra facultad decimonónica.

Echenique después de señalar que la “Biblioteca Nacional [la Mayor de la U.N.C.] se encuentra en la actualidad en un estado tal de atraso, que no presenta utilidad ninguna o solo muy insignificante”, para la enseñanza de los estudios jurídicos, pasa a exponer una serie de conceptos referidos al avance universal de los conocimientos científicos en relación a las Ciencias Sociales, o “Morales”, como en esa época se las definía. El texto es el siguiente:

“Las ciencias morales como la filosofía, la historia, la política y la economía social, etc. presentan en estos últimos tiempos grandes afinidades con las ciencias físicas y naturales, llegando hasta el punto de adoptar para ellas el método de observación y de experiencia que las ha hecho tan fecundas. Atravesamos una época de transición científica, época de lucha y si se quiere de regeneración, y nuestra biblioteca nacional tal como se encuentra al presente, no responde al movimiento científico que se desarrolla actualmente en el mundo”.

A consecuencia de la situación que hasta ese momento había llegado el “conocimiento científico” en el área social, es que el decano solicita que:

“Por estas consideraciones no dudo en la conveniencia que habría en que la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, creara para sí y dependiente de ella, su biblioteca a semejanza de las demás Facultades de nuestra universidad y a la de Buenos Aires. Creo Sr. Rector, que en este caso, estaría en condiciones de presentar a sus alumnos todos los progresos de las ciencias que enseña y hasta hacerles conocer, si posible fuera, su última palabra.

Y no parece sino que el Excelentísimo Gobierno Nacional hubiera querido que cada Facultad tenga separadamente su biblioteca, puesto que existe en el presupuesto sancionado por el Honorable Congreso, para el año de 1885, votado una partida para bibliotecas de las facultades”.

Es evidente que la solicitud de Echenique no prosperó durante los años 1885 y 1886, porque en el Informe Anual de este último año redactado en marzo de 1887, vuelve a insistir sobre el mismo tema y la misma necesidad de la siguiente forma:

“Aun cuando la Universidad tiene una Biblioteca que presta algunos servicios a todas las Facultades, no obstante su deficiencia, constantemente se ha notado la absoluta necesidad de que esta Facultad posea una biblioteca aunque en pequeña escala, que contenga las obras de jurisprudencia más en uso y que casi diariamente precisan consultar los Señores catedráticos al dictar sus lecciones”.

A continuación en su nota le señala al rector que en oportunidad de la visita a Córdoba, del Ministro de Instrucción Pública Eduardo Wilde en 1886, “prometió enviar a la Facultad algunas obras de Derecho”, y solicitó un listado de aquellas “más indispensables para la enseñanza”; si bien la lista fue enviada a Buenos Aires el pedido no dio resultado alguno hasta la fecha de redacción del informe.

A pesar de no disponer todavía de una biblioteca propia durante el año 1887, la facultad en el proyecto de Reglamento Interno redactado en agosto de ese año por una comisión creada al respecto, incluyó en el Título 6°, denominado “Del Bibliotecario”, en el artículo 29, lo siguiente:

“Corresponde al Bibliotecario la dirección y atención de la Biblioteca de la Facultad y son sus deberes:

1°.- Llevar un índice detallado de todas las obras de la Facultad, en que deberá ser dividido por materias.

2°.-Enviar los libros que le pidieren los catedráticos, al local que fueren a dar su clase.

Artículo 30

Los libros de la Biblioteca no podrán ser prestados a nadie, ni salir fuera de ella, salvo lo dispuesto en el artículo anterior.”

Es decir, se reglamentaban las funciones pero todavía no se creaba el cargo de bibliotecario ni tampoco esa institución en la facultad.

Este dato no es menor, pues nos permite conocer el primer Reglamento que tuvo la Biblioteca de Derecho, el cual estaba vigente al momento de la creación operativa de la misma, y lo estaría todavía por muchos años más.

De todos modos creemos que el proyecto y la propuesta debieron estar en el conocimiento de todo el cuerpo profesoral y que a través de los corrillos universitarios y de las conversaciones de los docentes de Derecho con los miembros del Consejo Superior, mediante los delegados de facultad

a la máxima instancia de gobierno universitario, debió conformarse un clima favorable a la creación de la biblioteca especializada, teniendo en cuenta que ya existía en la Facultad de Leyes de Buenos Aires. Modelo en el que se miraba permanentemente la Universidad de Córdoba y estaba atenta a los logros y avances que las unidades académicas porteñas realizaban—casi siempre antes—por su cercanía a las fuentes del poder económico y político.

Así estaban las cosas en oportunidad de elevar el informe anual de la facultad al Consejo Superior correspondiente al año 1887. En esa oportunidad el decano, Dr. Echenique, escribió lo siguiente:

“Considero oportuno repetir ahora lo dicho en la Memoria correspondiente a 1886, relativamente a la necesidad de una Biblioteca, que como entonces decía,

‘aunque en pequeña escala contenga las obras de jurisprudencia y Ciencias Sociales más en uso y que diariamente precisan consultar los Sres. Catedráticos al dictar sus clases’.

Que es de absoluta necesidad, que cada Facultad tenga su Biblioteca propia, está demostrado hasta por la disposición del art.29 de los Estatutos que manda que cada Facultad tendrá un Bibliotecario. Todas las facultades de la Universidad de la Capital de la República tienen ya su Biblioteca y no hay razón para que las de la Universidad de Córdoba no sean también provistas de ella”.

Finalmente llegamos al acta del Consejo Académico de la facultad del 27 de marzo de 1888, en donde se encuentra el Presupuesto de sueldos y asignaciones proyectado para el año 1889, y en él figuran los cargos de “Bedel y Bibliotecario”, con un sueldo mensual de \$ 40 cada uno. Ambas funciones tenían a partir de ese año su correspondiente reflejo presupuestario, destinado a su aprobación, como de hecho sucedió, por el Consejo Superior.

Así entonces podemos concluir que desde el año lectivo de 1889, que normalmente comenzaba en el mes de marzo, inició sus actividades la Biblioteca de la Facultad de Derecho. De allí en adelante ya no existen nuevas solicitudes por parte de los sucesivos decanos, para la creación de una biblioteca independiente de la “Mayor”, lo cual es otro indicio de que la misma estaba en funcionamiento desde marzo de 1889.

De esta forma terminaba una época y comenzaba una nueva, en donde la Facultad de Derecho se consolidaba como unidad académica totalmente diferenciada de las otras y con un perfil propio, como así también separaba su acervo bibliográfico de la antigua biblioteca universitaria de los tiempos coloniales.

Los comienzos fueron en “pequeña escala”, como modestamente lo solicitaba el decano Echenique en el informe de 1886; así también fueron los inicios de la Facultad de Derecho allá por 1791.

Mediante la reforma de los estatutos universitarios de 1891, la biblioteca de Derecho como así también las de otras facultades dependían de una comisión creada a esos efectos. Sus atribuciones consistían básicamente en proveer la adquisición de libros referidos a la enseñanza de cada disciplina; reclamar de la facultad los fondos económicos necesarios a esos fines; solicitar sin cargo todas las publicaciones oficiales o editadas con subsidios del Estado Nacional relacionadas con la respectiva facultad; proponer a cada facultad el nombramiento y separación del bibliotecario.

Las bibliotecas debían abrir sus puertas todos los días hábiles para los miembros de la comunidad universitaria, profesores, académicos y estudiantes; otras personas sólo podían consultar los libros con permiso especial del decano. Los libros de las bibliotecas universitarias no podían ser sacados del local que estas ocupaban.

En julio de 1897 el rector de la Universidad de Córdoba elevó un informe a la Comisión de Presupuesto sobre el estado de la Biblioteca Mayor en ese momento, desde una perspectiva no solo cuantitativa sino también cualitativa del nivel científico de las obras existentes en esa dependencia. De ese documento extraemos lo referido a la biblioteca de la Facultad de Derecho para tener una idea muy próxima del material bibliográfico que utilizaban profesores y alumnos de la carrera de Leyes.

El rector señala que el área de Jurisprudencia y Ciencias Políticas “es una de las más consultadas”, que si bien fue “enriquecida con la biblioteca que perteneció al Dr. Vélez Sarsfield, está muy distante de responder al desarrollo y progreso que en estos últimos tiempos ha alcanzado esta materia”, esto es, el Derecho.

A continuación expresa que la biblioteca “posee casi todos los glosadores del Antiguo Corpus Juris Civiles, pero muy poco de los romanistas modernos, de los que (...) reflejan una nueva y viva luz sobre la histórica legislación romana”. En este rubro se echan de menos—continúa el rec-

tor—“las obras últimamente producidas sobre estas sabias leyes, muchas de las cuales señalan nuevos rumbos a la ciencia”.

Es decir, la bibliografía existente era amplia en cantidad pero no estaba actualizada en lo atinente al Derecho Romano.

Con respecto a la Jurisprudencia argentina el informe dice que está casi completa,

“pero no la colección de los códigos extranjeros, ni mucho menos los trabajos de sus actuales comentadores. Indudablemente hallamos aquí los libros de los que fundaron las ciencias político-sociales, pero se nota el vacío —sigue el rector—cuando buscamos los que se han dado a luz en los últimos veinte años, que tan interesantes son por sus nuevas doctrinas”;

algo similar a lo que ocurría con Derecho Romano, faltaba actualización de textos.

En el área del Derecho Comparado también se observa una fuerte carencia de bibliografía de base, los códigos, y sus respectivos comentadores modernos.

Como no podía ser de otra forma teniendo en cuenta sus orígenes jesuíticos, el rector menciona que, en la biblioteca se encuentra “mucho de filosofía escolástica y poco de filosofía positiva; mucho de especulación y poco de método experimental”; una conclusión lapidaria.

A continuación cita la existencia de textos de Compele, de Cousin, etc., “pero no veremos a Michelet, Zeller, Fischer, Roeder, Vogt, Lange, Haeckel, Schopenhauer, Buchner y otros”; la mayoría de éstos pertenecientes al positivismo materialista alemán.

También indica que los últimos libros adquiridos sobre filosofía cristiana son las obras del Cardenal González y la de los Padres Mir y Faber, y agrega que no poseen “todavía ninguno de los libros que sobre filosofía cristiana han publicado en estos años los modernos apologistas de la Iglesia”. Concluye diciendo que en breve se pedirá la compra de estos, “junto con algunas obras escogidas sobre psicología fisiológica”.

En síntesis, un panorama bastante pobre cualitativamente exhibía la bibliografía en el área de Jurisprudencia, careciendo de textos modernos que, sin dudas, debía tener una influencia negativa en la calidad y actualización de la enseñanza del Derecho en los últimos años del siglo XIX.

En este estado de cosas desde la perspectiva bibliográfica para los estudios de Derecho, llegamos al acontecimiento más importante para la Universidad de Córdoba en el siglo XX: la Reforma de 1918. Con todo lo que ello significó como una bisagra entre el fin de una época y el comienzo de otra; caracterizada ésta por la actualización de contenidos curriculares, democratización de la institución y también de crítica a todo un pasado universitario que fue superado por el progreso de los tiempos modernos y por la fuerza de las cosas. La biblioteca no escapó a esa crítica. Así entonces, en el informe anual correspondiente al año 1918 el decano Carlos E. Deheza hizo una evaluación muy crítica y negativa del estado en que se encontraba la biblioteca de la facultad. Comienza señalando que “debido en parte a su rudimentaria organización no ha llenado cumplidamente, hasta ahora, los fines propios de su existencia”. A continuación afirma que las bibliotecas modernas no deben ser solo un depósito de libros, más o menos accesibles al lector, sino que además deben irradiar un ambiente intelectual, estimulando las inclinaciones del público estudioso y facilitando la investigación científica o literaria.

El decano considera que nada de eso se ha llevado a cabo, por falta de iniciativa “y muy principalmente por la exigua dotación que tiene dentro del presupuesto” la biblioteca de la facultad. Por lo tanto esa dependencia ha sido hasta la fecha un organismo débil que ejerció sus funciones en forma tan rudimentaria y deficiente, que su existencia ha tenido una insignificante repercusión dentro de la vida universitaria. Para cambiar esa situación proyectó una reorganización del personal de secretaría de tal forma que el bibliotecario cumpliera únicamente las funciones inherentes a su cargo, y no como antes que se desdoblaba entre secretaría y biblioteca, y por lo tanto “no había ni auxiliar ni bibliotecario”. Además se iba a desarrollar la clasificación bibliográfica con el sistema decimal que, “constituye la última palabra en la materia y es lo más moderno que se conoce. Su implantación se ha impuesto en las principales bibliotecas del mundo (...)”, y de esta forma se compatibilizaba con el mismo sistema ya existente en la Biblioteca Mayor.

El informe era revelador con respecto a la biblioteca anterior a la Reforma de 1918, que constituyó sin dudas una dependencia más que coadyuvó al atraso y carencia de conocimientos actualizados de la enseñanza prerreforma en la facultad, tema éste que formó parte desde el principio de los reclamos estudiantiles.

En ese documento el decano también menciona la estrechez habitacional de la institución, en donde “la sala de profesores, biblioteca y secretaría, están en dos reducidas habitaciones. Ha sido indispensable habilitar para sala de profesores y para ciertos trabajos de secretaría, el salón que estaba exclusivamente destinado a sesiones del Consejo Directivo”. A continuación señala que existe un nuevo proyecto del edificio –diseñado por el ingeniero Kronfus– que era la única solución que satisfará las necesidades del establecimiento en lo que hace a los problemas edilicios. El diseño se encontraba en el Consejo Superior para su tratamiento.

Un avance muy importante en relación a la biblioteca se concretó durante el Decanato del Dr. Jorge A. Núñez, quien lo señaló en su informe anual correspondiente al año 1939 elevado al rectorado. En él se destaca la inauguración de “la nueva biblioteca con sus instalaciones modernas [que] ofrece las comodidades que requería la Facultad”, ubicada en la planta alta de la histórica institución donde actualmente todavía funciona parte de esa dependencia, la dedicada a los textos y obras “históricas” o de mayor antigüedad, y también se encuentra el museo de la facultad. La sala de lectura y el depósito bibliográfico se extendía –actualmente también– al costado y en forma paralela a una de las amplias galerías con arcos que rodean el patio central del antiguo rectorado. Con un importante subsidio de la Nación de 22.500 pesos—continúa el informe—se pudo completar “las necesidades que eran apremiantes con respecto al material bibliográfico”, mediante dos licitaciones llevadas a cabo en ese año.

Este fue el inicio de un dilatado proceso de mejoramiento y ampliación edilicia con su correspondiente incremento de contenidos bibliográficos modernos que llega hasta nuestros días; constituyendo de esta forma la biblioteca una herramienta indispensable para estudiantes y profesores de Derecho en la Facultad más antigua del país.

EL EQUILIBRIO REFLEXIVO Y LA FUNCIÓN DE LOS EJEMPLOS EN LA INVESTIGACIÓN MORAL¹

*Santiago Truccone Borgogno*²

Resumen: Este trabajo pretende ser una reconstrucción de uno del equilibrio reflexivo. Proporcionaré un concepto, enunciaré sus elementos y describiré cada uno de sus pasos. Afirmaré que puede suscribirse al uso del equilibrio reflexivo no solo desde esquemas coherentistas sino también –contrariamente a lo tradicionalmente sostenido- fundacionalistas. Afirmaré también que ambos esquemas pueden ser sensibles a la experiencia moral humana y que, por tanto, ninguno de los dos representa, necesariamente, un modo viciado de hacer filosofía moral. Finalmente, dado que muchas investigaciones morales se edifican sobre la construcción de diferentes experimentos mentales, intentaré describir ciertas ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Palabras Clave: Equilibrio Reflexivo - Coherentismo - Fundacionismo - Ejemplos

INTRODUCCIÓN

En este trabajo se intentará dar una descripción y sistematización de un modo de realizar investigaciones morales satisfactorias. El artículo pondrá su acento en el método conocido como *equilibrio reflexivo*. Sin embargo,

¹ Artículo recibido 11/05/2017 - Aprobado para su publicación 02/08/2017.

² Doctorando en Derecho (UNC); Becario Doctoral CONICET; Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales [FD-UNC]); Investigador pre-doctoral en Filosofía de la Universidad de Graz; santiago.truccone-borgogno@uni-graz.at

Quiero agradecer a Guillermo Lariguet, Romina Frontalini y Ramiro Moyano por reiteradas discusiones que hemos mantenido sobre el asunto. También a Maite Zelaya, Lucas Misseri, María del Mar Castillo, Valeria Bizarro, Matias Gonzales del Solar, Carlos Villanueva e Ignacio Gómez Perdiguero por discusiones sobre la temática.

también realizaré algunos comentarios sobre la utilización de distintas clases de ejemplos en el marco de la investigación moral. Concluiré el artículo con algunas afirmaciones sobre la importancia de la investigación moral. Aunque en este artículo se defenderán una serie de ideas originales, el principal objetivo está dado por sistematizar varios aspectos relativos a la metodología sobre investigación moral que se encuentran no sólo dispersos en la literatura sino también solamente accesibles en inglés.

En primer lugar, intentaré—siguiendo los escritos de Daniels—conceptualizarlo de un modo sencillo, enunciar sus elementos y describir cada uno de sus pasos a seguir para realizar una investigación moral satisfactoria. Segundo, se argumentará que el uso del equilibrio reflexivo es compatible no sólo con esquemas de justificación coherentistas, sino con esquemas fundacionistas. Tercero, argumentaré que para la investigación moral normativa y práctica los dos esquemas son igualmente defendibles. Cuarto, defenderé que ambos esquemas pueden ser sensibles a la experiencia moral humana y, por tanto, ninguno de los dos representa, necesariamente, un modo viciado de hacer filosofía moral. Finalmente, dado que muchas investigaciones morales se edifican sobre la construcción de diferentes experimentos mentales, intentaré describir ciertas ventajas y desventajas de cada uno de ellos, tratando de rescatar su importancia para la investigación filosófica. Concluiré este trabajo tratando de explicar por qué es importante realizar el tipo de investigaciones que será descrito en este trabajo.

1. EQUILIBRIO REFLEXIVO

Para comenzar con una investigación moral debemos mostrar que, dadas determinadas circunstancias e intereses en conflicto, la situación puede ser resuelta a través de principios que determinen cómo se debe actuar en tales casos. Imaginemos que nos estamos preguntando sobre qué hecho hace a una acción incorrecta, o si se quiere, de un modo más general, ¿por qué determinadas acciones son incorrectas? Se nos presentan una serie de casos y nuestra primera respuesta es que las acciones son incorrectas sí y solo sí su consecuencia es que dañan (o pueden dañar) a una persona. Dado que creemos esto, luego de cierta reflexión, afirmamos y apoyamos el principio que dice que es incorrecto actuar de un modo tal que su consecuencia sea que dañe (o pueda dañar) a una persona. Este principio es usualmente conocido como *principio de daño*. Ahora se nos

presenta un caso donde una acción, según las nociones que hemos estado manejando, no daña (ni puede dañar) a una persona pero que, de todos modos, nuestro juicio indica que la acción es incorrecta. ¿Cómo debemos proceder en tal caso? ¿Debemos abandonar el principio? O, en su lugar ¿debemos abandonar nuestro juicio sobre la incorrección de la acción en tal caso? O, ¿podemos hacer algo más?

Para responder a estas preguntas necesitamos realizar una investigación moral. Un modo de realizarla es a través del llamado *equilibrio reflexivo*. Este método fue formulado por primera vez por Nelson Goodman en su ensayo *Fact, Fiction and Forecast* (1955) en el campo de la lógica. Para él, ninguna regla de inferencia resultaría aceptable como un principio lógico si no es compatible con lo que consideramos como ejemplos aceptables de razonamiento inferencial (DANIELS, 2013: 3). El método se denomina equilibrio porque al final coinciden nuestros principios e intuiciones; y es reflexivo dado que conocemos tanto qué principios se ajustan a nuestras intuiciones como las premisas de su derivación (RAWLS, 1971: 20). De acuerdo a Daniels:

*El método de equilibrio reflexivo consiste en trabajar ida y vuelta entre nuestros juicios morales considerados (algunos los llaman nuestras “intuiciones”) sobre ejemplos o casos particulares, los principios o reglas que creemos que los gobiernan, y las consideraciones teóricas que creemos que llevan a la aceptación de estos juicios considerados, principios o reglas, revisando a cada uno de estos elementos siempre que sea necesario a fin de lograr una coherencia aceptable entre ellos (DANIELS, 2013:1).*³

Así descrito, el método corresponde a lo que se llama equilibrio reflexivo *amplio*. Este se diferencia del equilibrio reflexivo *estrecho* en que mientras este último pretende encontrar coherencia solamente entre (1) un conjunto de juicios morales considerados (intuiciones) y (2) un conjunto de principios morales; el equilibrio reflexivo *amplio* también pretende encontrar coherencia con (3) un conjunto de teorías de fondo relevantes (*background theories*).⁴ Para decirlo en términos sencillos, aún a riesgo

³ Traducción propia.

⁴ Las etiquetas de equilibrio reflexivo *amplio* y *estrecho* aparecen por vez primera en el ensayo de Rawls de 1974: “Independence of Moral Theory”, *Proceedings of the American Philosophical Association* 49. (RAWLS, 1993: 9)

de ser impreciso: en el caso puesto como ejemplo, el equilibrio reflexivo *estrecho* sería alcanzado una vez que se ha obtenido coherencia entre el *principio de daño* y la intuición que afirmaba que en el caso presentado donde no había daño, la acción era –de todos modos– incorrecta. Esta coherencia puede ser alcanzado o bien reformulando el principio de daño para hacerlo compatible con la intuición o mostrando que el caso tiene ciertas características especiales que hacen que tal principio no se aplique allí, o –finalmente– abandonando el principio o la intuición si nos damos cuenta de que uno de ellos es indefendible.

Sin embargo, esto no será suficiente para alcanzar un equilibrio reflexivo *amplio*. Nuestros juicios deben ser coherentes también con nuestras teorías de fondo. En la medida en que esto último no suceda, sólo estaremos en presencia de equilibrio reflexivo *estrecho*. La importancia de arribar a un equilibrio reflexivo *amplio* está dada porque sólo este último está en condiciones de proporcionar una aproximación normativa sobre la justificación moral (de principios e intuiciones). Sólo este método se pregunta sobre el conjunto de creencias relativas a la justicia que deben ser aceptadas.⁵

1.1. Equilibrio reflexivo: elementos y esquema

En la medida en que lo que estamos buscando es una teoría moral “normativa”, esto es, una que regule nuestras acciones, el equilibrio reflexivo que interesa es el *amplio*. Para entenderlo de un mejor modo resulta de utilidad explicar cada uno de sus elementos y esquematizar, aunque sea de modo breve, el proceso.

⁵ “De hecho, un equilibrio reflexivo estrecho puede ser caracterizado como típicamente utilitarista, otro como Kantiano o tal vez como Libertario. Como resultado, todavía tendríamos que responder a una pregunta importante sobre la justificación no resuelta por el método de equilibrio reflexivo estrecho: ¿qué conjunto de creencias sobre la justicia deberíamos aceptar? Dado que el equilibrio reflexivo estrecho no responde a esta pregunta, puede parecer un método descriptivo apropiado para la antropología no para una tesis normativa sobre la justificación en ética” (DANIELS, 2013: 5). [Traducción propia].

1.1.1. Elementos

El equilibrio reflexivo amplio busca ordenar coherentemente tres conjuntos de creencias: (1) un conjunto de juicios morales considerados (o intuiciones), (2) un conjunto de principios morales y (3) un conjunto de teorías de fondo relevantes.

Juicios morales considerados (intuiciones)

Si hubiera que definir qué es lo que se considera como juicio moral considerado podría decirse que es un juicio moral que no es resultado de un razonamiento inferencial. Sin embargo, esta línea no explica demasiado. John Rawls (1951: 181-183) ha dado algunas características importantes que, según él, ayudan a definir qué son los juicios morales considerados o intuiciones:

- i. La principal característica es que los juicios morales deben ser *intuitivos* en relación a principios más generales. Es decir, no deben estar determinados por una aplicación consciente de principios. No obstante, afirma Rawls, esto no quiere decir que los juicios sean impulsivos o instintivos. Un juicio intuitivo, sostiene él, puede ser consecuencia de una investigación sobre los hechos del caso y puede seguir a una serie de reflexiones sobre los posibles efectos de decisiones diferentes. Lo que es importante es que el juicio no esté determinado por una aplicación sistemática y consciente de principios morales. Los juicios morales considerados surgen por sí mismos.
- ii. El agente que formula el juicio moral considerado no debe ser castigado ni debe recibir ninguna “ganancia” por su afirmación. Esto es importante para garantizar la imparcialidad en el juicio y evitar distorsiones al proferirlo.
- iii. El juez debe tener relativa confianza en el juicio que acaba de proferir. El juicio debe ser certero.
- iv. El juicio debe ser precedido por una investigación cuidadosa de los hechos del caso.

Principios Morales:

Un principio –*grosso modo*– es una explicación satisfactoria al conjunto total de juicios morales considerados capaz de apoyar la premisa referida a que determinados intereses tienen preferencia sobre otros que están en conflicto. Rawls da ciertas características negativas y algunas positivas en relación a esta clase de explicaciones (RAWLS, 1951: 184-186). En cuanto a las características negativas afirma que una explicación ni es un análisis del significado de los términos morales, ni está preocupada por lo que las personas intentan afirmar cuando usan términos morales o hacen juicios morales sobre casos particulares. En cuanto a las características positivas afirma: i) la explicación debe poder ser aplicada de modo inteligible por un agente competente; ii) debe ser comprensiva, es decir, debe explicar todos los juicios con la mayor elegancia y simplicidad posible.

Teorías de Fondo:

Las teorías de fondo se refieren al conjunto de teorías morales y no-morales rivales capaces de apoyar diferentes clases de principios e intuiciones. Entre las teorías morales de fondo podemos encontrar, por ejemplo, al utilitarismo, a la ética kantiana, al contractualismo, etc. En relación a las teorías no-morales, la referencia es –por ejemplo– a las teorías sobre el rol de la moralidad en la sociedad o a las diferentes teorías sobre la persona o identidad personal, etc.

1.1.2. Esquema

Luego de explicar cada uno de los elementos del método, ya estamos en condiciones de ver como procede. Para hacerlo, seguiré a Norman Daniels (1996: 48-49) quien es ilustrativo en el modo en que se debe proceder para satisfacer los extremos del equilibrio reflexivo amplio:

Deben colectarse los juicios morales iniciales de las personas (intuiciones) y filtrarlos para incluir sólo aquellos respecto de los cuales se tiene relativa seguridad y se han obtenido bajo condiciones que generalmente conducen a evitar errores en el juicio. Estos juicios serán aquellos que se conformen a las características explicadas arriba.

- i. Deben proponerse diferentes conjuntos de principios morales que tengan diferentes grados de “encaje” con los juicios morales considerados (intuiciones). Que un principio “encaje” mejor con las intuiciones es una razón para adoptarlo.
- ii. Se proponen argumentos filosóficos contruidos como inferencias de las teorías de fondo capaces de revelar las fortalezas y debilidades del conjunto de principios rivales
- iii. El agente (juez moral) debe trabajar de ida y vuelta, revisando sus juicios morales considerados (intuiciones) iniciales, principios morales y teorías de fondo.
- iv. Puede considerarse que la investigación moral ha sido exitosa cuando se ha alcanzado un *equilibrio* entre todas estas creencias.

1.2. Coherentismo y fundacionismo

¿Cuándo puede considerarse que se ha alcanzado un *equilibrio* entre todo el conjunto de creencias? La respuesta a esta pregunta depende, en parte, de cuál sea la posición que se defienda sobre la estructura de la justificación. Los dos enfoques más influyentes sobre la estructura de la justificación son el coherentismo y el fundacionismo. De acuerdo al coherentismo las creencias morales están justificadas en términos de su relación, particularmente de las de tipo inferencial, con otras creencias. Por el contrario, según el fundacionismo algunas creencias están auto-justificadas, al menos en sentido de que su justificación no depende de su relación con otras creencias (McMAHAN, 2013: 110). Para decirlo con una metáfora conocida, mientras para el coherentismo la justificación se estructura como una red, para el fundacionismo como un edificio.

1.2.1. Coherentismo y equilibrio reflexivo

De acuerdo a los enfoques coherentistas, el equilibrio reflexivo habrá sido alcanzado cuando se ha obtenido (a) *consistencia* suficiente entre los tres niveles de creencias. Este requisito se habrá satisfecho luego de que se hayan revisado y refinando las diferentes creencias donde sea que surjan diferentes retos o conflictos entre ellas. Así, los principios formulados deben ser consistentes con los juicios morales considerados y con los

argumentos inferidos desde diferentes teorías de fondo. Es decir, la justificación se habrá alcanzado cuando se haya obtenido una coherencia en el todo. Para seguir con el ejemplo inicial, afirmaremos que hemos alcanzado equilibrio reflexivo amplio cuando nuestro (1) “principio de daño” sea compatible con nuestra (2) intuición en el caso particular que afirmaba que estábamos en presencia de una acción incorrecta aun en ausencia de daño y (3) con nuestras teorías de fondo, sean morales (por ejemplo, con el utilitarismo o ética kantiana, etc.) o no morales (por ejemplo, con nuestro entendimiento sobre la identidad personal)

Dicho esto, no obstante, quienes adscriben al coherentismo no pueden afirmar que el principio propuesto como resultado de la investigación moral será satisfactorio solamente sobre la base de que forma parte de un todo coherente con el resto de las creencias. Si esto fuera suficiente, entonces, sólo bastaría con abandonar o eliminar la creencia conflictiva –sin importar lo persuasiva o convincente que pueda ser– para tener éxito en el desarrollo de la investigación moral.⁶ Daniels, por ejemplo, afirma que el método se realiza correctamente y se ha alcanzado equilibrio reflexivo cuando además de que haya (a) *consistencia* entre los tres niveles de creencias, las teorías de fondo muestren que los principios son (b) *más aceptables* que sus alternativos, y lo hacen con cierto grado de (c) *independencia* del hecho de que ese principio es el que mejor “encaja” con determinado juicio moral considerado (DANIELS, 1996: 49).

Un principio es (b) *más aceptable* que su alternativo, o si se quiere –en términos Rawlsianos– más razonable, si: i) muestra una mayor capacidad para ser aceptado por los agentes morales luego de que cada uno de ellos hayan analizado libremente sus méritos en una discusión crítica abierta comparándolo con sus propios juicios morales considerados; ii) muestra una mejor capacidad explicativa en instancias de conflictos de opinión entre agentes, de modo tal que sea aceptable para todos o casi todos y iii)

⁶ Esto se sigue del hecho, afirmado por el coherentismo, de que ninguna creencia es inmune a rechazo. En términos de Daniels “ningún juicio moral de ningún nivel es irrevisable” (1996: 60). [Traducción propia] Afirma McMahan en tono crítico: “De acuerdo con el coherentismo, ninguna creencia es inmune a rechazo, no importa cuán persuasiva pueda ser. Si su eliminación de la red de creencias mejora la coherencia total dentro de la red, la creencia debe abandonarse. (...) Hay algunas creencias que simplemente no podemos abandonar por el bien de una creencia mayor” (2013:113). [Traducción propia].

cuando en caso de entrar en conflicto con un juicio moral considerado (intuición) se percibe que es el juicio, y no el principio, el equivocado (RAWLS, 1951: 187-188). Por su parte, la (c) *independencia* será alcanzada cuando exista cierto grado de desunión entre el o los juicios morales considerados que restringen a las teorías de fondo y el o los juicios morales considerados que restringen a los principios morales.⁷

1.2.2. Fundacionismo y equilibrio reflexivo

Suele entenderse por fundacionismo a aquella posición sobre la estructura de justificación del conocimiento que afirma que toda creencia justificada descansa en una creencia que está justificada de manera no inferencial (FURMETON, 2016). De esta manera, dado que desde esta posición existen ciertas creencias “inamovibles” o “fundantes”, suele sostenerse que el equilibrio reflexivo es incompatible con los enfoques fundacionistas (DANIELS, 2013: 2; JAMIESON, 2004: 645).

Aunque existen varios modos de explicar esta afirmación relacionadas con el rasgo “fundante” de determinadas creencias, aquí sólo analizaremos la posición de aquellos que se han mostrado adversos a la aceptación de la idea de que las intuiciones morales tengan autoridad epistémica. De esta manera, pareciera que, en relación a este elemento no hay nada que equilibrar y, por tanto, el equilibrio reflexivo sería incompatible con el fundacionismo. Peter Singer, por caso, luego de intentar mostrar por qué los juicios morales considerados son inculcados por el entorno (SINGER, 1974: 516), argumenta que si un principio moral fundamental es incompatible con nuestros juicios morales considerados o intuiciones (así adquiridos) y debemos decidir entre abandonar el principio o las intuiciones, sería extraño apostar en contra del principio fundamental (SINGER, 1974: 517). En un trabajo más reciente, y en línea con lo anterior, sostiene:

⁷ “Suponga algún conjunto de juicios morales considerados (a’) juega un papel para restringir teorías de fondo en (c). Entonces nos estamos preguntando si alguna porción interesante y no trivial de (a’) debería estar “desunida” del conjunto (a) que restringe al principio (b). Nuestra restricción de independencia es el requisito referida a que entre (a’) y (a) debe haber un grado importante de desunión.” (DANIELS, 1996: 49). [Traducción propia].

Una teoría ética normativa, sin embargo, no trata de explicar nuestras intuiciones morales comunes. Puede rechazarlas a todas y puede seguir siendo superior a otra teoría normativa que coincida mejor con nuestros juicios morales. Una teoría moral normativa no es un intento de responder a la pregunta ‘¿Por qué pensamos como lo hacemos sobre cuestiones morales?’ Incluso sin un entendimiento evolutivo sobre la ética, es obvio que la pregunta ‘¿Por qué pensamos como lo hacemos sobre cuestiones morales?’, puede requerir una investigación histórica antes que filosófica (SINGER, 2005: 345).⁸

Para este tipo de filósofos, entonces, el modo de proceder en una investigación moral debe ser, primero, encontrar una teoría moral general, para luego aplicar sus consecuencias a cada uno de los casos particulares que deba enfrentar.⁹ Dado que los principios morales son más fundamentales –y autoevidentes–, esto es todo lo que necesitamos conocer para realizar una investigación satisfactoria. Por lo tanto, dado que según este enfoque las intuiciones no tienen valor justificatorio, no hay nada que equilibrar.¹⁰

Sin embargo, el anterior no es el único modo de proceder al que pueden apelar los teóricos fundacionistas. Ellos también pueden apelar al equilibrio reflexivo, y de un modo compatible con la afirmación de que ciertas creencias son fundantes. El modo de proceder es casi idéntico al explicado previamente en este trabajo. Sin embargo, dada esta lectura fundacionista, existen dos diferencias. La primera es que los principios y las intuiciones no tienen el mismo valor: “Los principios son fundacionales respecto de las intuiciones” (McMAHAN, 2013:114).¹¹ La segunda diferencia, relacionada estrechamente con la anterior, es que el valor de las intuiciones se deriva del valor de los principios más profundos. Su importancia está dada solamente por el hecho de que a través de ellas se

⁸ Traducción propia.

⁹ Afirma Singer: “Una teoría moral normativa es un intento de responder a la pregunta ¿Qué debemos hacer? Es perfectamente posible responder a esta pregunta afirmado: ignora todos los juicios morales ordinarios y has lo que produzca las mejores consecuencias” (SINGER, 2005: 345-346). [Traducción propia]

¹⁰ No debe perderse de vista que, de acuerdo al fundacionismo, aunque es posible que tanto principios como intuiciones tengan carácter no inferencial, sólo los primeros (o alguno de los primeros) tiene valor justificatorio fundante. El mero carácter no inferencial de algunos elementos no proporciona, por si solo, justificación.

¹¹ Traducción propia.

pueden descubrir los principios fundamentales. Esto es, las intuiciones tienen un valor instrumental en la investigación moral. Bajo estas líneas es posible afirmar que tanto coherentistas como fundacionistas pueden utilizar el equilibrio reflexivo en sus investigaciones morales. Sin embargo, alcanzar *equilibrio* tiene un significado diferente para los dos enfoques. Mientras para los fundacionistas un alto grado de equilibrio entre los tres niveles de creencias es útil para *descubrir* los principios morales más fundamentales, para los coherentistas el equilibrio reflexivo es mejor entendido como un proceso de *construcción* de la teoría moral.

Ya hemos explicado cuándo, según el enfoque coherentista, se alcanza el equilibrio. No obstante, ¿cuándo puede decirse que se ha alcanzado equilibrio según el enfoque fundacionista? De acuerdo al esquema de equilibrio reflexivo propuesto por Jeff McMahan (2013:111-114) podría sostenerse que para que la investigación moral sea exitosa deben darse tres requisitos. Podemos nombrarlos de igual manera que lo que lo hace el coherentismo. Se habrá alcanzado equilibrio reflexivo cuando haya (a') *consistencia*; cuando el principio al que se arrije sea (b') *más aceptable* que sus rivales, y cuente con (c') *independencia* en cuanto a su credibilidad. Aunque los extremos que deben probarse para que se consideren satisfechos serían, de este modo, similares al esquema coherentista, las razones para cumplir con estos requisitos difieren según el enfoque sea coherentista o fundacionista.

El primer requisito es (a') *consistencia*. Aquí, este requisito no es una apelación a la bondad de la coherencia por sí misma, sino al valor epistémico que posee en la tarea de disminuir las posibilidades de error en la búsqueda de los principios morales fundamentales. La coherencia ayuda a eliminar las creencias morales producidas por fuentes distorsivas en la expresión de juicios morales, tales como el autointerés, fallas en el razonamiento, creencias metafísicas falsas, facultades disminuidas, etc.

El segundo requisito es que los principios propuestos sean (b') *más aceptables* que sus competidores. Deben cumplirse dos condiciones para que este requisito sea satisfecho. La primera es que aquello a lo que nos compromete determinado principio en casos particulares no sea más implausible que aquello a lo que nos compromete algún principio rival. Para saber esto, debemos entender a qué nos compromete cada principio en los casos particulares. Se ha llamado a ésta, condición de la (b'1) *modestia* (Boonin, 2014: 22). La segunda condición supone que un principio será

más aceptable en la medida en que facilite el descubrimiento de valores más profundos y nos aporte creencias sobre casos particulares que converjan con los valores más profundos. Podría entenderse a ésta, como condición de la (b'2) *robustez* (BOONIN, 2014: 21), en el sentido de que el principio será más aceptable mientras más robusta sea su capacidad epistémica y explicativa.

El tercer requisito es el de la (c') *independencia*. De acuerdo al coherentismo, este requisito se encuentra satisfecho cuando hay cierto grado de desunión entre el o los juicios morales considerados que restringen a las teorías de fondo y el o los juicios morales considerados que restringen a los principios. Aquí, por el contrario, no se requiere para que se satisfaga el requisito de la independencia que haya desunión entre diferentes juicios morales considerados. Todo lo que se requiere es que el principio que soporta determinada intuición o juicio moral considerado tenga él mismo credibilidad independiente del hecho de “encajar” mejor con determinada intuición. Esto puede darse, por ejemplo, cuando el principio tenga atractivo intuitivo por sí mismo.

1.3. Equilibrio reflexivo: ¿coherentismo o fundacionismo?

Si la reconstrucción anterior es correcta, esta pregunta no debería inquietar demasiado, al menos a quienes pretenden embarcarse en una investigación moral que aspire a obtener un resultado capaz de solucionar determinado problema práctico. Como se ha visto, si se utiliza como método al equilibrio reflexivo, entre ambos enfoques pueden ser rastreadas varias semejanzas a la hora de desarrollar la investigación moral. Desde ambos enfoques es posible comenzar con intuiciones sobre problemas particulares. Luego deben proponerse diferentes principios analizando cuál de estos explica de mejor manera las intuiciones. Luego, para alcanzar un equilibrio reflexivo amplio, estos dos elementos deben ser coherentes con las teorías de fondo. Los enfoques coherentistas buscaran esta consistencia como prueba de justificación de determinado principio, en tanto que para los enfoques fundacionistas esta consistencia es indicativa de que es más probable que se haya encontrado un principio moral más fundamental. En síntesis, donde para los coherentistas alcanzar equilibrio reflexivo implica que tal o cual principio estará justificado, para los fundacionistas implica que hay más probabilidades que el principio sostenido sea correcto y fundamental.

Ambos enfoques se enfrentan a problemas conocidos. El coherentismo, por ejemplo, debe responder a la pregunta de por qué las creencias ponderadas tienen fuerza normativa. Que exista un gran número de conjuntos de creencias equilibradas no significa que exista una razón para suponer que cualquiera de estas constituya una teoría verdadera (JAMIESON, 2004: 645). Una sociedad abiertamente inmoral, a través del equilibrio reflexivo, podría llegar a soluciones perfectamente equilibradas, pero inmorales. El fundacionismo, por su parte, debe responder a la pregunta de cómo puede ser que algunas creencias no precisen justificación (JAMIESON, 2004: 643). No obstante la importancia de esta discusión en el campo específico de la epistemología, ella no debería preocuparnos a la hora de realizar una investigación moral práctica o normativa, en la medida en que el método que se siga sea el equilibrio reflexivo tal cual fue delineado aquí.

1.3.1. Fundacionismo y desconexión de la experiencia moral

Ahora bien, ¿existe algún argumento en favor de uno u otro enfoque que pueda hacer que uno sea preferible sobre el otro para la investigación moral normativa y práctica? Hugo Seleme (2014) ha argumentado que ciertas formas de fundacionismo tienden a llevar a un modo viciado de hacer filosofía moral. Siguiendo a Bernard Williams afirma que este vicio consiste en *desconectarse de la experiencia moral*. Afirma Seleme:

El error reside en creer que una convicción moral es irreflexiva, y no puede ser utilizada como una razón, a menos que exista una razón para utilizarla de esta manera. Lo equivocado es [continúa él diciendo] desgajar la reflexión moral de la experiencia moral, para concluir que toda creencia moral que no puede justificarse a partir de una razón ulterior es por ese mero hecho un prejuicio que no debe ser atendido (SELEME, 2014: 272).

La desconexión con la experiencia moral consistiría en no poder tomar determinada creencia moral como razón y, por tanto, como guía para la acción, a menos que exista una razón para hacerlo. El argumento de Seleme no sería problemático si se dirigiese sólo a la clase de fundacionismo que le niega cualquier valor a las creencias o intuiciones morales particulares que en este trabajo se ha ejemplificado a través de la posición de P. Singer. Sin embargo, el argumento de Seleme pretende también ser

una objeción a la clase de investigación fundacionista que les asigna a las intuiciones morales un rol epistémico. Esta clase de investigación es la que se ha defendido aquí como un modo plausible de entender al equilibrio reflexivo. Para Seleme, “lo relevante es que ambas posiciones [fundacionistas] comparten la idea errónea de que es irreflexivo e injustificado tomar algo como una razón, a menos que exista una razón para utilizarla de esta manera” (SELEME, 2014: 273).

Para analizar si el argumento del autor es correcto, creo que, primero, debe hacerse una distinción. Esta radica en la diferencia entre la *inexistencia* de una razón y el *desconocimiento* de esta. Seleme afirma, en un primer momento, que el rasgo que lleva a desconectarse con la experiencia moral es sostener que una intuición no cuenta como razón a menos que exista una razón para utilizarla de ese modo. Sin embargo, al avanzar con su argumento, afirma algo ligeramente diferente. Luego de explicar que para el fundacionismo toda creencia moral debe estar justificada en otra creencia o principio moral afirma “cuando un principio entra en conflicto con una creencia moral particular –(...)– es la intuición moral particular la que debe ceder, a menos que *encontremos* un principio general que la justifique” (SELEME, 2014: 272).¹² Y más adelante concluye: “las creencias morales particulares no son irreflexivas por el mero hecho de que *no pueda brindarse* un principio general en su respaldo” (SELEME, 2014: 274).¹³

Creo que aquí está el problema. Del hecho de que no se *encuentre* un principio moral para justificar una intuición, o del hecho de que *no pueda brindarse* un principio moral en su respaldo no se sigue –necesariamente– que *no exista* tal principio moral y que, por tanto, la intuición en cuestión tenga que ser abandonada. También puede seguirse que *no se conoce* tal principio moral. Si se adscribe al tipo de fundacionismo que utiliza al equilibrio reflexivo dotando a las intuiciones de valor epistémico para descubrir principios generales, y la convicción moral es muy fuerte, se haría mal en abandonarla meramente porque no se conoce el principio que la justifica. Para Seleme, el problema del fundacionismo es que desecha a las intuiciones morales de manera muy rápida, llevando de ese modo a la desconexión con la experiencia moral. Sin embargo, en la medida en que, de acuerdo a este tipo de fundacionismo, los principios son fundacionales

¹² El resaltado me pertenece.

¹³ El resaltado me pertenece.

sobre las intuiciones, desechar una intuición sobre la base —meramente— de que no se conoce el principio que la justifica, es claudicar en la búsqueda de principios fundamentales. Si una intuición moral es muy fuerte, eso es una razón para asumir que detrás de ella existe un principio moral fuerte, sólo que aún no se lo conoce. Al decir de McMahan:

Mientras considero a los principios en lugar de nuestras intuiciones como fundacionales, no pienso que la investigación moral pueda proceder deduciendo conclusiones sobre casos particulares de principios morales auto-evidentes. Más bien, el orden de descubrimiento es el inverso al orden de justificación. Aunque los principios morales profundos tienen prioridad explicativa, tenemos que trabajar hacia ellos a través de nuestras intuiciones del mismo modo que los científicos trabajan hacia los principios generales a través de los datos sensibles (McMAHAN, 2013:114).¹⁴

Si este argumento es correcto, entonces abrazar este tipo de fundacionismo no requiere que el investigador se desentienda de la experiencia moral. Todo lo contrario, donde una intuición no pueda ser explicada a través de un principio conocido, pero de todos modos se sienta que es muy convincente, habrá una razón para otorgarle importancia. Después de todo, puede ser un indicio de que detrás de ella se erige un principio moral fundamental. Por lo tanto, del hecho de que se crea que una convicción moral no pueda utilizarse como razón a menos que exista una razón para utilizarla de esta manera, no se sigue directamente que se ha desgajado la reflexión moral de la experiencia moral. Todo lo que se sigue es que no se conoce si detrás de esa intuición hay un principio. Y para conocer si existe y, en ese caso, descubrir cuál es, nada mejor que tomarse a la intuición con la mayor seriedad posible.

Creo que, ante lo que he argumentado, podría protestarse del siguiente modo. Podría aceptarse que dado el valor epistémico que para este tipo de fundacionismo tienen las intuiciones, estos teóricos no se desentenden de ellas. E incluso podría aceptarse que, dado el rasgo anterior, este tipo de fundacionismo les otorga un rol importante a las intuiciones en la investigación moral. Sin embargo, podría objetarse que, que esto sea así no quiere decir que los teóricos fundacionistas puedan tomar a las intui-

¹⁴ Traducción propia.

ciones como razones para actuar moralmente, llevando de este modo a una desconexión con la experiencia moral. Recordemos que, para Selemé, el error consiste en tomar a una intuición como irreflexiva en el sentido de que no puede ser utilizada como razón a menos que exista una razón para emplearla de ese modo.

Un modo de responder a esta objeción sería el siguiente. Si bien es cierto que, para esta posición fundacionista, para que toda intuición pueda ser tomada como razón se requiere que esté justificada en un principio más fundamental, no es verdadero que este tipo de fundacionismo requiera que se conozca tal principio para tomar a la intuición como una razón. Podría argumentarse que lo único que se requiere es que sea probable que tal principio exista. Hemos dicho que las intuiciones juegan un papel importante en el descubrimiento de tales principios. Si se acepta esto, entonces podría sostenerse que a medida que la intuición moral es más fuerte o más convincente, el grado de probabilidad de que exista un principio fundamental que justifique a la intuición también aumenta. E inversamente, si un principio conocido tiene, en casos particulares, conclusiones contraintuitivas, no necesariamente se sigue que deben abandonarse las intuiciones en lugar del principio. Parece más razonable suponer que eso es indicativo de que decrece la probabilidad de que el principio conocido sea fundamental.

Si esto es así, entonces ante la pregunta de si los fundacionistas pueden tomar a las intuiciones como razones para realizar tal o cual comportamiento, la respuesta es positiva. Si una intuición es muy convincente, esto aumentará las probabilidades de que ella sea expresión de un principio más fundamental, y, por tanto, no habrá nada de extraño en tomarla como razón. De modo tal que este tipo de fundacionismo, por más que entienda que los principios son fundacionales en relación a las intuiciones, no necesariamente tiene que efectivamente encontrar una razón para tomar a una convicción moral como reflexiva. Todo lo que necesita es que sea probable que exista tal razón. Y para esto, nada mejor que el indicio que aporta una intuición moral convincente.

2. LA FUNCIÓN DE LOS EJEMPLOS EN LA INVESTIGACIÓN MORAL

Habiendo discutido varios aspectos del equilibrio reflexivo, quisiera ahora virar la discusión hacia el análisis de un elemento muy utilizado en la investigación moral: los ejemplos. El papel e importancia de los ejemplos

en la investigación moral es similar al de los experimentos en laboratorios en las ciencias naturales. Así, del mismo modo que en las ciencias físicas, químicas o naturales se realizan experimentos en laboratorios con el fin de aislar elementos y analizar diferentes reacciones, los filósofos morales construyen diferentes clases de ejemplos para poder aislar propiedades relevantes y hacer surgir o “testear” intuiciones y principios morales. Los ejemplos, también llamados *experimentos mentales*, son una pieza importante en la investigación moral. En este punto describiré los distintitos tipos que pueden ser utilizados, explicando sus ventajas y desventajas para la investigación moral. Según una clasificación tradicional, los ejemplos pueden ser: (1) literarios; (2) reales; (3) hipotéticos, o (4) imaginarios (JAMIESON, 2004; O’NEILL, 1986).

2.1.1. Ejemplos literarios

Esta clase de casos son tomados de obras literarias. Tradicionalmente, estos ejemplos han tenido atractivo en la investigación moral ya que ayudan a comenzar a explicar, de una manera generalmente conocida por todos, aquello que se quiere decir. Recurrir a ellos es un modo mutuamente comprensible de “describir lo que se quiere decir” (O’NEILL, 1986: 11). Asimismo, imponen una perspectiva al espectador y un contexto de imposición al investigador sin costos, en la medida en que no se desafíe la interpretación normal del ejemplo. Otra de las ventajas de la utilización de esta clase de ejemplos es que, como *narraciones* que son, presentan detalles que, de otro modo, pasarían desapercibidos.¹⁵ Esto puede ayudar a hacer surgir intuiciones que no serían accesibles de otro modo. Sin embargo, el problema con estos ejemplos es que parece que la interpretación de ellos está atada a lo que el autor del texto literario ha tenido en mente al momento de escribirlo. Esta influencia puede viciar la genuinidad de la intuición moral buscada a través de él. Por otro lado, alejar a los personajes

¹⁵ En ocasión de comentar un libro sobre literatura y bioética, Guillermo Lariguet ha afirmado: “la literatura aventaja a otros discursos por su atención al contexto complejo de una decisión moral, a los detalles y matices de los dilemas morales y de las experiencias duras que, con relación a la enfermedad, viven los enfermos, sus cuidadores y otros agentes como los profesionales médicos y enfermeros” (LARIGUET, 2015: 101).

de las características o el papel que han tenido en los textos originales puede generar intuiciones, también, viciadas.

2.2. Ejemplos reales

Estos ejemplos, también llamados ostensivos, están tomados de la vida real. Señalan actos o personas reales que poseen características que se entienden como moralmente relevantes (O'NEILL, 1986: 7). La ventaja de estos ejemplos radica en que nos presenta una situación concreta que, sin lugar a dudas, tiene importancia que sea resuelta por un principio moral. Sin embargo, quizás, el mayor problema está dado porque dado que raramente contienen todas las propiedades relevantes, difícilmente pueden explicar completamente qué clase de acto debe ser realizado en el problema moral que se está analizando. Y aún si las poseen, la relación del caso real con el problema moral que se quiere analizar debe guiarse por cierta comprensión (necesariamente indeterminada) de los aspectos moralmente significativos del ejemplo (O'NEILL, 1986: 8). Estos dos problemas, nuevamente, pueden distorsionar nuestros juicios morales y los principios formulados relativos al asunto respecto del cual estamos investigando.

2.3. Ejemplos hipotéticos

Estos “son casos de situaciones o acontecimientos que han tenido lugar o podrían tener lugar sin obligarnos a reescribir la física o cambiar nuestra concepción básica de cómo funciona el mundo” (JAMIESON, 2004: 684). Un ejemplo de este tipo sería uno que vaya haciendo surgir nuestras intuiciones sobre las ventajas y desventajas de diferentes políticas sobre el cambio climático, las que tendrán distintos impactos sobre la calidad de vida de las personas futuras (PAGE, 2006: 18). Este tipo de ejemplos son de los más usuales en la filosofía moral contemporánea y su ventaja radica en que, sin ser casos imaginarios, permiten aislarnos de circunstancias reales y arribar a soluciones con un mayor grado de imparcialidad. Asimismo, sin ser casos reales, nos permiten observar cómo opera un principio moral o “testear” una intuición en casos que podrían tener lugar en situaciones cotidianas. Por estas razones, siempre que sea posible, en este trabajo intentaré acudir a este tipo de ejemplos.

2.4. Ejemplos imaginarios

Esta clase de ejemplos son usualmente considerados como los más problemáticos en la investigación moral, y se sugiere evitar su uso cada vez que sea posible. Aunque estos ejemplos suponen posibilidades lógicas, sólo podrían suceder en un mundo muy distinto al nuestro (JAMIESON, 2004: 648). Uno de los ejemplos imaginarios más famosos utilizados en filosofía moral es el siguiente:

Entro en el teletransportador. He estado antes en Marte, pero sólo a través del viejo método, un viaje en nave espacial que dura varias semanas. Esta máquina me enviará a la velocidad de la luz. Yo meramente he presionado el botón verde. Al igual que otras veces, estoy nervioso. ¿Funcionará? Me recuerdo a mí mismo lo que he dicho que espero. Cuando apriete el botón, perderé la conciencia y me despertaré en lo que parecerá sólo un momento después. De hecho, habré estado inconsciente sólo por una hora. El Scanner aquí en la tierra destruirá mi cerebro y mi cuerpo, mientras copia exactamente cada característica de todas mis células. Él transmitirá la información por radio. Viajando a la velocidad de la luz, el mensaje tomará tres minutos en llegar hasta el Replicador en Marte. Éste creará, a partir de materia nueva, un cerebro y un cuerpo exactamente como el mío. Este será el cuerpo en el que despertaré. (PARFIT, 1987: 199).¹⁶

Derek Parfit utiliza este ejemplo para dar inicio a su investigación moral sobre la identidad personal. De acuerdo a él, si uno cree que sobrevive luego de haber entrado en el tele-transportador, eso es indicativo de que se apoya (de modo intuitivo) una teoría de la identidad personal como continuidad psicológica. En cambio, si uno cree que morirá, entonces eso es indicativo de que apoya (también de modo intuitivo) una teoría de la identidad personal basada en la unidad del cuerpo o del cerebro a través del tiempo.

El uso de los ejemplos imaginarios se ha criticado desde varios frentes. Derek Parfit, quien quizás sea uno de los filósofos que más apela a este recurso, es consciente de esto. Él mismo, luego de proponer el ejemplo que acabamos de mostrar, cita a Quine del siguiente modo en crítica a su propia posición:

¹⁶ Traducción propia.

El método de la ciencia ficción tiene sus usos en filosofía, pero... Me pregunto si son tenidos en cuenta apropiadamente sus límites. Buscar lo que es 'requerido lógicamente' por la unidad misma de la persona bajo circunstancias sin precedentes es sugerir que las palabras tienen una fuerza lógica que va más allá de aquella con la que la han investido nuestras necesidades pasadas (PARFIT, 1987: 200).¹⁷

Ante esta objeción, Parfit responde que la crítica estaría justificada siempre que, al considerar casos imaginarios, no tuviéramos reacciones. Sin embargo, sostiene, en el ejemplo del teletransportador, este no es el caso. Por lo tanto, su uso puede ser importante. No obstante, esta no es la única crítica que debe afrontar un defensor del uso de ejemplos imaginarios. Se ha argumentado que incluso si un ejemplo imaginario hace surgir convicciones morales claras y profundas, puede ser dudoso que tales convicciones puedan ser usadas para explicar las creencias que ellas implican en los contextos cotidianos (PAGE, 2006: 19). El problema está dado porque puede ser imposible que alguno de estos casos ocurra, de manera tal que tiene sentido preguntarse qué relevancia tiene indagar en las intuiciones que surgen de ellos. ¿Tiene importancia que algunos ejemplos imaginarios nunca puedan ser posibles? La respuesta de Parfit es que depende de la cuestión que se esté tratando y de aquello que se intente demostrar. No obstante, reconoce, la imposibilidad puede hacer al experimento mental irrelevante (PARFIT, 1987: 220).

Dicho esto, Parfit distingue dos tipos de imposibilidad que puede involucrar un caso imaginario: *profunda* y *meramente técnica*. Los casos que implican una *imposibilidad meramente técnica*, no son tan problemáticos. Estos no son inimaginables y no alteran radicalmente las leyes de la naturaleza. No resulta muy difícil suponer que estos casos son posibles, lo único que se necesita es añadir algunas asunciones no muy alejadas de las posibilidades reales. En cambio, un caso imaginario involucrará *imposibilidad profunda* cuando requiere una modificación mayor en las leyes de la naturaleza (PARFIT, 1987: 388). Un ejemplo de esta clase, también citado por Parfit, son los Monstruos de Utilidad de Nozick. Estas son personas que, por cada sacrificio de los demás, obtienen ganancias enormemente mayores en términos de utilidad que lo que los demás pierden. Estos monstruos de utilidad son presentados por Nozick como una objeción al

¹⁷ Traducción propia.

utilitarismo del acto, el cual requeriría –en este caso– que todos nosotros nos sacrifiquemos en el estómago del monstruo para incrementar su utilidad (PARFIT, 1987: 389). Estos ejemplos son los más problemáticos dado que parece que nuestros principios morales necesitan ser aceptables sólo en el mundo real y puede que seamos incapaces de imaginar lo que ellos implicarían en tales circunstancias. Sin embargo, aunque esto sea verdadero, no es descabellado suponer que presentan un “test” parcial a nuestras intuiciones o principios morales. (PARFIT, 1987: 389). Por estas razones, es recomendable evitar –donde sea posible– el recurso a ejemplos imaginarios, sobre todo a aquellos que impliquen una imposibilidad profunda.

CONCLUSIÓN

En este trabajo se intentó presentar un esquema defendible sobre el modo de realizar una investigación moral. Para ello comenzamos afirmando que la filosofía moral se encarga de dar respuesta a la pregunta ¿cómo debo comportarme?, y que pretende dar respuesta a ella a través de la formulación de diferentes principios. La investigación moral, por tanto, se dirige a la formulación de tales principios.

Hemos descrito al equilibrio reflexivo como el método que debe ser usado para cumplir con tal tarea. Luego, hemos argumentado que su uso es defendible tanto desde enfoques coherentistas como fundacionistas. Hemos dicho también que según ambas lecturas del equilibrio reflexivo analizadas aquí, las intuiciones (o juicios morales considerados) tienen una importancia central. Para los coherentistas como expresión de razones para hacer o no hacer algo y para los fundacionistas como indicio de la existencia de un principio que da razones para hacer o no hacer algo. Dado que esto es así, entonces hemos pasado a analizar la herramienta que en filosofía moral se utiliza para “testear” y hacer surgir dichas intuiciones: los ejemplos. De este modo, hemos completado el análisis de los principales elementos que debe poseer un esquema de investigación moral satisfactorio.

Ahora bien, ¿por qué es importante realizar una investigación moral? O, dicho de otro modo, ¿qué aportes puede ofrecer la investigación moral? Lo primero que ofrece es una guía de conducta. En la medida en que pretende responder a la pregunta sobre cómo debemos comportarnos

en determinadas situaciones a través de la formulación de principios es obvio que intenta ayudar a las personas a conducirse en sus decisiones cotidianas. Sin embargo, sus aportes no terminan aquí. Dado el carácter reflexivo y pausado de su modo de proceder y dado que comparte preocupaciones por problemas similares con otros campos del saber, puede, en muchos casos, estar mejor posicionada para dar soluciones sustantivas a problemas prácticos propios de, por ejemplo, el derecho, la ciencia política, demografía, etc. En relación a esto, los principios formulados a través de la investigación filosófica moral conducida por un proceso de equilibrio reflexivo pueden servir como un modelo con el que evaluar conductas o instituciones públicas o incluso ayudar al diseño de estas últimas.

BIBLIOGRAFÍA

- BOONIN, David (2014) *The Non-Identity Problem and the Ethic of Future People*. Oxford University Press.
- DANIELS, Norman (1996) *Justice and Justification: Reflective Equilibrium in Theory and Practice*, Cambridge University Press.
- _____ (2013) “Reflective Equilibrium”, Edward N. Zalta (ed.) *The Stanford Encyclopaedia of Philosophy* (Winter 2013 Edition), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/win2013/entries/reflective-equilibrium/>
- FURMETON, Richard (2016) “Foundationalist Theories of Epistemic justification” he *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/justep-foundational/>.
- JAMIESON, Dale (2004) “El Método y la Teoría Moral” en Singer P (ed.) *Compendio de Ética*, Madrid, Alianza, pp. 637-651.
- GOODMAN, Nelson (1955), *Fact, Fiction and Forecast*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- LARIGUET, Guillermo (2015) “Reseña a: María Teresa López de la Vieja, Bioética y Literatura”, *Horizontes filosóficos*, N° 5, pp. 101-104.
- MCMAHAN, Jeff (2013) “Moral Intuition” in LaFollette, Hugh & Persson, Ingmar (ed.) *The Blackwell Guide to Ethical Theory*, second Edition, Blackwell Publishing, pp. 103- 120.

- O'NEILL, Onora (1986) "The Power of Example" *Philosophy*, 61, pp 5-29
- PAGE, Edward (2006) *Climate Change, Justice and Future Generations*, Edward Elgar Publishing.
- PARFIT, Derek (1987) *Reasons and Persons*, Clarendon Press, Oxford
- RAWLS, John (1951) "Outline of a Decision Procedure for Ethics" *The Philosophical Review*, Vol 60 N2 (Apr., 1951), pp. 177-197.
- _____ (1971) *A Theory of Justice*, original edition, Harvard University Press.
- _____ (1993) *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press.
- SELEME Hugo (2014) "Deben los Filósofos Morales Aprender de los Juristas?", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37 (2014), pp. 263-280.
- SINGER, Peter (1974) "Sidgwick and Reflective Equilibrium" *The Monist*, Vol. 58, No. 3, Sidgwick and Moral philosophy (JULY, 1974), pp. 490-517.
- _____ (2005) "Ethics and Intuitions", *The Journal of Ethics* (2005) 9, pp. 331-352.

SECCIÓN IV

BECARIOS DE PREGRADO

LA DESIGUALDAD EN MATERIA DE GÉNERO EN ARGENTINA: CAUSAS, CARACTERÍSTICAS Y PERSPECTIVAS EN EL PLANO JURÍDICO¹

*Emilia Ferreyra*²

Resumen: No obstante la importancia de la igualdad en los sistemas jurídicos, la realidad ofrece un panorama desventajoso para las mujeres, que se encuentran como víctimas de discriminación en diversos aspectos de su vida; la falta de igualdad entre hombres y mujeres es una realidad.

El sistema internacional de Derechos Humanos se ha ocupado de la discriminación por género en diversas instancias, constituyendo en la actualidad una de las preocupaciones más extendidas como compartidas a nivel global, no sólo desde la perspectiva de la mujer sino en cuanto a la protección del bienestar de la sociedad en general.

Hablamos de la construcción de estereotipos y prejuicios desde tres esferas distintas: lo individual, lo grupal y lo social-cultural, tan es así que la violencia sistémica, hace que un sector de la población se sienta con más derechos que otros. Pero ésta no es más que la cúspide de un iceberg que mantiene oculta la magnitud de un problema que, lejos de ser exclusivo de las mujeres, es un grave problema de toda la sociedad.

Palabras Clave: Derechos Humanos - Igualdad - Discriminación - Género

¹ Resultados obtenidos en el marco del proyecto de investigación financiado por el CIJS: “La desigualdad en materia de género en Argentina: causas, características y perspectivas en el plano jurídico”, cuyo director es el Dr. Andrés Rossetti, a quien agradezco especialmente.

² Estudiante de sexto año de Abogacía (Facultad de Derecho, UNC). Becaria de pregrado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Dirección de e-mail: emiliaferreyra@hotmail.com

CONSECUENCIAS PERJUDICIALES EN EL PLANO JURÍDICO

La discriminación económica y social se traduce en opciones vitales más reducidas y más pobres para las mujeres, lo que las hace más vulnerables.

Además, algunos grupos de mujeres se enfrentan a modalidades complejas de discriminación —debidas a factores tales como la edad, la etnia, la discapacidad o la condición socioeconómica— que se añaden a su condición femenina.

Para garantizar de manera eficaz los derechos humanos de las mujeres es preciso, en primer lugar, una comprensión exhaustiva de las estructuras sociales y las relaciones de poder que condicionan no sólo las leyes y las políticas, sino también la economía, la dinámica social y la vida familiar y comunitaria.

Es preciso desactivar los nocivos estereotipos de género, de modo que a las mujeres no se les perciba según las pautas de lo que “deberían” hacer sino que se les considere por lo que son: personas singulares, con sus propios deseos y necesidades.

Entendiendo esencialmente al Derecho como un sistema de normas, la perspectiva sugiere que cuando la normativa jurídica diferencia a los sujetos según su género, siempre lo hace en desventaja de las mujeres, utilizando criterios diferentes de valoración a los utilizados con los hombres. El Derecho y los Tribunales otorgan a las conductas de hombres y mujeres valoraciones normativas diferenciadas que reafirman las desigualdades sociales.

El Derecho es, en este contexto de ideas, una institución más del sistema patriarcal. Es creado, desarrollado y ejecutado en su mayoría por varones; conformado ideológicamente por valores masculinos, y sostenido así por hombres con el fin de asegurar su ámbito de poder y su esfera de dominio y exclusión de valores femeninos.

ROL DE LOS ORGANISMOS DE DDHH FRENTE LA DESIGUALDAD DE GÉNERO

Destaca la presencia del *Consejo de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos (UNCHR)*; éste organismo ha llevado a cabo diversas

tareas en materia de género tal como fue la aprobación de una Resolución³ sobre las violaciones de derechos humanos por Orientación Sexual e identidad de Género. Se trata de un hecho histórico ya que es la primera Resolución de la ONU que pone atención específica al tópico en cuestión.

En el ámbito regional debemos destacar la participación de dos organismos fundamentales: la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (CIDH) y la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* (CorteIDH).

Es a partir de la mitad de la década de los 90, y bajo recomendación de la Asamblea General de la OEA, que la CIDH comenzó a dedicar atención a los derechos de las mujeres. El punto de inflexión fue marcado por la creación, en 1994, de la Relatoría Especial de la Comisión sobre los Derechos de la Mujer, con el mandato de analizar la observancia de las obligaciones establecidas en la CADH por las leyes y prácticas de los Estados de la OEA relacionadas con la mujer.

También en 1994 se dio creación a la Convención de Belem do Pará (Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer). Ésta fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en Belém do Pará, Brasil; ha entrado en vigor a partir de 1995 y fue ratificada por Argentina en 1996.

La Convención no sólo reconoce que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos, sino que la define en la esfera pública y privada. Propone el desarrollo de mecanismos de protección y defensa de los derechos de las mujeres como fundamentales para luchar contra el fenómeno de la violencia contra su integridad física, sexual y psicológica.

Al sintetizar los principales desarrollos de la práctica de la CIDH en la materia se hace evidente, en primer lugar, cómo ésta ha enfatizado constantemente que la igualdad formal, aunque no garantiza la eliminación de las instancias de discriminación en la práctica, es indispensable para mejorar la condición de la mujer en la vida social, económica y política. Con base en esto, la Comisión Interamericana se ha pronunciado respecto

³ La resolución afirma la universalidad de los derechos humanos, y reconoce la preocupación por actos de violencia y discriminación basados en la orientación sexual y la identidad de género. Requiere que el Alto Comisionado para los Derechos Humanos documente las leyes, actos de violencia y discriminación, que ocurren en todo el mundo. A su vez convoca a un panel de discusión a realizarse en el Consejo de Derechos Humanos para discutir el estudio de manera constructiva y transparente.

a numerosos casos de discriminación por razón de sexo en la ley, instando a los Estados a emprender una revisión completa de las provisiones con el propósito o efecto de impedir el goce de los derechos de las mujeres en condición de igualdad a los hombres.

REFLEXIONES FINALES

La desigualdad por causa de género es actualmente una de las preocupaciones más extendidas como compartidas a nivel global. Se ha tornado una preocupación no sólo desde la perspectiva individual sino en cuanto a la protección del bienestar social en general.

Por su parte, el campo jurídico no ha sido ajeno a estas innovaciones, y en este marco, los nuevos fenómenos jurídicos requieren que el derecho actúe aportando medios técnico-jurídicos a través de los cuales proteger a las mujeres.

Independientemente de lo naturales o comunes que puedan parecer las diferencias entre hombres y mujeres, éstas no responden exclusivamente a factores biológicos sino que —más bien— son construidas socialmente, lo cual ha alentado los esfuerzos por revisar las maneras en la que el Derecho puede generar, producir o construir diferencias y jerarquías sociales.

Está clara la responsabilidad de los estados en la protección de estos derechos, pero no debemos olvidar la participación de las organizaciones, grupos económicos y cada uno de nosotros como individuos, en miras de tal fin. Para lograr la igualdad real en un espacio de reconocimiento, tolerancia y convergencia, se requiere colaboración de diversas áreas, tales como el derecho, la economía, la ética, la política y otras condiciones socio-culturales.

Fue el objetivo de este trabajo realizar un estudio inicial sobre la situación y no se ha pretendido en absoluto agotar todos los argumentos sobre ella. Nos permitimos revisar la noción de desigualdad en la actualidad, y creemos que el análisis realizado llevará a avanzar en futuras investigaciones, permitiendo así el despertar de conciencias como un método para reflexionar sobre las discriminaciones ocultas y situaciones de opresión que viven las mujeres en los diferentes ámbitos sociales.

DERECHO A LA CIUDAD ANÁLISIS DE LA NORMATIVA DE LA CIUDAD DE CÓRDOBA¹

*Sofía Pezzano*²

Resumen: El Derecho a la Ciudad y los problemas urbanos en general son cuestiones poco exploradas en el ámbito jurídico. El concepto de Derecho a la Ciudad es controvertido, y depende de la perspectiva desde donde lo analicemos para definirlo. Autores como Henri Lefebvre y David Harvey han reparado en la necesidad de incluir el fenómeno urbano al análisis de las problemáticas sociales, y el derecho no debe quedar atrás. En el trabajo se pretende realizar un análisis conceptual del Derecho a la Ciudad, y luego de la normativa nacional que lo recepta total o parcialmente. Nos centramos específicamente en el análisis del derecho a la vivienda digna como parte del Derecho a la Ciudad, y particularmente, en la normativa constitucional, ordenanzas municipales y políticas públicas urbanas de la Ciudad de Córdoba que se refieren a la vivienda o se vinculan con la misma, haciendo hincapié en el fenómeno jurídico de los convenios públicos-privados.

Palabras clave: Derecho a la ciudad - Urbanismo - Vivienda digna - ordenanzas municipales - convenios público-privados.

¹ Resultados parciales del trabajo realizado en el marco de la Beca de Pregrado otorgada por el CIJS para el período 2016-2017.

² Estudiante de Derecho en la Facultad de Derecho de la UNC; Investigadora miembro del grupo de investigación “Derecho y Control: problemáticas específicas”, dirigido por el Dr. Hernán Bouvier en el marco de proyectos de investigación y subsidio de la SeCyT, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS); Becaria de Pregrado del CIJS para la realización del proyecto “Derecho a la ciudad. Análisis de la normativa de la Ciudad de Córdoba”, período 2016-2017. E-mail: pezzanosofia@gmail.com.

I. DERECHO A LA CIUDAD

El Derecho a la Ciudad es una noción introducida por Henry Lefebvre, que luego toma el geógrafo David Harvey. Ambos autores señalan la importancia del aspecto espacial y urbano en los fenómenos sociales, y quieren dar cuenta de que el surgimiento, crecimiento y transformación de las ciudades no son hechos azarosos. Tanto LEFEBVRE³ como HARVEY⁴, afirman que el Derecho a la Ciudad es un derecho colectivo a cambiar y reinventar la ciudad de acuerdo a nuestros deseos a través del ejercicio de un poder colectivo sobre el proceso de urbanización, sobre la forma en que se hacen y rehacen las ciudades. Este derecho, afirma Harvey, es constantemente amenazado por la ética individual neoliberal. Para explicar esto, realiza un análisis global del mercado inmobiliario y del avance del capitalismo en los distintos países.

Lo que estos autores intentan es reclamar un Derecho a la Ciudad, reivindicar este derecho para las clases populares. Por ende, todos sus análisis tienen un enfoque político y crítico, y buscan dar cuenta de las deficiencias de la economía convencional, el derecho y la sociología al dejar de lado en sus análisis el aspecto espacial y urbano. Efectivamente, existe una gran desatención del Derecho a la Ciudad, entre otras cosas porque no está claro si es un derecho autónomo o en realidad un rótulo de clase para aunar derechos ya consolidados o derechos individuales como la vivienda digna, la propiedad, etc. No es claro entonces si se trata de una clasificación indistinguible de la clase de derechos que engloba, o se trata de un derecho autónomo no reducible a los derechos específicos, individuales o sociales. Además, hay una carencia de regulación respecto al crecimiento de las ciudades. En la mayoría de los países latinoamericanos, este derecho no se encuentra receptado expresamente en sus constituciones⁵.

El Derecho a la Ciudad incluye muchos aspectos: la movilidad y el transporte, el medio ambiente, la pobreza y los asentamientos informales, la vivienda, los servicios básicos, el espacio público, la participación política

³ LEFEBVRE, Henri; "El derecho a la ciudad"; Editorial Anthropos; Paris; Francia; 1968.

⁴ HARVEY, David; "Ciudades rebeldes: del derecho a la ciudad a la revolución urbana"; Akal; Madrid; España; 2013; pág 19.

⁵ Solamente la Constitución de la República del Ecuador recepta expresamente este derecho en los artículos 30 y 31.

y el acceso a la información, el trabajo, la inmigración, etc. Analizaremos específicamente el problema de la vivienda.

II. DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA

En nuestra Constitución Nacional no hay una aparición textual del “Derecho a la Ciudad”. Es decir, no aparece expresamente. Sin embargo, es posible extraer de nuestra Constitución algunos derechos que forman parte de aquel derecho más amplio, aunque no lo agotan en su totalidad. Entre ellos encontramos el derecho a una vivienda digna. Este derecho es reconocido en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales que la República Argentina ratificó y que adquirieron jerarquía constitucional, entre los que se destaca el “Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” que prevé este derecho en su artículo 11.

El concepto de “vivienda digna” es muy vago, y admite diferentes interpretaciones. El adjetivo “adecuada o digna” nos lleva a pensar que para la real satisfacción de este derecho no basta con la existencia de una estructura dotada de un techo y cuatro paredes. Hay mucho más en juego. Es necesario, además, el acceso a los servicios básicos como agua, luz, cloacas, transporte público, la higiene, condiciones ambientales que permitan la habitabilidad, la seguridad, el fácil acceso a centros de salud, a zonas de comercio, a los lugares de trabajo, etc.⁶ Esta amplitud del derecho considerado, nos lleva al concepto de Derecho a la Ciudad, y puede ser un punto de partida para la exigibilidad jurídica del mismo.

III. CIUDAD DE CÓRDOBA

En la Constitución de Córdoba tampoco existe un artículo que expresamente regule el Derecho a la Ciudad. Sin embargo, el artículo 58 regula el derecho a la vivienda digna, con algunas particularidades que resultan muy interesantes: *“todos los habitantes tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna, la que, junto a los servicios con ella conexos y la*

⁶ Esto surge de la Observación N° 4 al “Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, realizada por el Comité de Derechos Económicos y Sociales.

tierra necesaria para su asentamiento, tiene un valor social fundamental. El Estado promueve las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho. A tal fin planifica y ejecuta la política de vivienda y puede concertarla con los demás niveles jurisdiccionales, las instituciones sociales o con el aporte solidario de los interesados. La política habitacional se rige por los siguientes principios:

1. *Usar racionalmente el suelo y preservar la calidad de vida, de acuerdo con el interés general y las pautas culturales y regionales de la comunidad.*
2. *Impedir la especulación.*
3. *Asistir a las familias sin recursos para facilitar su acceso a la vivienda propia.”*

Hay conceptos dentro de este artículo que requieren delimitación, como por ejemplo lo referido a la “especulación”. Además, es necesario analizar en qué sentido se debe entender el artículo. Luego de definir estos conceptos, el objetivo es analizar diferentes ordenanzas urbanísticas municipales a la luz de este artículo y determinar si cumplen con la normativa constitucional. Uno de las ordenanzas más controvertidas constitucionalmente, es la Ordenanza Municipal N° 12.077, que regula los convenios públicos-privados.

A partir de la crisis del 2001, proliferaron en Córdoba la realización de mega emprendimientos urbanos llevados a cabo por empresas desarrollistas⁷. En este contexto, el Estado Municipal comenzó a celebrar concertaciones público – privadas con los grandes grupos empresarios con el fin de concederles la autorización para la realización de emprendimientos inmobiliarios que se aparten de las normas urbanísticas que establecen qué y cómo construir⁸. En el año 2012 se pretendieron paliar las irregularidades jurídicas que presentaba la celebración de estos convenios mediante la sanción de la ordenanza mencionada. Es posible identificar varios problemas normativos (constitucionales y políticos) de la reciente reglamentación urbanística en Córdoba. Para ello, se realizó

⁷ CAPDEVIELLE, Julieta; “Cambios y continuidades de los grupos ‘desarrollistas’ y su incidencia en la ciudad de Córdoba, Argentina”; *VII Jornadas Santiago Wallace de Investigación en Antropología Social*; Sección de Antropología Social; Instituto de Ciencias Antropológicas; Facultad de Filosofía y Letras; UBA; Buenos Aires; 2013; p. 2.

⁸ CAPDEVIELLE, Julieta; ob. cit.; pág 12.

un análisis de la mencionada ordenanza, de sus efectos en casos concretos y de posibles consecuencias futuras. La principal hipótesis es que dicha normativa resulta inconstitucional desde el punto de vista provincial (Art. 58 de la Constitución de Córdoba) y que lleva a la obtención de resultados que vulneran el Derecho a la Ciudad de los habitantes de Córdoba. De acuerdo al contenido descripto, se pretende demostrar que la normativa en cuestión podría ser atacada por medio de recursos extraordinarios y/o de inconstitucionalidad. Es en esta etapa de desarrollo en la que se encuentra actualmente la investigación en marcha.

ABSTRACTS

SECCIÓN I

Derecho Público y Análisis de Políticas Públicas

CRISTIAN ALTAVILLA

Malapportionment in Argentine Federalism.

Some Considerations about the (Over)Representation in the National Chamber of Deputies

Abstract: Throughout the constitutional evolution of the main political institutions of our country, it is possible to observe through an historical review how the conformation of the lower house changed its composition in favour of the less populated provinces and in detriment of those more populated provinces; identifying the main constitutional and legal provisions which modified the basis of its composition, it is possible to determine the impacts that those provisions had have on the electoral system and suffrage, the party system and on the intergovernmental relations between national and provincial level of government.

Keywords: Representation | Chamber of Deputies | Federalism | Electoral Systems

ROSA ANGÉLICA ÁVILA PAZ

The Law of Health Users and the Health Records - with emphasis on Electronic and digital Health Records-

Abstract: This paper aims to analyze the rights of health users and clinical history, in light of the reception of new technologies. First, it focuses on the rights of patients, based on the letter of rights of users - in general - and in the area of health - in particular. Second, it focuses on

the medical history and specially Electronic medical history. In particular, the relevant conceptual aspects are systematized, followed by some guidelines of comparative law and the inter-American system for the protection of human rights. In the national context, the various axes of the National Law 26,529 of the Rights of the Patient are analyzed, at the national level, in the light of constitutional (national and local) and legal, both substantive (Civil and Commercial Code of the Nation) As well as of form (Civil and Commercial Procedural Code of the Nation and of the Province of Cordova). Thirdly, several procedural aspects are presented, on the incorporation of the clinical history to the judicial process and its probative assessment. Finally, the conclusions are presented.

Keywords: health law | new technologies of information and communication | effective judicial protection | evidence of health records | e-discovery and e-evidence of electronic and digital health records

CARLOS JUÁREZ CENTENO - ESTHER SUSANA BORGARELLO

Human Rights and the legal debate on Health and the free disposal of the body.

Abstract: The new Argentine Civil and Commercial Code of 2015 states that there must be informed consent for medical acts and health research. It also prohibits dispositions regarding the body itself that cause a permanent diminution of its integrity or that are contrary to law, morality and good customs, but this does not prevent to the recognition and free development of the gender identity. The Criminal Code also contains provisions in this regard. This national legislation is in clear agreement with the different international provisions in the matter and interpretations of comparative law and international doctrine. But there are still gaps due to the incredible exponential progress of science, falling far behind the regulatory right. They also play ethical and / or religious factors in their approach.

Keywords: consent | free disposal of the body | legal regime | physical integrity | human rights | Human Rights Bodies

MARTA SUSANA JULIÁ - MARÍA EUGENIA PEREZ CUBERO

The context for the construction of environmental policies in San Luis

Abstract: The present article aims to analyze the normative formulation of environmental policy in the province of San Luis, based on the legal, political and institutional framework reached by the system at the national level. The construction of the environmental policy in Argentina, formulated in norms from the incorporation of the environmental clause in the Constitution and the process of sanction laws of minimum budgets constitutes a development that determines and conditions the provincial environmental policies in different aspects. It is important to analyze these aspects to understand some nuances of environmental policy expressed in standards.

Keywords: Normative formulation | Environmental policy | Environmental policy in the province of San Luis

PATRICIA GIULIANA MORENO

Effectiveness of the sentences of the supreme court of justice of the nation in litigations affecting collective incidence rights referring to homogeneous individual interests. Is the “Halabi” case applicable to foreign disabled persons with respect to disability pensions?

Abstract: Article 20 of the National Constitution states that both Argentine citizens and foreigners have the same civil rights. Any law or decree that violates said article would be translated into an act of negative discrimination in the light of the constitutionality control. On the other hand, we have the Disability Convention of constitutional hierarchy according to Article 22 (22) of the National Constitution. Persons with disabilities have the right to access the national non-contributory disability pension. The regime of decree 1432/1997 requires for foreigners a minimum residence of 20 years and in turn requires that the disabled person has no economic family support. On the other hand, nationals are granted within three months. Without justification. This requirement was declared unconstitutional in the case “Reyes Aguilera” and “Fernández Machaca”. However, the question is whether the “Halabi” case, by virtue of the erga omnes effect, applies to all persons who are affected. In his case, I will expose the difficulties that change entails.

Keywords: foreigners | disability | non-contributory pensions | un-constitutional requirements | erga omnes effect

JORGE EMMANUEL NIETO

The exercise of police power to protect the historical-architectural patrimony. Case municipality of Cordoba.

Abstract: Protecting the architectural patrimony is a non-delegable responsibility of the State at all levels: national, provincial and local. In the case of the city of Cordoba, it is incumbent upon the municipality set the scope of the police's power in this matter. The objective of municipal's regulation to protect this patrimony is ensure a urban development that is balanced and sustentable without altering or suppressing relevant testimony urban, historical and cultural.

Keywords: Police Power | Restriction of ownership rights | Protection | Cultural patrimony | Historical-architectural patrimony

MYRIAM CONSUELO PARMIGIANI - MARÍA EUGENIA GÓMEZ DEL RÍO - PAULA PELAEZ

Legal culture in the state of law. Some remarks about two significant sentences of The High Court of Justice in Córdoba

Abstract Focussing on values situated underneath the authoritative-coercive distribution of material and symbolic goods in society, that is to say, values which are advocated to recognize or deny rights, leads right away to interrogate about the legal culture contextualizing such distribution. Aiming to that end, the present article seeks to compare how is solved the confrontation between the right of property and another further generated ones, by emphasizing certain values in judicial decision making process followed by the Higher Court in Córdoba, a Province of Argentina, in two publicly well-known cases.

Insofar, analysis is developed according to Ronald Dworkin's conception about law, which underlines principles over rules. This "principlicism" is based on the idea that law is part of morality, specifically of political morality, and that it tries, through a responsible interpretation of

concepts, to deal with the problem about what everyone owes to another as human dignity' principle prescribes.

The use for analysis purposes of R. Dworkin's integrated conception of law, allows to avoid simple formalistic or even subjective impressions, and pursue further the net of values and principles that are or should be articulated by judges when making with responsibility a sentence framed in the Culture of the Rule of Law.

Keywords: judicial decision-making | legal culture | "principlism"

MARÍA FLORENCIA PASQUALE

The paradigm of land titling: The perspective of Hernando de Soto, postulates and critics

Abstract: The objective of this work is to make an approximation to the urban studies carried out in Latin America in the field of urban land titling. In particular, this paper presents the theoretical perspective of Hernando de Soto. Its main postulates and some critiques are described.

Keywords: Land titling | Hernando de Soto | Legal security of tenure

MATÍAS PEDERNEIRA ALLENDE

The idea of freedom like connection between Rule of Law and Democracy

Abstract: The concepts of democracy and Rule of Law accomplish currently, an important function of evaluation of public institutions. However, the connection between both is not clear. Even more, both elements look like in tension. This paper will try to identify a connection and possible complementation between both concepts, considering the idea of freedom in a republican sense.

Keywords: Rule of Law | democracy | freedom | republicanism

GUILLERMO FRANCISCO ROBLES

Should the State finance free soccer TV shows?

Abstract: The article presents the political conflict about if the State should or should not finance free soccer TV shows in Argentina. Placed from political liberalism it is intended to reconstruct the controversy and the two antagonistic positions. Finally it is given an answer from a theory of justice.

Keywords: political liberalism | soccer | theory of justice

HUGO OMAR SELEME - VALENTINA HUAIS - FLORENCIA RODRÍGUEZ NASUTI

The parliamentary response to the Supreme Court's judgment in the "Muiña" case

Abstract: After the judgment rendered in the "Muiña" case many considered that the Supreme Court ruled properly by granting the "2x1" calculation benefit to a person convicted for the perpetration of crimes against humanity. This statement was based on the idea that the undesirable outcome of the judgment did not result from a Court's misinterpretation of the law; rather, it resulted from a gap in the legal system, which was filled through an act passed by the Parliament in the following days.

The aim of this paper is to show that, contrary to this widely held opinion, the Court misconstrued the law. Therefore, the purpose of the parliamentary act was not to fill a normative gap, but to correct this mistake by an authentic interpretation of the legal rules. Moreover, this paper aims to show that the Parliament's interpretation is the appropriate one since it is the one that best meets our institutional history with regard to the persecution and conviction of crimes against humanity.

Keywords: Prison term calculation | Crimes against humanity | Normative gap | Authentic interpretation

MARÍA ISABEL URQUIZA

Replies of the Supreme Court to the sexual minorities. A reading from the multidimensional legal model

Abstract: The Supreme Court was sometimes ahead and sometimes behind at acknowledging and applying rights. In the case of sexual minorities, the key Court rulings are: CHA (1991) and ALITT (2006). The Higher Court was made up of different members in each occasion. Thus, through

sociolinguistic discourse analysis from a multidimensional perspective, I will try to show the power struggles within the Court at each time, the influence and circulation of 1991 Court in CHA, and its impact on the ALITT case in a diverse Court, in 2006. I will also present the replies of the Higher Court to the sexual minorities up to the present.

Keywords: Supreme Court | sexual minorities | rights | key sentences

ÁNGEL ESTEBAN VILLAGRA - MARÍA EUGENIA SEQUEIRA

Exceptional measures for the protection of the rights of children and adolescents

Abstract: This article presents the results of the content analysis carried out on judicial records of legality control in the exceptional measures adopted by administrative bodies for the protection of the rights of children and adolescents in the city of Córdoba, on a representative sample of the same

Keywords: exceptional measures | children's rights | protection | children | legality control

Sección II

Derecho Privado ~ Derecho Internacional Privado

NOELIA AZCONA - VALERIA CECILIA GUIGUET - EMILSE ROMINA SORIA GARCÍA - ADRIÁN VAIOLETTI

Beginning and end of life (intra and extrauterine)

Abstract: The related issues about the beginning and end of life will be analysed in relation to the changes produced by the entry into force of the new civil law, the underlying criminal matters, the contributions of the Inter-American Court of Human Rights and the results of the field research carried out by the research group.

Keywords: abortion | new civil and commercial code | assisted human reproduction | criminal and civil law | students positions

NORA LLOVERAS - FABIAN EDUARDO FARAONI - VALERIA DURÁN - DANIEL ARNAUDO - JULIA ROSSI - ROMINA SCOCOZZA - JUAN PABLO RÍOS

The division of fact as reason for exclusion of conjugal hereditary vocation

Abstract: Article 2437 CCyC establishes, among other reasons, that the separation in fact without will join excludes the hereditary right between spouses. Be separated in fact for spouses expresses that already not shared a life project in common, having broken the marriage practice. This depletion of the project of life of the spouses, must bear characters of “definitive”, since any “transience” in the breaking of the life project, not possible to have by accredited a separation in fact to set the budget of exclusion of the conjugal estate vocation of the surviving.

Keywords: hereditary vocation | civil and commercial code of the nation

OLGA E. ORLANDI ~ GABRIEL E. TAVIP ~ SEBASTIÁN MONJO ~ SUSANA VERPLAETSE ~ MARÍA BELÉN MIGNON ~ MARÍA VICTORIA JALIL MANFRONI ~ ANDREA KOWALENKO

Inheritance law enforcement, legal and economic development and preservation of the family business in the CCyC

Abstract: The aim of this research is to analyze the answers that the Argentinean Civil and Commercial Code (CCyC) give to the confrontation between limits of public ordering in inheritance rules and free development of economic legal relations, particularly to overcome conflicts in corporations subjects. In order or performing this task, some institutions are addressed: a) the reduction in the legal portion of force and the effects of the particular action acclaimed by articles 2444 to 2461. b) The inclusion of corporations among the temporary indivision of goods/possessions (arts. 2330 a 2334 CCyC). c) preferential attribution of goods in the partition of the inheritance (arts. 2380 and 2381 CCyC). d) Restricted possibility to achieve agreements or/about future inheritance (art. 1010 CCyC). These rules support the peaceable/harmonious transference of family run business, contributing to its continuity.

Keywords: public order | inheritance | companies

MARÍA DEL CARMEN PIÑA

Interpretation based on Labor Law principles

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the interpretative canons used by judges when they use legal principles as a normative basis in their decisions, with special reference to Labor Law. With that objective, we try to identify the principles from which dogmatics stems. We seek to verify which norms, judgments or doctrinal positions mention the legal principles or the interpretation of them in the dogmatic, delving into the terminology used in the different assumptions

Keywords: Legal principles | labor law | judges | interpretation | methods | hermeneutics | dogmatics | terminology | ideology

CRISTINA PLOVANICH – MARÍA DEL CARMEN CERUTTI

New rules concerning progressive capacity rating of the children, and adolescents

Abstract: The central theme of the present work, new rules concerning the regime of progressive capacity of children and adolescents”, is an aspect of the exercise capacity in that important innovations are found in the CCyC. In this area underlies a new conception that part of the constitutional principles of dignity, equality, non-discrimination, which although they were always present in the Argentine legal system, were strengthened after the constitutional reform of 1994, Art 75 inc. 22, and the reception among others of the Convention on the rights of the child; International Convention on the rights of people with disabilities, the Brasilia rules on access to the Justice of the people in condition of vulnerability (100 rules of Brasilia). Accordingly, we hold that exercise capacity recognized constitutional root, and therefore all people are empowered to do all that which the law does not prohibit.

Keywords: minors. Children | adolescents | Progressive capacity | Exercise of rights | Law in force

CARLA SAAD ~ EMMA MINI

Considerations on the impact of Fundamental Rights on the rights of dependency relationships of workers with disabilities

Abstract: The article begins with the description about the change of the paradigm on construction of protective policy, crossing paths towards a conceptual construction, going through some economic incidences, recognition of Human labor rights as a norm of Argentinian intern law to approach the analysis of the receipt of the precept “equal opportunities” (workers with disabilities vs. workers without disabilities) in the individual right of Argentinian labor and the adequacy of the substantive regulations of the labor relationship To the statements of fundamental rights.

Keywords: human rights | disability | labor market

MARÍA GLORIA BOTTIGLIERI ~ AMALIA URIONDO DE MARTINOLI ~ ADRIANA ZAVATI DE ROUGIER

The access to the justice by the transnational consumer

Abstract: Contemporary relationships of consumption characteristic is that transcends boundaries, both physics and virtual, as a consequence/ so the need to provide/supply a suitable legal regime in the multilateral organisms of our region emerge. It is of interest to tackle the normative treatment that is offered to transnational consumer in front of the need to go to justice to guarantee the effectiveness of its rights. The focus is on the mechanisms related to the Human Rights, projects of existing conventions of this subject in the regional area (OEA), worldwide (ONU) and institutional (Mercosur). The need to delve into the efforts orientated to the legislative harmonization in order to guarantee the access to justice to everyone citizen in the globalized era it is important to highlight.

Keywords: consumers | users | human rights | goods and services | access to justice

CANDELA NOELIA VILLEGAS

Off Shore Companies: types of action, effects and current problems

Abstract: In the present research we have proposed to characterize off shore companies, briefly contextualize their birth, the modes of action, the effects that arise as a consequence of their actions and refer to the main international actions that are being carried out by specialized

organizations to dissipate the negative effects that this type of company facilitates worldwide.

Keywords: Off Shore Companies | OCDE | FATF | IGJ | Soft Law | Modalities of action

Sección III Filosofía ~ Sociología ~ Historia

ERCILIA IRENE ADÉN

The object of justice in John Rawls's theory. Reflections about the criticism developed by Gerald A. Cohen.

Abstract: In this paper, the critiques elaborated by Gerald Cohen to the object of justice and to the concept of basic structure in John Rawls' theory are reconstructed. After presenting the objections, alternative interpretations are analyzed in order to defend the internal coherence of the Rawlsian theory. Finally, the implications of adopting the Rawlsian theory are considered. It is argued that although its internal coherence can be defended, there are still reasons that could justify its rejection.

Keywords: John Rawls | Justice | Gerald Cohen | basic structure

FEDERICO JOSÉ ARENA

Statistics, stereotypes and disadvantaged groups. On some limitations of statistical support to stereotypes

Abstract: According to the “enlightened view”, in opposition to the traditional view, stereotypes (statements that attribute to a group of people –identified by the trait X- the trait Y) work just as generalizations and hence they may be empirically assessed by establishing whether they have statistical basis. In this paper I try to show, first, that there are some stereotypes, those including interpretative concepts, that cannot be directly contrasted with facts and, second, that even when the stereotype has statistical basis there are cases in which it does not justify issuing a general norm. Under certain conditions, when the stereotype refers to a disadvantaged group, the decision should consider the properties of the individual case.

Keywords: statistics | descriptive stereotypes | generalizations | general norms | disadvantaged groups

MAXIMILIANO N. CAMPANA

The origins of strategic litigation campaigns understood as tools of political intervention

Abstract: Increasingly, in Argentina and Latin America, different interest groups have started to design and implement strategic litigation campaigns in order to bring attention to their demands and the judiciary has crossed into the political and social arenas to settle these disputes. This article outlines the origins and early development of strategic litigation campaigns as a new form of political intervention in the United States, and explores the strengths and possible limitations that these campaigns may have.

Keywords: judicialization | strategic litigation | litigation campaigns

NEREA LUCRECIA JODOR

Femine nuances. Discussions on inequality and exclusion related to emerging organizations from “women´s” and “feminist” movements from Córdoba- Argentina (1999-2015)

Abstract: It is proposed to resume doctrinal discussions about the concepts of inequality and social exclusion that held the theoretical and methodological reference framework applied to a broader research concerning to “Women, social movements and NGOs”. The construction of the concepts of inequality and social exclusion is exposed, to relate them to the women’s movement as a social space that appeals to the recovery of citizenship.

Keywords: Inequality and social exclusion | citizenship | movement social | women and ONG’

MATÍAS PARMIGIANI

A Three-Dimensional Approach to the Concepts of ‘Equality’ and ‘Freedom’: Outlining an Analytical Proposal

Abstract: The present paper, whose nature is mainly exploratory, aims at offering a tridimensional analytical approach to the concepts of ‘equality’ and ‘freedom’, relying on what has been written in practical philosophy during the last decades.

Keywords: Equality | freedom | formal dimension | substantive dimension | dynamic dimension

MARIANA N. SÁNCHEZ BUSSO

To violence because of inequality. Theoretical dimensions (and objections) of gender violence

Abstract: *“Women are also violent”, “what happens to women’s violence against men?”*, *“Violence towards men is also gender violence”*, they are phrases and questions that we often hear in everyday speech; and they question the basis of inequality in the explanations of violence against women. The present paper discusses some theoretical reinterpretations and criminological objections raised to the phenomenon of intra-family violence of gender; And reinforces and sustains the need to analyze the phenomenon of violence against women through gender inequality, a product of the patriarchal system.

Keywords: gender violence | intra-family violence | inequality | patriarchy | women victims

FÉLIX A. TORRES

Creation of the Law Library in Córdoba and other historical data on this university unit. (1889-1937)

Abstract: Historical origins of the creation of the Library of the Faculty of Law and Social Sciences of Córdoba, through the Acts of the Directing Council of the Faculty and documents of the Archive of the U.N.C. The bureaucratic difficulties that the Faculty had to overcome until finally establishing its establishment independently of the Major Library. Also incorporated into the text there are different moments of its history through the annual reports of deans and rectors.

Keywords: History of Argentinean Law | History of the University of Córdoba | Faculty of Law | Law Library

SANTIAGO TRUCCONE BORGOGNO

Introductory study to the reflective equilibrium and the role of examples in moral research

Abstract: This paper will be mainly descriptive and introductory. It intends to be a reconstruction of the method of reflective equilibrium. I will provide its concept, elements and I will describe each of its steps. I will state that coherentist and foundationalist schemes are equally worthwhile for normative and practical moral research. I will state that both schemes could be sensible to human moral experience and, therefore, neither of them represents, necessarily, a vice way to perform moral philosophy. Finally, I will describe the different kinds of examples that could be used in moral research, explaining their strengths and their weaknesses.

Keywords: Reflective Equilibrium | Coherentism | Foundationalism | Examples

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de mayo de 2019

