

ISSN 2525-1678



INVIERNO 2017



# DERECHOS EN ACCIÓN



**REDEA**

REVISTA  
DERECHOS  
EN ACCIÓN







INVIERNO 2017



# DERECHOS EN ACCIÓN

## ESCRIBEN EN ESTE NÚMERO

DEL VALLE ARAMBURU, Romina  
PALACIO, Ana Lis  
CORVA, María Angélica  
BALBIN, Adolfo Nicolás  
ROJAS, Eduardo Carlos  
DE LA VEGA, Alanis  
MARTORELLI, Juan Pablo  
DÍAZ MARTINEZ, Guillermo Andres  
HERRERA, Marisa  
ALEMAN, María del Carmen  
ROSELLO, Juan Ignacio  
RIOS, Santiago Rodolfo  
SORGI ROSENTHAL, Marina  
BALBI, Eduardo  
STINCO, Juan  
FERREYRA, Raúl Gustavo  
VERTIZ, James

DÍAZ, Juan Francisco  
BERROTARÁN, Alejandro  
MASSACCESI, Lucas  
FALCO, Bruno  
VERDOLINI, Valeria  
SIMEONE, Iván Alejandro  
SURACHE, Zarina  
PERMAN, Guillermo Adrián  
DÍAZ, Ailén  
SISTI, Pedro  
LASCANO, Aramis  
ZYGIELMAN TALE, Yael  
UNGARO, Milena  
PERUGINO, Silvina  
GARGARELLA, Roberto  
GONZALEZ, Antonella  
FERNANDEZ, Maria Eugenia  
CÓRDOVA VINUEZA, Paúl

**ISSN 2525-1678**

La Plata. Septiembre 2017



Revista Derechos en Acción



[www.revistas.unlp.edu.ar/ReDeA](http://www.revistas.unlp.edu.ar/ReDeA)  
[www.derechosenaccion.com.ar](http://www.derechosenaccion.com.ar)





## **STAFF**

### **DIRECTOR**

MEDICI, Alejandro.

### **SUBDIRECTOR**

LOPEZ, José Ignacio.

### **COORDINADORA**

DE LUCA, Marcela.

### **EDITOR**

CABRAL, Pablo Octavio.

### **EDITOR ASOCIADO:**

MORENO, Guillermo Raúl.

### **EDITORES TEMÁTICOS.**

#### **DERECHO PENAL**

- CATINO, Paola.
- LORAT, Martín.

#### **DERECHO PÚBLICO (CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO, TRIBUTARIO, POLÍTICO)**

- MORENO, Guillermo Raúl.
- VILLARREAL, Lucía.

#### **DERECHO LABORAL Y PREVISIONAL**

- SURACHE, Zarina.

#### **DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES (SOCIOLOGÍA, FILOSOFÍA, ECONOMÍA POLÍTICA)**

- CIPOLLA, Daniela.

#### **DERECHO PRIVADO (CIVIL, COMERCIAL, ETC.)**

- ECHEVESTI, Rosario.
- MUÑOZ, Lorena.

#### **DERECHOS HUMANOS**

- DE ANTONI, Román.

### **CONSEJO EDITORIAL INTERNACIONAL**

- ROSILLO MARTINEZ, Alejandro (Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México)
- MATILLA CORREA, Andry (Universidad de La Habana, Cuba)
- WOLKMER, Antonio Carlos (Universidad Federal Santa Catarina, Brasil).
- SÁNCHEZ RUBIO, David (Universidad de Sevilla, España).
- DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio (Universidad Autónoma de Aguas Calientes, México).
- CENDOYA, Nicolás (Universidad de la República, Uruguay).
- BURGOS MATAMOROS, Milay (Universidad de La Habana y UNAM).

### **CONSEJO EDITORIAL NACIONAL**

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Universidad de Buenos Aires).
- ABRAMOVICH, Víctor Ernesto (Universidad de Buenos Aires y Universidad Nacional de Lanús).
- RUIZ, Alicia (Universidad de Buenos Aires).
- SAIN, Marcelo (Universidad Nacional de Quilmes).
- DEL PERCIO, Enrique (Universidad de Buenos Aires).
- RODRÍGUEZ ALZUETA, Esteban (Universidad Nacional de Quilmes).
- GONZÁLEZ MORAS, Juan Martín (Universidad de Buenos Aires).
- JUSTO, Juan Bautista (Universidad Nacional del Comahue).
- DELANOY, Solange (Universidad Nacional de Rosario).
- CATALANI, Franco (Universidad Nacional de La Pampa).
- GARCIA, Lila (Universidad Nacional de Mar del Plata).
- RONDA, Romina (Universidad Nacional de Cuyo).
- FERREYRA, Raúl Gustavo (Universidad de Buenos Aires).
- STINCO, Juan (Universidad de Buenos Aires).
- ARBALLO, Gustavo (Universidad Nacional de La Pampa).

### **CONSEJO EDITORIAL UNLP**

- ECHEVESTI, Carlos (Derecho Civil).
- TORRES MOLINA, Ramón (Historia Constitucional).
- VOLPONI, Valeria (Derecho Penal).
- BIBILONI, Homero (Derecho Administrativo).
- RAIMUNDI, Carlos (Derecho Político).
- HORTEL, Víctor Eduardo (Derecho Penal)
- PEPE, Marcelo (Derecho Civil).
- CARBALLAL, Ángel (Finanzas y Derecho Tributario).
- CORIOLANO, Mario (Derecho Penal).
- SOSA, Rodolfo Alberto (Derecho Laboral).
- ANDREU, Ricardo César (Economía Política).
- DE ORTUZAR, Graciela (Filosofía del Derecho).

#### **COMITÉ DE REDACCIÓN DOCENTE**

- LOVELLI, Mariano (Derecho Político).
- HEFFES, Omar (Derechos Humanos).
- ALEMAN, María (Derecho Civil).
- MAITINI, Fernando (Derecho Romano).
- CHAVES, Guillermo Justo (Derecho Político).
- BARRIVIERA, Natalia (Derecho Notarial)
- PORTELA, Julián (Derecho Constitucional)

#### **COMITÉ DE REDACCIÓN DE GRADUADOS**

- DÍAZ, Ailén Victoria.
- SANTILLI, Juan Manuel.
- MOLTRAZIO, Carolina.
- HNATIUK, Aníbal.
- GOMARA, Juan Pablo.
- MC DONALD, Gerónimo Erdmann.
- TITTARELLI, Florencia.
- VILLEGAS, María Cecilia Rita.

#### **COMITÉ DE REDACCIÓN ESTUDIANTIL**

- BLANCO, Pablo
- DE ROSA, Abril.
- ORTEGA, Manuela.
- PERCOW, Carmela.
- CASTRO, Nahuel.
- SANTECCHIA, Agustin.

#### **CORRECTOR DE ESTILO**

- MAITINI, José.

#### **DISEÑO GRÁFICO**

- RAFFINO, Ezequiel.

#### **DIRECCIÓN DE DISEÑO WEB**

- RODRIGUEZ, Leticia.

#### **DIRECCIÓN DE ARTE**

- MAZZARINI, Nazarena.

## **ILUSTRACIONES DEL PRESENTE NÚMERO**

**ÁLVAREZ, Sergio Michael**

Sergio Michael Álvarez. Nació en La Plata el 19 de Mayo de 1982. Fotógrafo y Realizador Audiovisual En el año 2005 participo en el equipo de sonido de la película “Crónica de una Fuga”, en el 2008 realizó el sonido directo de la ficción “Túneles en el Río”, cortometraje multipremiado en Latinoamérica y Europa. En el 2009 realizó el cortometraje “Piedrita bajo la almohada” ganador de una mención de honor en el Festival Cuento en Corto en España. En el año 2010 realizó sonido directo en el documental “Viñateros del Río”. Desde el 2007 a la fecha realiza intervenciones urbanas con el Colectivo Miramientos. Actualmente es realizador de TV y docente en talleres de Educación Artística en La Plata y participa del proyecto de educación en Arte en contextos de encierro.

### **... de las márgenes y otras orillas**

Las orillas son límites, a veces naturales, son márgenes que separan, unen y nos invitan a pararnos en uno de sus lados. A pensarnos y a pensar(los) Las orillas nos dan la posibilidad de mirarnos y reconocernos allí, en el otro... en mí, en ese lado que nos abriga y nos impide, a veces, cruzar.

Punta Lara es visitada por dos millones de turistas que, durante los febriles veranos, escapan a sus playas para calmar las temperaturas de que azotan al sur del gran buenos aires. En esa orilla nos encontramos, nos vimos, nos entendimos y nos distanciamos, no sin antes transformarnos con sus historias, aquellas que desde esa orilla llegaron a la mía.

Aquí ellos, yo, vos, ustedes... todos nosotros, los que estamos en este lugar y en cualquier orilla.

### **CONTACTO**

drmichaelskraun@hotmail.com

### **PROSA POÉTICA DE CONTRACARATULAS**

**VILLOLDO, Nestor**

Nacido en la ciudad de La Plata-Buenos Aires-Argentina

Escritor-Actor-Escritor Publicaciones: “DesArmado”, libro de relatos poéticos. Edición independiente, 1991.

“Planeta Diminuto”, cuento para niños ilustrado por Sofia Ramacciotti. Editorial Malisia, 2014. “Shemale”, relatos poéticos. Editorial Malisia, 2017.

## **PAUTAS DE PUBLICACIÓN Y REFERATO.**

A los efectos de facilitar el trabajo de edición de la revista los trabajos deben ser presentados en el siguiente formato:

- Extensión en carillas: mínimo 8 y máximo 25, incluyendo citas y bibliografía.
- Letra Times New Roman, tamaño 11 para el cuerpo del texto y 10 para las citas y referencias bibliográficas.
- Formato APA 2016 para citas y referencias bibliográficas.
- Las notas al pie en tamaño 10.
- Interlineado a un espacio y medio.
- Página tamaño A4, márgenes “normal”.
- Resumen del trabajo en castellano de hasta 3.000 caracteres.

El sistema de referato es externo doble ciego, y el procedimiento de selección se tramitará con el sistema Open Journal Systems (<https://pkp.sfu.ca/ojs/>), el autor deberá registrarse en el Portal de Revistas Académicas de la U.N.L.P. y remitir el documento sin mención expresa a su autor/autores dentro del trabajo.

## INDICE

<b>EDITORIAL</b> .....	15
------------------------	----

### MATERIAL DE CÁTEDRA

<i>Innovación jurídica respecto de la muerte de un hombre libre y su sanción</i> por la Lex Aquilia. Repercusiones jurídicas en D.9, 2,5, pr. <b>Por Del Valle Aramburu, Romina</b> .....	25
---	----

### DOCTRINA

<i>El sistema de notificaciones en el proceso de restricción a la capacidad de las personas.</i> <b>Por Palacio, Ana Lis</b> .....	41
<i>La elección popular de los jueces de paz en la provincia de Buenos Aires. Fracaso y conflicto de poderes.</i> <b>Por Corva, María Angélica</b> .....	52
<i>Discusiones en torno a la esencia del vínculo jurídico laboral.</i> .....	79
<b>Por Balbin, Adolfo Nicolás</b>	
<i>Modernidad, globalización y derechos humanos.</i> <b>Por Rojas, Eduardo Carlos</b> .....	96
<i>El derecho en la modernidad: crítica desde la «exterioridad» latinoamericana.</i> <b>Por De la Vega, Alanis</b> .....	107
<i>La Prueba Pericial. Consideraciones sobre la prueba pericial y su valoración en la decisión judicial.</i> <b>Por Martorelli, Juan Pablo</b> .....	130
<i>Imprescriptibilidad La imprescriptibilidad de las acciones civiles por daños y perjuicios emanadas de delitos de lesa humanidad.</i> .....	140
<b>Por Diaz Martínez, Guillermo Andrés</b>	

### LEGISLACIÓN

<i>Derecho y Política- Política y Derecho: cuando las políticas de ajuste impactan en las relaciones de familia.</i> <b>Por Herrera, Marisa</b> .....	161
<i>El rol del referente afectivo en la adopción planteada en el CCyC.</i> .....	193
<b>Por Aleman, María del Carmen y Rosello, Juan Ignacio</b>	
<i>Interpretación del art. 34 inc. 1 del Código Penal Argentino a la luz de la Ley Nacional de Salud Mental. Consecuencias. La situación de las personas con declaración de inimputabilidad en la Provincia de Buenos Aires.</i> <b>Por Rios, Santiago Rodolfo</b> .....	202
<i>Capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Código Civil y Comercial.</i> <b>Por Sorgi Rosenthal, Marina</b> .....	216
<i>Novedades Legislativas.</i> <b>Por Baldi, Eduardo</b> .....	228

### JURISPRUDENCIA

<i>Las problemáticas ambientales y su recepción en recientes fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.</i> <b>Por Stinco, Juan</b> .....	237
<i>Notas sobre la creación y realización del Derecho constitucional en la Argentina.</i> .....	259
<b>Por Ferreyra, Raúl Gustavo</b>	
<i>Novedades Jurisprudenciales.</i> <b>Por Vertiz, James</b> .....	268

<i>Novedades jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia Bonaerense</i> .....	273
<i>y la Corte Suprema de Justicia de Nación</i> <b>Por Díaz, Juan Francisco</b>	

## OPINIÓN

<i>Consideraciones sobre la Universidad Pública.</i> <b>Por Berrotarán, Alejandro</b> .....	281
<i>Hércules y la fábrica de causas.</i> <b>Por Massaccesi, Lucas y Falco, Bruno</b> .....	284
<i>Municipios: ¿Modernización o privatización?.</i> <b>Por Verdolini, Valeria S.</b> .....	298

## SEMINARIOS DE GRADO

<i>Educación: un derecho de los pueblos originarios.</i> <b>Por Simeone Iván Alejandro</b> .....	303
--	-----

## SECCIÓN HOMENAJE

<i>A 40 años de la Noche de las Corbatas: La función social del abogado laboralista</i> .....	331
<i>ayer y hoy.</i> <b>Por Surache, Zarina</b>	

## TRABAJOS DE POSGRADO

<i>Amparo, proceso urgente.</i> <b>Por Perman, Guillermo Adrián</b> .....	337
<i>El presupuesto participativo como instrumento para una gestión</i> .....	361
<i>democrática de la ciudad.</i> <b>Por Díaz, Ailén</b>	
<i>Relaciones entre la teoría pura del derecho y los derechos humanos</i> .....	374
<i>¿Contradicción o compatibilidad?</i> <b>Por Sisti, Pedro</b>	

## SECCIÓN ESPECIAL IGUALDAD Y GÉNERO

<i>Aportes en torno a la desjudicialización de la identidad de género de niños,</i> .....	391
<i>niñas y adolescentes.</i> <b>Por Lascano, Aramís</b>	
<i>Límites urbanos y sexuales: una sentencia como muestra de selectividad</i> .....	407
<b>Por Zygielman Tale, Yael</b>	
<i>Justicia de Género: autonomía feminista frente a la violencia machista e institucional.</i> .....	415
<b>Por Úngaro, Milena</b>	
<i>Las violencias hacia las mujeres, el principio de Especialidad y la justicia penal.</i> .....	421
<i>Apuntes hacia la necesidad del fortalecimiento de las fiscalías especializadas</i>	
<b>Por Perugino, Silvina</b>	
<i>Dejen entrar a las mujeres.</i> <b>Por Gargarella, Roberto</b> .....	431

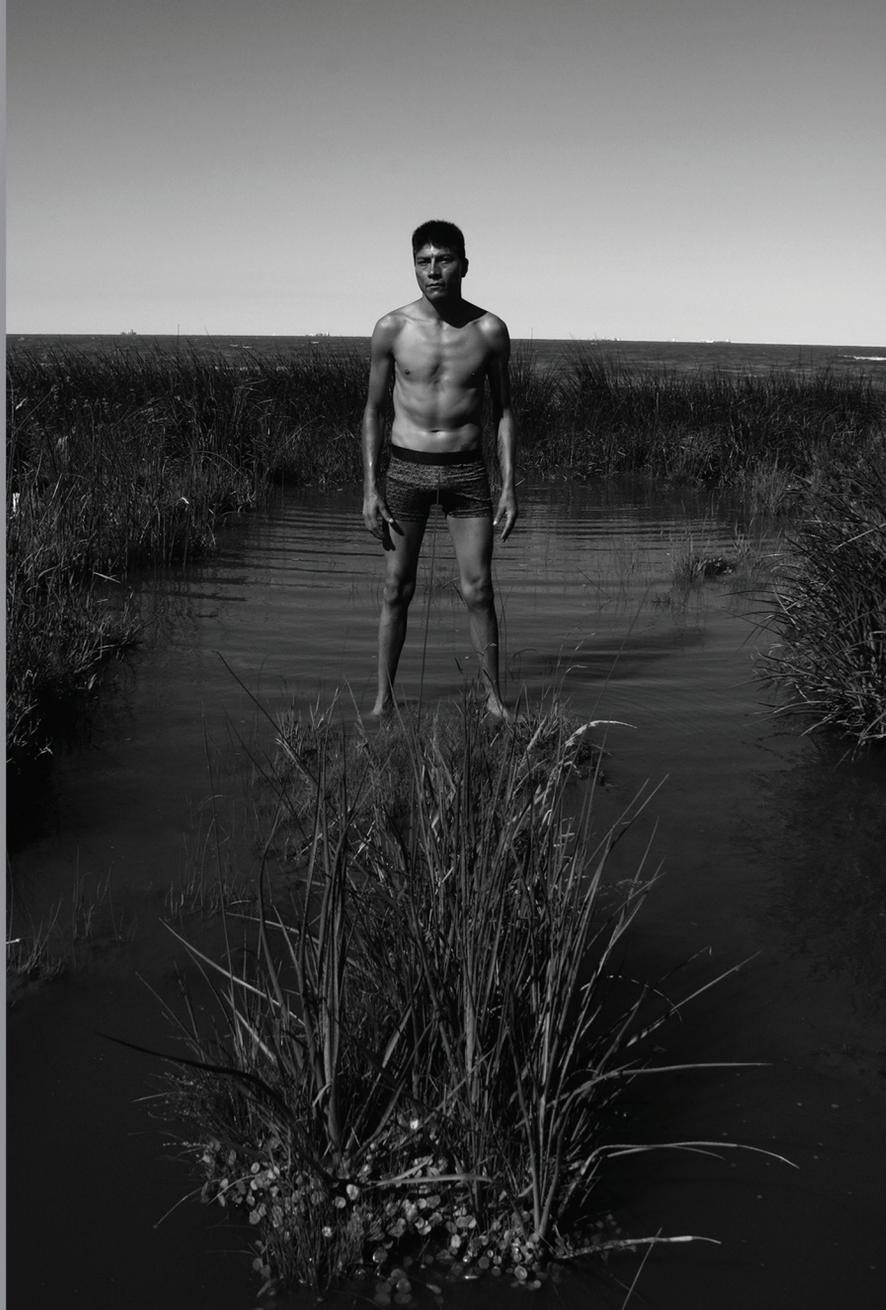
## PROYECTOS DE EXTENSIÓN

<i>El Derecho a una Educación Inclusiva: el título como último de los obstáculos.</i> .....	441
<b>Por Gonzalez, Antonella y Fernandez, Maria Eugenia</b>	

## ENTREVISTA

<i>Las garantías de la constitución y su fuerza normativa</i> .....	453
<i>Entrevista a Raúl Gustavo Ferreyra.</i> <b>Por Córdoba Vinuesa, Paúl</b>	





## EDITORIAL

REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN | Año 2 N° 4 | Invierno 2017

PORTADA: SERGIO MICHAEL ÁLVAREZ |  
DE LAS MÁRGENES Y OTRAS ORILLAS.

OBRAS A LA VENTA

## El Ángel Costurero

Desciende enredado en una hebra de oro, se lastima las manos pero no sangra.

Enhebra agujas con hilos de vino y, con ellas, sutura los lugares que se abren en la piel de las frentes. Les desclava las manos y los pies y articula Cristos remendados.

Abre las almas vacías y las rellena con migas de pan y esqueletos de peces.

Resucita los deslices de los pecadores muertos. Los zurce y con eso los enmienda. Pero la tela de las caídas es muy frágil y no quieren ni resisten el perdón.

Reemplaza con varas las costillas y evapora el vinagre con el calor que provoca el murmullo de las plegarias.

Cose dobladillos en la mirada de la multitud y respuntea los silencios que la atormentan.

Da puntadas con nudos en los mentones y los cose contra los pechos. Después se eleva un cuerpo blanco surcado por transparencias al que nadie ve. Se eleva y ahí queda, fotografiado en la fe.

El ángel costurero trabaja incansablemente sobre corazones de pañolenci. Corazones rellenos con estopa y aserrín.

## Editorial

Un lugar central de esta editorial de invierno lo tiene la desaparición forzada de **Santiago Maldonado** ocurrida el 1° de agosto de 2017 en momentos que un grupo de la comunidad Mapuche reclamaban por sus tierras en la provincia de Chubut, resultando –por el momento– el principal responsable la Gendarmería Nacional y el Ministerio de Seguridad de la Nación.

El Estado Nacional, lejos de estigmatizar, perseguir y discriminar a las personas que integran nuestros pueblos indígenas, les debe un trato preferencial, expresamente dispuesto en la Carta Magna Argentina. No está de más recordar que nuestra Constitución Nacional, en su artículo 75, inciso 17, establece que se debe: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

El 1° de septiembre, al cumplirse un mes de la desaparición de Santiago, se realizó una masiva marcha en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pidiendo por su aparición con vida. En ella, los Gobiernos nacional y de la Ciudad Autónoma actuaron con represión policial y criminalización, todo ello con el aval de la justicia federal. La Policía de la Ciudad volvió a incumplir la ley al practicar métodos como cacería de personas, uso brutal de la fuerza, policías sin identificación y vestidos de civil, ataques a personal de prensa y personas que se encontraban registrando la represión.

Durante este operativo violento y repleto de irregularidades, más de treinta personas fueron detenidas y trasladadas a distintas comisarías de la ciudad de Buenos Aires. Durante las primeras cinco horas, entre las 20 y las 2 de la mañana, no se sabía cuántas personas estaban detenidas, dónde se las alojaba, por órdenes de qué juez o fiscal y qué delito se les imputaba.

Compartimos los reclamos de diversos organismos de derechos humanos y exigimos una vez más que el Estado argentino oriente por fin, adecuadamente, su tiempo y sus recursos para contribuir genuinamente a la aparición con vida de Santiago Maldonado.

También queremos destacar que el 13 de agosto se desarrolló en nuestro país una nueva jornada electoral con el objetivo de seleccionar a los can-

didatos para las elecciones generales del próximo 22 de octubre. Una vez más celebramos que el pueblo, titular de la soberanía, elija libremente a sus representantes en un marco democrático.

Dicho esto, no podemos dejar de mencionar el manejo irregular de la información oficial y el uso interesado de los datos por parte del gobierno y algunos medios hegemónicos en el caso de la Provincia de Buenos Aires.

En este marco, recordamos que el pasado 23 de septiembre se cumplió 70 años de la promulgación de la Ley 13.010 que instauró el voto femenino en la Argentina. Su artículo 1° estableció que “Toda mujer argentina, nativa o naturalizada, tiene derecho, a partir de los 18 años de edad, de elegir y ser elegida... “. Ese mismo día, en un acto público, el Presidente Perón firmó el decreto de promulgación e hizo entrega de manera simbólica de la Ley a Evita, quien frente a una plaza colmada dijo “Mujeres de mi patria: recibo en este instante, de manos del gobierno de la Nación, la ley que consagra nuestros derechos cívicos. Y la recibo ante vosotras con la certeza de que lo hago en nombre y representación de todas las mujeres argentinas, sintiendo jubilosamente que me tiemblan las manos al contacto de la ley que proclama la victoria. Aquí está, hermanas mías, resumida en la letra apretada de unos pocos artículos, una larga historia de luchas, tropiezos y esperanzas... Esto traduce la victoria de la mujer sobre las incomprensiones, las negociaciones y los intereses creados...”.

De otro lado, en los próximos meses se desarrollarán elecciones de todos los claustros en la **Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales** de nuestra Universidad Nacional de La Plata y en este marco de renovación democrática de autoridades, queremos compartir nuestra visión respecto del estado actual de nuestra unidad académica.

Nuestra Facultad es una de las unidades académicas de la UNLP<sup>1</sup> más antigua y con más tradición universitaria, con la mayor cantidad de graduados, con un alto porcentaje de la totalidad de estudiantes en la Universidad de La Plata. A pesar de ello, en la relación con el resto de las facultades se encuentra relegada, tanto presupuestaria como ediliciamente, es la que tiene menos proyectos de investigación en ejecución, menos becarios, menos investigadores del programa incentivos, menor asistencia económica a proyectos de extensión, segundo peor lugar en la relación alumno/docente, la mitad del promedio de la universidad en inversión económica por alumno y el peor puesto en porcentaje de docentes con dedicación exclusiva y semi-exclusiva.

La referida situación de pauperización relativa llevó a que nuestra Facultad, respecto a las restantes unidades académicas sea la que menos publi-

---

<sup>1</sup>UNLP, Anuario 2013/2014 (Generado con Datos correspondientes a los ciclos lectivos 2012 y 2013).

caciones científicas y actas de congreso (con y sin referato) realiza y una de las que cuenta con menos doctores entre su cuerpo docente.

En el año 2012 (última estadística disponible) la Facultad de Derecho tenía 10.965 **estudiantes**, un 9.8% de la totalidad de alumnos de la UNLP (111.577). Egresaron 1.115 profesionales del derecho, sobre un total de 6.007 recibidos de todas las unidades académicas de la Universidad. Ello implica que la Facultad de Derecho es la que más **egresados** aportó, representando un 18,56 % de la totalidad de estudiantes de la UNLP que culminó su carrera.

### Evolución de Egresados por Unidad Académica

Unidad Académica	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Arquitectura y Urbanismo	253	256	239	247	204	219	304	254	297	294
Bellas Artes	414	315	311	367	354	379	446	430	584	521
Cs. Agrarias y Forestales	81	93	84	74	75	62	63	60	58	61
Cs. Astronómicas y Geofísicas	17	9	9	11	4	2	11	20	9	23
Cs. Económicas	417	360	442	322	429	461	489	429	575	485
Cs. Exactas	139	118	142	182	152	184	208	204	210	229
Cs. Jurídicas y Sociales	478	635	616	753	799	624	1.029	997	838	1.115
Cs. Médicas	425	408	374	327	380	407	398	375	368	318
Cs. Naturales y Museo	98	112	142	114	112	144	112	111	145	105
Cs. Veterinarias	87	111	262	148	130	126	81	179	147	161
Esc. Univ. Rec. Hum. Tec. E. Salud	0	19	6	1	24	65	36	915	849	866
Humanidades y Cs. de la Educación	608	639	570	494	338	330	392	404	373	338
Informática	87	77	125	83	96	86	83	106	91	127
Ingeniería	212	237	276	251	243	218	182	216	330	401
Odontología	422	423	277	280	320	290	306	296	261	225
Periodismo y Comunicación Social	234	195	219	211	206	223	274	245	235	276
Psicología	S/D	S/D	S/D	S/D	224	97	225	290	410	337
Trabajo Social	58	90	90	74	88	88	95	85	90	125
TOTAL UNLP	4.030	4.097	4.184	3.939	4.178	4.005	4.734	5.616	5.870	6.007

En el año 2013 participó en el 4,6 % del **presupuesto** total de la UNLP, recibiendo un promedio de **inversión por alumno** de \$ 4.491, menor a la mitad del promedio de inversión de toda la UNLP (\$ 9.430 por alumno).

La relación entre cantidad de **alumnos por docentes**, en nuestro caso, es la segunda más alta (15,38), detrás de la nueva Facultad de Psicología (28,07), y muy superior al promedio de toda la Universidad (9,10).

Unidad Académica	Alumnos	Do- centes	Alumnos/ Docente
Arquitectura y Urbanismo	7.728	1.026	7,53
Bellas Artes	14.336	1.427	10,05
Cs. Agrarias y Forestales	1.914	403	4,75
Cs. Astronómicas y Geofísicas	472	213	2,22
Cs. Económicas	12.429	862	14,42
Cs. Exactas	5.487	1.180	4,65
Cs. Jurídicas y Sociales	10.965	713	15,38
Cs. Médicas (1)	10.719	1.062	10,09
Cs. Naturales y Museo	2.881	766	3,76
Cs. Veterinarias	3.010	450	6,69
Humanidades y Cs. De la Educación	9.049	902	10,03
Informática	4.270	296	14,43
Ingeniería	6.933	1.056	6,57
Odontología	3.337	469	7,12
Periodismo y Comunicación Social	7.304	871	8,39
Psicología	8.814	314	28,07
Trabajo Social	1.929	253	7,62
TOTAL Unidades Académicas UNLP	111.577	12.263	9,10

La cantidad total de **docentes**, al año 2012, ascendía a 713, implicando el 5,8 del total de profesores universitarios (12.263 docentes totales en la UNLP).

El artículo 51 de la ley 24.521, en su párrafo final, claramente establece un límite a la posibilidad de contar con docentes interinos en sus plantas orgánicas: “*Los docentes designados por concurso deberán representar un porcentaje no inferior al setenta por ciento (70%) de las respectivas plantas de cada institución universitarias*”.

En el caso de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, para el año 2013 -del que contamos datos publicados por sus autoridades- sobre un total de 794 docentes, 486 son profesores ordinarios designados por concurso. Esto representa el 61,2 % del total, incumpliendo con el artículo 51 de la Ley de Educación Superior que establece un piso del 70 %.

Dicha violación legal, además de significar una precarización inaceptable en una facultad de derecho de una Universidad Pública, afecta en forma directa la calidad académica.

Nuestra Facultad cuenta comparativamente con el menor número de docentes con **dedicación exclusiva** y **semi-exclusiva** de toda la Universidad. De la estadística oficial surge que hasta 2013 había 15 docentes de derecho con dedicación exclusiva y 52 con semi-exclusiva, representando el 1,1% del total de docentes de la UNLP, con la primera dedicación y el 2,6 de la segunda.

De la totalidad de docentes de la Facultad de Derecho, 51 de ellos alcanzaron el **grado de “Doctor”**, representando el 7,1 de los profesores de derecho y el 3% de todos los docentes de la UNLP.

Respecto de la totalidad de **becarios** de la Universidad (301 becarios), nuestra Unidad Académica sólo cuenta con el 2,9 % (9 becarios).

En la tarea de **investigación**, nuestra Facultad también se encuentra muy relegada respecto de las restantes Unidades Académicas de la UNLP; es la facultad con menos **investigadores** del Programa de Incentivos, con una totalidad de 36 docentes sobre un universo de 2.424 docentes, lo que representa el 1,4 de los investigadores de la UNLP.

Vinculado a ello, resulta lógico que también sean muy pocos los **proyectos de investigación** en ejecución en nuestra facultad. 25 proyectos de investigación sobre un total de 743, lo que representa el 3,3 % de los proyectos de la UNLP.

En línea con los datos referidos a la actividad, nuestra facultad cuenta con el menor número de **publicaciones científicas y actas de congreso** – con y sin referato- de toda la Universidad Nacional de La Plata. La Facultad de Derecho realizó 31 total de actas, sobre 2.617 de toda la Universidad, representando el 1,1 %.

#### Publicaciones científicas y actas de congresos con y sin referato

Unidades Académicas	Art. c/ Referato	Art. s/ Referato	Total Artículos	Actas c/ Referato	Actas s/ Referato	Total Actas
Arquitectura y Urbanismo	31	11	42	80	11	91
Bellas Artes	52	27	79	98	7	105
Cs. Agrarias	108	6	114	235	8	243

Cs. Astronómicas y Geofísicas	99	4	103	50	12	62
Cs. Económicas	15	3	18	41	2	43
Cs. Exactas	453	9	462	424	9	433
Cs. Jurídicas y Sociales	35	24	59	30	1	31
Cs. Médicas	77	4	81	108	0	108
Cs. Naturales y Museo	523	42	565	432	31	463
Cs. Veterinarias	77	0	77	104	0	104
Humanidades y Cs. de la Educación	268	35	303	192	16	208
Informática	10	0	10	99	4	103
Ingeniería	155	6	161	233	3	236
Odontología	31	2	33	118	0	118
Periodismo y Comunicación Social	65	11	76	124	11	135
Presidencia	2	0	2	2	0	2
Psicología	13	2	15	78	2	80
Trabajo Social	17	6	23	49	3	52
TOTAL UNLP	2.031	192	2.223	2.497	120	2.617

En este sentido, debemos trabajar entre todos los actores de la comunidad universitaria de la Facultad de Derecho para modificar esta realidad. Nuestra unidad académica, históricamente, ha gozado de prestigio a nivel nacional e internacional. Por sus aulas pasaron importantísimos juristas, profesores y dirigentes. Es hora de volver a recuperar todo aquello que ha hecho grande a nuestra casa.

Un proceso eleccionario es, entre otros momentos, una buena oportunidad para comenzar a hacerlo. Un proceso eleccionario, mucho más allá de la distribución de cargos, según la voluntad de los claustros en la integración de los órganos de la facultad, supone la oportunidad de generar un contexto nuevo de diálogo y reflexión abierta y plural, para empezar la construcción de la facultad de ciencias jurídicas y sociales que el siglo en curso, nuestra sociedad, nuestro contexto regional y local, nuestros estudiantes, graduados y docentes y finalmente unos perfiles y ejercicios profesionales nos demandan.

La política académica se caracteriza por brindar la oportunidad de articular consensos mucho más básicos, abiertos y plurales que los alineamientos político ideológicos partidarios. Está en nosotros y nosotras, es decir, en todas y todos las y los integrantes de la comunidad académica, aprovecharla para tener la facultad que necesitamos.

Por último, queremos destacar que estamos cumpliendo un año de vida. Si, Revista Derechos en Acción –ReDeA- llega así a su cuarto número con el esfuerzo y la dedicación de todos los que hacen que esta publicación sea posible. Gracias a todos por confiar en este proyecto colectivo, solidario y plural.

Con estas líneas de bienvenida a nuestro cuarto número, alentamos a nuestros lectores –potenciales autores- a reflexionar sobre estas cuestiones y acercarnos sus valiosos aportes. El volumen de Primavera 2017 los espera!





## MATERIAL DE CÁTEDRA

REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN | Año 2 N° 4 | Invierno 2017

PORTADA: SERGIO MICHAEL ÁLVAREZ |  
DE LAS MÁRGENES Y OTRAS ORILLAS.

OBRAS A LA VENTA

## El Ángel Del Descuido

Cuando la noche se satura de madrugada, escucho alas golpeando contra un aire espeso y oscuro.

Ellas están en mí. Yo estoy en él, respirando miradas viscosas de almas condenadas a deambular durante siete años.

Habitamos la bóveda infinita como dos siameses decrepitos.

Se raspan las horas entre sí. Se desgrana en plumas el tiempo insensible. El de la crueldad. El de las mujeres que se desnucan contra el cordón de una vereda por malvender el último diente que les quedaba. El de los hombres que se pavonean con algodones debajo de la piel...

Aletean las horas.

Es el pájaro que todo lo ve.

Es el ángel del descuido.

Es el que me empapa en vinagre.

Es el que me clava el alfiler del alba entre dos costillas.

## Innovación jurídica respecto de la muerte de un hombre libre y su sanción por la Lex Aquilia. Repercusiones jurídicas en D.9, 2,5, pr.

Por Del Valle Aramburu Romina

Sumario: I. Texto. I. a- Traducción en español. I. b) Traducción de Bartolomé A. Rodríguez de Fonseca. I.c) Traducción de **Álvaro D 'Ors**. II. Autor. II.a) Domitius Ulpianus. II. b. Obra. III. Libro. IV. El problema afrontado. V. Solución sostenida. VI. Motivación de la solución. VII. Conclusión. VIII. Bibliografía.

### I. Texto en latín

5. Ulpianus libro XVIII. adEdictum. —Sed et siquemeunquualium ferro se petentem quis occidit, non videbitur iniuria occidisse; et si metusquis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin lego Aquilia non teneatur; sin autem, quumposset apprehendere, maluit occidere, magisest, ut iniuria fecisse videatur, ergo et Cornelia tenebitur.

### I. a- Traducción en español

I. b) Traducción de Bartolomé A. Rodríguez de Fonseca:

5. Ulpiano ; Comentarios al Edicto , libro XVIII.—Si alguno matase a otro que iba a matarte a él con espada, no parece que lo mató con injuria : más si algún o matase al ladrón por miedo de la muerte, no se dudará que no está obligado por la ley Aquilia; pero si pudiendo aprehenderlo, quiso más bien matarlo, es más cierto que cometió injuria, y por esto se obligará por la ley Cornelia.

I.c) Traducción de **Álvaro D 'Ors**:

Ésta traducción aparece en el Digesto( Justiniano; 379): 5."Pero si uno hubiera matado a otro que le acometía con una espada, no parece que lo mató con injusticia y, si alguien, temiendo morir matase a un ladrón, no hay duda que no está obligado por la Ley Aquilia. Ahora bien si pudiendo prenderlo, prefirió matarlo, la opinión más segura es que obró con injusticia y, por consiguiente, quedará obligado también por la Ley Cornelia".

### II. Autor

II.a) Domitius Ulpianus:

Es otros de los grandes juristas de la época clásica, también fue Prefecto del Pretorio en tiempos de Alejandro Severo, su labor fue compiladora, su producción fue amplia abarcando distintas áreas del derecho, comprendió 287 libros, su obra principal son las Regulae surgen de un manuscrito hallado en la Galia en el siglo X. También redactó Libri et Edictum y libri ad Sabinum.

Domicio Ulpiano nació en Tiro, en el año 170 y falleció en Roma en el año 228 Jurisconsulto romano, destacado en la historia de Roma y del Derecho Romano. Perteneció a una familia ecuestre de la provincia romana de Siria. También fue un jurista destacado de su época, fue asesor de Papiniano cuando este ocupó el cargo de prefecto del pretorio en el 203 d.C., cargo en el que Ulpiano permaneció hasta el 212 a.C.

En tiempos del Emperador Caracalla fue *magister libellorum*<sup>1</sup>, puesto que mantuvo cuando Heliogábalo asumió el trono de Roma. Después abandonó Roma cuando asumió el nuevo emperador romano para luego volver en el año 222 d.C. e inmediatamente pasó a ser miembro del *consilium* del Emperador Alejandro Severo, de quien había sido maestro en tiempos anteriores. Fue nombrado Praefectus Anonnae y después Praefectus Pretorius que era un cargo que se reservaba a los miembros del orden ecuestre. Este puesto tenía, junto al mando militar, las funciones de asesor jurídico del emperador y las labores de instancia suprema del sistema jurídico romano.

Murió en el año 228 a manos de los pretorianos, con los que había tenido duros enfrentamientos, y quienes le degollaron en presencia del propio emperador. Uno de sus discípulos, Herennio Modestino, quien luego se convirtió en uno de los juristas más destacados de su época.

## II. b. Obra

Su producción, muy abundante, abarcó todas las ramas del Derecho romano. Fue autor de 287 libros aproximadamente, por eso se convirtió en uno de los juristas más destacados de su época.

Entre sus obras encontramos los *Libri LXXXI ad edictum praetoris* y *Libri II ad edictum aedilium curulium*, en los que comentaba los contenidos de los edictos de los pretores y de los ediles. En ellos siguió con bastante rigor el orden de los edictos en lo que respecta a su estructura interna.

Otra de sus obras destacadas fue *De officio proconsulis*, una especie de guía para los gobernadores de provincias.

Realizó una obra incompleta que tenía el título de *Libri LI ad Masurium Sabinum*<sup>2</sup>, y escribió numerosas monografías dedicadas a los *officia* elaborados por los magistrados imperiales. También fueron fundamentales los *Libri VII regularum*<sup>3</sup>, los *Libri II Institutionum* y *Libri VII Regulae*. De todas estas obras solo se conservan algunos fragmentos de las *Institutio-*

1 Se trataba de una persona cercana al Emperador que atendía los pedidos por escrito que se realizaban al Emperador denominados rescriptos.

2 Betancourt cita a Mommsen en la página 301, en donde refiere a la crítica que se le hace al modelo sistemático de los comentarios de Masurium Sabinum, en la que Mommsen además de negar el modelo sistemático edictal de una recopilación realizada en las que se exponen las opiniones de distintos doctrinarios.

3 Montemayor Aceves refiere sobre la biografía de Ulpiano y menciona ésta obra jurídica, en página XXXVII.

nes y el *Libersingularis*. El resto de sus obras nos han llegado en las menciones que aparecen en el *Digesto*.

Del estudio de su obra jurídica se desprende que en ellas se citó a los juristas anteriores a su época, sigue en la estructura interna de su obra la labor de éstos en lo que respecta a leyes y senadoconsultos.

Hizo estudios y análisis de obras jurídicas como lo eran los Edictos, también hizo una compilación de las normativas existentes para que haya un orden (correspondiente al período clásico). Trato de que, en esa especie de compilación haya no solo un conjunto de normas, sino también que se encuentren armonizadas las distintas materias que después él utilizaría en su obra.

En el Digesto encontramos la producción de Ulpianus de la siguiente manera: Libri LXXXI ad edictum, Libri LI ad Sabinum, Libri XX ad legem Iuliam et Papiam, Libri X disputationum, Libri X de off. Proconsulis, Libri IX de omnibustribunalibus, Libri VII regularu, Libri VI fideicommissorum, Libri VI opinionum, Libri V de adulteris, Libri V de censibus, Libri IV pandectarum, Libri IV de appellationibus, Libri IV ad legem Aeliam Sentiam I.II.IV., Libri III de officioconsulis, Libri III responsorum, Libri II institutionum, Libri II ad ed. Aediliumcurulium, L.sing. regularum, L.sing. desponsalibus, L.sing.deofficiopraefecti urbi, L.sing.deofficiopraefectivigilium, L.sing.deofficiocuratorisreipublicae, L.sing. de officio praetoris tutelae, L.sing.de officio quaestoris, L.sing.de officio pandectarum, L.sing.de officio consularium, L.sing.de officio excusationum (Minguijón, 171).

La crítica que se le hace es que no ha realizado un profundo análisis de las normas jurídicas, después de su recopilación de las normas jurídicas.

### III. Libro

El libro de donde se extrae el fragmento es Cuerpo del Derecho Civil Romano, Tomo II, a doble texto traducido al castellano del latino. Publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbruggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias. Por D. Ildefonso García del Corral, Licenciado en Derecho Civil y Canónico, en Filosofía y Letras y Abogado de los ilustres colegios de Barcelona y Madrid. Barcelona, Jaime Molinas Editor, Valencia número 378. 1892.

### IV. El problema afrontado

IV. a) Se realizan los siguientes planteos, “Si alguno matase á otro que iba a matarte a él con espada, no parece que lo mató con injuria”, es lo más parecido a lo que hoy conocemos como legítima defensa. Hasta aquí no parece ofrecer dificultad lo establecido en la cita, ya que explica claramente una situación de justificación que le hace carecer a la acción de ilegitimidad, o dicho de otra manera se trataría de un caso de justificación. Pero el pro-

blema aparece en cuanto a la siguiente negación de la norma jurídica: “Mas si alguno matase al ladrón por miedo de la muerte, no se dudará que no está obligado por la ley Aquilia”, si bien la norma es clara en lo que establece, la duda se genera cuando pensamos si se trata de un ladrón que es esclavo o es un hombre libre, algo que el texto legal no nos aclara. Si se tratara de un esclavo que nos viene a robar y lo matamos no hay dudas que no es aplicable la Lex Aquilia por el daño causado sobre cosa ajena; pero si es un hombre libre al que se mata, nos arroja luz sobre ello el texto de Sandro Schipani (De la Lex Aquilia; 265) que al hacer una análisis de la evolución de la Lex Aquilia nos dice lo siguiente: “;...e) La violación del derecho de propiedad sobre la cosa destruida o deteriorada ..con la admisión de la lesión del cuerpo de una persona libre sujeta a la potestad del padre de familia, se considera también la violación del derecho del derecho de éste; f)...”; al hacer una explicación de los requisitos de la ley Aquilia, por la cuál se consideraba al hombre libre incluido en el daño “causado sobre cosa ajena”, considerándolo en ésta nueva perspectiva al filius familia como “propiedad” del pater por estar bajo su potestas.

La ley claramente establece una exención de responsabilidad penal, lo que en la actualidad llamaríamos un caso de legítima defensa ante la acción de contrarrestar el ataque de un tercero por el hecho de correr riesgo la vida propia, entonces la ley le permite al sujeto agredido si fuera necesario llegar al caso extremo de causarle la muerte al que lo agrede.

Cuando Schipani se refiere “e) La violación del derecho de propiedad sobre la cosa destruida o deteriorada ..con la admisión de la lesión del cuerpo de una persona libre sujeta a la potestad del padre de familia, se considera también la violación del derecho del derecho de éste” la frase “lesión del cuerpo” no especifica si es lesión y/o lesión del cuál derive la muerte del sujeto ya que son dos aspectos distintos que serán contemplados de manera diferente por las normas jurídicas. Por lo tanto, encontramos autores para los cuales no se contempla la posibilidad de aplicar la Lex Aquilia en el caso de que el muerto sea un hombre libre, así Heineccio nos enseña: “Reclamándose con la ley Aquilia toda disminución del patrimonio, se sigue *que si un hombre libre fuere herido*, no se da acción directamente en virtud de ésta Ley, l.13.D.e.t. que por el contrario compete si un cuerpo fuere dañado con otro cuerpo, y el patrimonio se hubiere disminuído, a cuyo caso pertenecían propiamente las palabras de la Ley Aquila , &.ult. Inst.e.t.” (Heineccio; 283).

Luego refuerza su posición y señala lo siguiente: “Se deben añadir tres corolarios (refiriéndose al capítulo III de la Lex Aquilia): 1º) si un hombre libre fue herido no se le concede por éste capítulo acción directa, sino útil, y calculada solamente para que se le paguen los gastos y el importe de la cesación de su trabajo; pero nada por los dolores que sufre, cicatrices ni deformidad, l.13. D.e.t. l.3.D. siquidrup.pauper.fec.dic.l.ult.D. de effus.

et.deject....3º) “Si el hombre daña a otro con sus manos u otra parte de su cuerpo, la Ley Aquilia concede entonces acción directa, si le causa daño de otro modo, tiene lugar la acción útil, y si ni el daño es corporal, no tampoco (Heineccio; 284); se comete con alguna parte de su cuerpo, se admite la acción in factum, &.ult.Inst.e.t.l.11.D. depraescript.verb.” (Heineccio; 285).

IV.b) Entonces aparecen dos casos: el del agresor armado (espada) con un elemento que es idóneo para causar la muerte, en ese caso no se aplica la Lex Cornelia de Iniuriis, pero siguiendo con la segunda parte del texto vemos lo siguiente: “si pudiendo prenderlo, prefirió matarlo, la opinión más segura es que obró con injusticia y, por consiguiente, quedará obligado también por la Ley Cornelia.” La ley en éste sentido es clara, se admite la defensa de un sujeto con la posibilidad de causar la muerte a otro y quedar exento de responsabilidad penal, pero el límite también está fijado con la posibilidad de que el sujeto que se defiende pueda en determinadas circunstancias no especificadas, sino que quedarían en un aspecto subjetivo evaluar por parte del agresor que se defiende dejar al sujeto que viene a atacarlo con vida, de modo que su defensa debe consistir en neutralizar el ataque según la proporcionalidad de medios que emplea el agresor ilegítimo, en un caso extremo se puede llegar a la muerte y deviene en la exención de responsabilidad penal que no ocurrirá si excedió los límites de su defensa y en vez de dejarlo con vida lo mata.

Aquí se plantea la posibilidad de que el sujeto en vez de darle muerte haya optado por no hacerlo si estaba esa posibilidad, pero teniéndola, prefirió matarlo, aquí estamos ante un caso en que se elimina la causal de justificación de la muerte del sujeto pasivo, entonces la norma que se aplica es la de la Ley Cornelia de Iniuriis.

¿Estamos entonces ante dos cuestiones diferentes? ¿Por un lado la defensa ejercida por el que resulta ser el que mata al agresor ilegítimo? ¿No se aplica la Ley Aquilia porque es un esclavo y su muerte está justificada? ¿o no se aplica la Lex Aquilia porque es la legítima defensa respecto de un agresor ilegítimo que es un filius familiae? Pero si excede a la legítima defensa se aplica la ley Cornelia de Iniuriis, o sea que ¿estamos en todas las posibilidades planteadas en presencia de un hombre libre, por lo que la ley descarta que se trate de un esclavo?

## V. Solución sostenida

Las soluciones propuestas son las siguientes:

Se plantean dos situaciones:

VI. a) La muerte del contrario cuando no hay otra opción, siempre y cuando sea un acto de defensa. Hay una causal de justificación porque un sujeto atacó a otro y a raíz de esa acción le dio muerte antes que de que le quiten la vida a él.

VI. b) En el caso de que el sujeto activo pueda optar por dejar con vida al sujeto pasivo y lo mata igual, y no hay causal de justificación, entonces se aplica la Ley Cornelia.

Como consecuencia, no es objeto de discusión la muerte del alieni iuris en ésta circunstancia del primer caso planteado y la eventualidad de aplicar la Lex Aquilia, tampoco en el segundo porque es de aplicación la ley Cornelia. Lo clarifica el texto de la fuente, "...pero si pudiendo aprehenderlo, quiso más bien matarlo, es más cierto que cometió injuria, y por esto se obligará por la ley Cornelia."

No hay dudas de que ante la existencia de dos normativas como la Lex Aquilia y la Lex Cornelia de Iniuriis, en el caso de que se cause la muerte del sujeto de manera innecesaria o que de otro modo pudiera haberse evitado, entra así en juego un elemento intencional por lo que se debe aplicar la ley Cornelia.

"Los casos de iniuria en los que es concedida a la víctima la facultad de elegir entre el ejercicio de la acción privada –actio iniuriarum- y la persecución pública, se amplían en el derecho imperial, hasta llegar, por último, a fijarse la regla que, para toda clase de injurias dable proceder por vía criminal o vía civil"<sup>4</sup>. (Iglesias: 487).

## VI. Motivación de la solución

VI.a) En los Escolios de La Ley Cornelia sobre asesinos, de aquéllos que con dolo malo hubiesen causado incendio fueron varios capítulos *como de los que hubieren dado muerte, o quitar la vida a un hombre anduvieren a escondidas, con puñal*; los que hubiesen sido magistrados o presidiendo juicios públicos hubieren gestionado para que alguno perjurase con el designio de que se encausase al inocente y se le condenase, los que confeccionasen veneno con el fin de dar la muerte a algún hombre o levantasen algún falso testimonio para que alguno fuese declarado reo capital, en juicio público, o que siendo magistrados o jueces de algún proceso en causa capital hubieren recibido dinero porque alguno quedare reo, Ley I, proemio, 1 del Digesto a la Ley Cornelia de Asesinos; Paulo Merula, Sentencia Reciproca, Libro IV, Capítulo 23,1. *La pena que se imponía era la privación del agua y del fuego y despojo de bienes, sin distinción de personas: Ley 3, 5; Ley 1,2, del Digesto respecto de personas decentes se hizo el uso de la deportación y de la pena de muerte en las de la ínfima clase: Ley 3,5; Ley 16 del Digesto y también a los consanguíneos del muerto se indemnizaba también de algún modo según consta en la Ley 4 del Digesto. Con mucha frecuencia se aduce a la ley Cornelia sobre Parricidas y asesinos.* (Heineccio; 271).

---

<sup>4</sup> En la nota n° 94 expresa el texto en latín: Inst.4,4,10: "Sciendum est de omni iniuria eum qui passus et posse vel crimina liter agere vel civiliter"

“Se comete iniuria no solamente cuando alguien resulte golpeado por el puño O por una vara, o aún azotado, sino también cuando se le hubiere dirigido un insulto; o también si alguien hace pública la venta de los bienes de otro como si éste fuera su deudor, sabiendo que nada le debe; o si alguien escribiera un verso o un libelo infamante; o si alguien hubiese cortejado a una materfamilias o a un adolescente (praetextatus), y de éste modo muchos otros casos” (Di Pietro; 271).

Alfredo Di Pietro nos hace la aclaración que, “la iniuria es en sentido amplio todo lo que se hace no de acuerdo al derecho-*quod non iure fit*-, pero acá tiene un sentido más limitado (cfme. Inst. IV.4, pt. Y 1). Éste delito estaba configurado por la Ley de las XII Tablas, pero el carácter más bien estricto que tuvo según la ley decemviral fue luego ampliado, (D.47,10,1), de tal modo que se llegó al concepto presentado por Gaius, por lo que se puede cometer éste delito tanto *re* (por ejemplo golpes corporales), *verbis* (por ejemplo por medio de un libelo agravante (D.47,10,1,1,). Además *el concepto de iniuria se debe completar con la tipificación prevista en la Ley Cornelia*.

La iniuria se debe cometer siempre con *dolus*, es decir con la intención de ofender; por ello cuando no existe ésta intención, no existe el delito (cfme D.i, 13; id.32; id.33), 15 como por ejemplo cuando se hace *animus iocandi*, es decir para hacer una chanza (D.id.3,3). Por éste motivo los que no pueden ser capaces de dolo, como por ejemplo los furiosos y los impúberes, no pueden cometer éste delito (D.id.3, 1). Tampoco comete iniuria el que por querer herir un esclavo, hiere a un hombre libre (D. id.3,4; id.4).

“En relación con las obligaciones delictuales, resulta bien probado que las acciones penales nacientes de las mismas podrían ser objeto de un *pac-tum* de ésta naturaleza<sup>5</sup>.

“No solamente se considera que sufrimos la injuria por nosotros mismos, sino también por los “*liberi*” que tenemos “*in potestate*” y por nuestras “*uxores*” que están en nuestra “*manus*”. Acción que se extingue con la *dissimulatio*, es decir por el perdón del ofendido que olvida - *disimula*- el ultraje recibido (Inst. IV, 4,12).” (Gaius; 271).

“No puede haber ninguna iniuria contra un esclavo en consideración a sí mismo, pero se admite que por él, la puede haber contra el *dominus*. Sin embargo no la consideramos del mismo modo que la producida respecto de nuestros “*liberi*” o de nuestras “*uxores*”, *ya que es necesario que la iniuria sea cometida en forma afrentosa y dirigida a ultrajar al “dominus”, como por ejemplo si se flagelara al esclavo de un tercero en cuyo caso se otorga la*

---

<sup>5</sup> Iglesias, J. cuando hacía referencia a lo siguiente: “En las XII Tablas la naturaleza del *pac-tum* viene determinada por su eficacia procesal. Así resulta el precepto *rem ubipacunt, orato: nipacunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam coniuncto*. Remitiendo a la Tabula 1, 6,7. Ver en página 456.

fórmula; pero si alguien le hiciera al esclavo un insulto o lo golpeará con el puño, no se otorga ninguna fórmula, ni la misma le es dada temerariamente a quién la pidiera (Gaius; 272).

“La pena de la iniuria era de acuerdo con la Ley de las XII Tablas; por un miembro roto el Talió; en cambio por un hueso fracturado contusionado lapena era de trescientos ases si se trataba de un hueso fracturado de un hombre libre y de 150 si se trataba de un esclavo, por causa de las otras injurias, en cambio la pena era fijada en 25ases. Y se consideraba que éstas penas pecuniarias eran suficientes en aquellos tiempos de extrema pobreza”<sup>6</sup>. (Gaius; IV, 223, página 272).

Alfredo Di Pietro no dice que en “Inst.IV, 3 Y SS.; D. 47, 10, 15,35 y ss.en éstos textos se agregan más especificaciones: *si el esclavo por el cuál se hace la iniuria está en condominio, la estimación se hará no por la parte que cada uno de los domini tiene en dicho esclavo, sino en razón de cada unade las personas de los dueños, ya que ellos son los injuriados. A su vez, si el esclavo está en usufructo, se reputa que la iniura está dirigida contra el dominus más que contra el usufructuario.* En cambio si ha sido hecha a un hombre libre que de buena fe está sirviendo como esclavo, es a él a quién directamente se le ha cometido la injuria, a menos que por su intermedio se haya dirigido la ofensa contra el que aparece como dominus. Igual solución tiene el caso de la iniuria cometida a un esclavo ajeno que se posee de buena fe, ya que la acción o la tiene el verdadero dominus o si ha habido deliberada intención de injurarlo al poseedor actual, entonces le corresponde a éste”. (Di Pietro, nota 229, página 272).

“Pero nosotros usamos ahora otro sistema: nos está permitido por el pretor que estimemos la iniuria, y el iudex según su propio criterio, condena hasta el monto que hemos estimado o por uno menor. Pero, cuando se trata de una iniuria grave el pretor suele estimar al mismo tiempo el monto en la fórmula, el iudex generalmente, a causa del respeto a la autoridad del pretor, no se atreve a disminuir dicho monto.” (Gaius, Inst. III, 224).

“Lainiuria puede ser perseguida: I) Civilmente: por esta acción pretorianaaestimatoria (cfme Inst. IV, 4,4,7), que se puede dirigir no solo contra el que realmente ejecutó la iniuria sino también contra el que ha mandado a otro a cometerlo ha procurado que ha mandado a otro a cometer o ha procurado que se realice éste delito (Cfme Inst. IV,4,11; D. 47, 10, 11, pr. Y 3). Ésta acción es infamante y prescribe al año (C.9,35,5)” (Di Pietro, nota 231, página 273); En cambio Juan Iglesias nos dice lo siguiente: “Las acciones penales sancionadas por el derecho civil- furtiiniuriarum, damniiniuriaeson perpetuas, las estatuidas por el pretor se extinguen normalmente, con el transcurso de un año, a contar desde que se cometió el delito o desde el

<sup>6</sup> En la nota número 230 cita otras fuentes: Inst. IV, 4,47.; Ley de las XII Tablas, Paulus 5, 4,6, entre otras.

momento en que el ofendido se encuentra en situación de poder entablarlas – después del año se conceden por el enriquecimiento-, .A veces, sin embargo éstas últimas tienen el carácter de perpetuo, como ocurre cuando se establecen a imitación del derecho civil” (Iglesias; 473).

II) Criminalmente: De tal modo que se puede lograr una pena corporal: por ejemplo en caso de que se publique un libelo infamante (C. 9, 36), o se injuriare el culto cristiano, o los lugares sacros o los sacerdotes (C.1, 3,13). La diferencia con la anterior, aparte de la distinta naturaleza, es que en la primera, las partes pueden actuar por medio de un procurator (D. 47, 10, 11,2); en cambio en la segunda solo pueden hacerlo los hombres ilustres (Cfme. Insts.IV, 4,10; Nov. 71,1); III) Por acción de la Ley Cornelia ver infra III, nota 233). Ver IV, 51; id.60, id. 76; id.177; id. 182” (Di Pietro; 273).

“Cfme. Insts.IV, 4,9. Paulus (5, 4,10) agrega el caso de la agravante por razón del tiempo: como cuando por ejemplo, se comete durante el día (Ver también cita de Labeo en D. 47, 10, 7,8,). Además, cfme. D. 47,10, 8 y 9. (Di Pietro; nota, página 273).

“Resulta claro que Gaius se ha olvidado de mencionar la Lex Cornelia de Iniuriis, la cual aparece citada como vigente en Insts.y que data de la época de Sila (entre los años 82 y 79 a..C), por la cuál se especifica una forma especial de iniuria; el haber sido empujado ( pulsatio) o golpeado (verberatio), teniendo en cuenta en éstos casos más la ignominia que las lesiones y la violación de domicilio, entendiendo por domicilio no solo el ocupado por el propietario , sin todo aquél que sirve realmente de vivienda a alguien aunque sea locatario (Insts.IV, 4,8;; D. 47,10,5, pr). El agraviado y no sus herederos pueden ir contra el ofensor, aunque no sus herederos por la acción estimatoria pretoriana (D. 47, 10, 37,1; D. 3, 3, 42,1,). La acción civil que emerge de ésta ley, se prescribe a los 30 años (C.7, 39,3) y la criminal a los 30 años (C. 9, 22,12).” (Di Pietro, nota 233, página 273).

“Se considera iniuria grave (atrox iniuria), ya sea por razón del hecho: por ejemplo si alguien hubiera sido herido, o flagelado o abatido a palos; o ya sea por razón del lugar, por ejemplo si ha ocurrido en el teatro o en el foro; o ya sea por razón de la persona: por ejemplo si fuera infringida una injuria a un magistrado o se cometiera una injuria contra un senador por una persona de baja condición”.

Lex Corneliae de Sicariis et veneficis: Se refería las bandas armadas, sobre sicarios o envenenadores y su correspondiente quaestio conoció sobre cualquier atentado a la vida incluso el parricidium o asesinato;

DE SICARIIS ET VENEFCIS (MURRAY; 1975), A law of the Twelve Tables contained some provision as to homicide (Plin. H. N. XVIII.3), but this is all that we know. It is generally assumed that the law of Numa Pompilius, quoted by Festus(s.v. *PariciQuaestores*), “Si quis hominem liberum dolos ciensmortiduit paricida esto,” was incorporated in the Twelve Tables, and

is the law of homicide to which Pliny refers; but this cannot be proved. It is generally supposed that the laws of the Twelve Tables contained provisions against incantations (*malum carmen*) and poisoning, both of which offences were also included under *parricidium*: the murderer of a parent was sewed up in a sack (*culeus* or *culleus*) and thrown into a river. It was under the provisions of some old law that the senate by a *consultum* ordered the consuls P. Scipio and D. Brutus (B.C. 138) to inquire into the murder in the *Silvia Scantia* (*Silva Sila*, Cic. Brutus, 22). The *lex Cornelia de sicarii setveneficis* was passed in the time of the dictator Sulla, B.C. 82. The *lex* contained provisions as to death or fire caused by *dolus malus*, and against persons going about armed with the intention of killing or thieving. The law not only provided for cases of poisoning, but contained provisions against those who made, sold, bought, possessed, or gave poison for the purpose of poisoning; also against a magistratus or senator who conspired in order that a person might be condemned in a *judicium publicum*, &c. (Compare Cic. *pro Cluent.* c54, with *Dig.* 49 8). To the provisions of this law was subsequently added a *senatus consultum* against *mala sacrificia*, otherwise called *impia sacrificia*, the agents in which were brought within the provisions of this *lex*. The punishment inflicted by the law was the *interdictio aquae et ignis*, according to some modern writers. Marcian(-*Dig.* 49 tit. 8 s8) says that the punishment was *deportatio in insulam et bonorum ademtio*. These statements are reconcilable when we consider that the *deportatio* under the emperors took the place of the *interdictio*, and the expression in the *Digest* was suited to the times of the writers or the compilers. Besides, it appears that the *lex* was modified by various *senatus consulta* and imperial rescripts.

De *Sicariis et Veneficis*. Una ley de las XII Tablas contenía alguna disposición como homicidio (Plin. H. N. XVIII.3), pero esto es todo lo que sabemos. En general se supone que la ley de Numa Pompilio, citado por Festo (*sv Parrici quaestores*), “*Si quis hominem liberum dolo sciens morti conducto paricidaesto*” fue incorporado en las Doce Tablas, y es la ley de homicidio al que Plinio se refiere; pero esto no puede probarse. En general se supone que las leyes de las Doce Tablas contenían disposiciones contra conjuros (*malum Carmen*) y las intoxicaciones, los cuales también se incluyeron los delitos contemplados en *parricidium*: el asesino de uno de los padres se cosió en un saco (*culeus* o *culleus*) y arrojado en un río. Fue bajo las disposiciones de alguna antigua ley que el Senado por un *consultum* ordenó a los cónsules P. Scipio y D. Bruto (aC 138) para investigar el asesinato en el *Scantia Silvia* (*Silva Sila*, Cic. Bruto, 22). La *lex Cornelia de Sicariis et veneficis* fue aprobada en el momento del dictador Sila, A.C. 82. La *lex* contenía disposiciones en cuanto a la muerte o incendio provocado por *malus dolo*, y en contra de las personas va sobre armado con la intención de matar

o robar. La ley no sólo proporcionan para los casos de intoxicación, pero contiene disposiciones contra los que hacen de venta, compra, poseían, o dieron veneno a los efectos de la intoxicación; También en contra de un magistratus o senador que conspiró con el fin de que una persona puede ser condenada en un Publicumjudicium, & c. (Compárese Cic. Pro Cluent. C54, con Dig.49 8). A las disposiciones de esta ley se añadió posteriormente un senadoconsulto contra sacrificia mala, llamada por otro nombre sacrificiaimpia, los agentes en los que fueron llevados dentro de las disposiciones de la presente lex. El castigo infligido por la ley fue la interdicción aquae et ignis, según algunos autores modernos. Marciano (Dig.49 tit. 8 S8) dice que el castigo era deportatio in insulam et bonorum ademtio. Estas declaraciones son conciliables si tenemos en cuenta que el deportatio bajo los emperadores tomó el lugar de la interdicción, y la expresión del Digesto se adapte a los tiempos de los escritores o los compiladores. Además, parece que la lex fue modificada por diversos rescriptos senatusconsulta e imperiales.

Heineccio refiriéndose a los alcances de la Lex Aquilia señala: “Por el contrario, no está obligado por ésta ley el que usando de su derecho dañe a otro, como el que en defensa propia (cum moderamineinculpataetute-lae así se llama en la l.1C. unde vi) mata al agresor o al ladrón, &2. Inst. l.4.l.29.&7.l.45 & 4.D.e.t. Dícese que usa de ésta moderación el que por su conservación mata incontinenti al agresor injusto que le ataca con peligro de la vida, del cuerpo o de los bienes, l.4.l.5.pr.l.45.&4.D.e.t.l.3.D. de Just.et jue., (Heineccio; 282).

## VII. Conclusión

En el Digesto se ha observado una evolución en general de cómo opera el ámbito de aplicación de la Lex Aquilia en líneas generales. En particular en el caso que aquí se ha analizado se observa cuál es la situación del sujeto que es libre y se le causa la muerte, cuál es la norma jurídica aplicable.

Así entran en juego, por un lado la negativa del texto jurídico de aplicar la Lex Aquilia, aunque según se expuso Sandro Schipani, refleja la evolución en éste sentido de incluir en el daño sobre cosa ajena al flius familia, por el hecho de estar bajo la potestad del pater y ser de su “propiedad”, por otro lado, la distinción entre la existencia de una causal de justificación, en el caso de la muerte de un hombre libre y la distinción de haber llevado a cabo la acción como consecuencia de un ataque previo del fallecido; o la posibilidad que tuvo el sujeto pasivo de haber podido elegir entre matarlo o no matarlo y optó por lo primero.

Ante ésta situación y una vez distinguidas las dos acciones que se han llevado a cabo, se determinarán las normas jurídicas aplicables: por un lado la Lex Cornelia de Sicariis et Veneficis la misma contenía disposiciones en cuanto a la muerte o incendio provocado por malus dolo, y en contra de

las personas del sujeto que va armado con la intención de matar, también se contempló el caso de los que hubieren dado muerte, o quitar la vida a un hombre anduvieren a escondidas, con puñal, también los que confeccionasen veneno con el fin de dar la muerte a algún hombre. Con relación al delito de iniuria no solo es el general lo contrario a derecho, sino que también es el daño inferido al hombre libre de manera escrita o verbal, también los golpes de puño, Alfredo Di Pietro nos dice que se debe completar y yo señalo complementar con la Lex Cornelia, respecto de la muerte causada al hombre libre. De esta manera La causal de justificación y la aplicación de la Ley Cornelia no deja lugar a dudas de la solución del caso, sin perjuicio de los análisis al respecto de Schipani en relación a la aplicación de la Lex Aquilia respecto de los libres in potestate, teniendo en cuenta además el que “con dolo o culpa, sin causa de justificación, mata o lesiona, o de cualquier manera produce un daño a persona o cosa ajena, está obligado a pagar una suma de dinero a título de pena”<sup>7</sup> haciendo referencia a la sanción aquiliana.

### VIII. Bibliografía

ABELENDÁ, V. (2012). *IusInkarri, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ricardo Palma* 1 (01-12), Lima, Perú.

ARAMBURU, R. (2017). *El corte de árboles por parte del colono y sus eventuales regulaciones a partir de D. 9, 12,2,28,6: Paul 18 Ad.Edict.*; EN Revista Jurídica Derechos en Acción; Editorial Pronto Gráfica, La Plata.

----- (2014) *Análisis de un caso planteado en Digesto 9, 2, 11. Ulpiano 18 Ad Edictum: La Responsabilidad Aquiliana del Barnbero*; EN Actas del I Congreso de Principios Generales y Derecho Romano; REVISTA de la Universidad de Flores, Facultad de Derecho.

----- (2014). *Desentrañando la esencia de la lex aquilia ¿Reparación resarcitoria o aplicación de una penalidad?*; EN REVISTA JUDÍ- DICA ANALES N° 44 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

ARANGO, F. (1845) *Historia del Derecho Romano*. Escrito en idioma latino por Juan GottiliertHeineccio, Traducida al castellano por Manuel Fernández Arango, Imprenta Pedro Sáenz.

BETANCOURT, F. (1997). *El libro anónimo “De interdicitis” Codex Vaticanus Latinus n° 5766*. Universidad de Sevilla. Secretariado de publicaciones

MURRAY, J. (1975). *Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, London,. En línea en

---

<sup>7</sup> Schipani, S. De la Ley Aquilia a Digesto 9...., página 268. El mismo autor en la evolución de los requisitos de la Lex Aquilia pone de manifiesto la cuestión que surge ante la posibilidad de dañarse a una persona libre que no se encuentra bajo la potestad del pater (ver en la página 287 en la cita n° 12).

[http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMI-GRA\\*/Leges\\_Corneliae.html](http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMI-GRA*/Leges_Corneliae.html)

DIGESTO DEL EMPERADOR JUSTINIANO, traducido y publicado en el siglo anterior por D. Bartolomé A. Rodríguez de Fonseca. Nueva edición aumentada con la traducción de los proemios, completada y revisada con arreglo a los textos más autorizados de las ediciones modernas. Le publican D. Manuel Gómez Marín y D. Pascual Gil Gómez Tomos I-II y III JUSTINIANO.

IGLESIAS, J. (1972). *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Ediciones Ariel, Barcelona.

MINGUIJÓN, M. (2017). *Digesto*. Una auténtica obra legislativa; Madrid, Editorial Dykinson S.L. En línea en: [https://books.google.com.ar/booksid=AMBtBAAAQBAJ&pg=PA161&lpq=PA161&dq=de+que+trata+la+palingenesia+iuris&source=bl&ots=kLizwUApk3&sig=5IYLeK-jyfk7\\_VId\\_tfWak1X6jb0&hl=es419&sa=X&ved=0ahUKEwi60K21vfl-SAhXHhZAKHQs9AXMQ6AEIKDAD#v=onepage&q=de](https://books.google.com.ar/booksid=AMBtBAAAQBAJ&pg=PA161&lpq=PA161&dq=de+que+trata+la+palingenesia+iuris&source=bl&ots=kLizwUApk3&sig=5IYLeK-jyfk7_VId_tfWak1X6jb0&hl=es419&sa=X&ved=0ahUKEwi60K21vfl-SAhXHhZAKHQs9AXMQ6AEIKDAD#v=onepage&q=de)

MONTEMAYOR A. (2006). *Acerca del usufructo. Libro VII del Digesto de Justiniano*. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición.

SCHIPANI, S. (2007). *Derecho de la responsabilidad civil. De la Ley Aquilia a Digesto 9. Perspectivas sistemáticas del derecho romano y problemas de la responsabilidad extracontractual*. Traducción del italiano Virginia Abelenda.

JUSTINIANI (1969). *Digestorum*, traducción de Álvaro D 'Ors, Editorial Anzaldi.





## DOCTRINA

REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN | Año 2 N° 4 | Invierno 2017

PORTADA: SERGIO MICHAEL ÁLVAREZ |  
DE LAS MÁRGENES Y OTRAS ORILLAS.

OBRAS A LA VENTA

## La Agonía Del Ángel

El ángel vuela en silencio y, silenciosamente, se posa sobre la punta de un alfiler.

Con una hoja de afeitar se corta las alas.

Ángel suicida.

Se desvive gota a gota.

No sabe que es un ángel.

Con cada lágrima pinta una guerra sin declarar.

Con cada partícula de su interior esboza un orgasmo trunco en la piel de un extraño.

Se tambalea sobre el pequeño vértice de metal. El sabe que no va a caer, pero no puede evitar el miedo de creer que va a caer.

Se muerde las manos y se aferra a un profundo dolor.

Es eterno.

No muere.

No tiene alma.

Solo posee la pertinaz agonía de no saber quien es.

## El sistema de notificaciones en el proceso de restricción a la capacidad de las personas<sup>1</sup>

Por Palacio Ana Lis

### Introducción

A la luz de las normas procesales previstas en el Código Civil y Comercial, aplicables a los procesos de familia en general y a los de restricción a la capacidad de las personas en particular, es dable analizar si las leyes procesales locales se encuentran realmente adecuadas a ellas y si permiten el ejercicio real y efectivo de los derechos de las personas que se encuentran de algún modo en situación de vulnerabilidad.

En tal sentido, en el presente trabajo se analizará -sin pretender agotar tan vasta temática- en primera medida el marco jurídico aplicable en relación a las personas con discapacidad o cuya capacidad se encuentre cuestionada (tratados internacionales vigentes y obligatorios para nuestro país, normas constitucionales y legales aplicables), para luego adentrarnos en una cuestión procesal específica: las cédulas de notificación a tales destinatarios. En tal sentido, la propuesta consiste en reflexionar sobre las reglas procesales aplicables y algunas posibles soluciones a fin de adecuarlas a las normas protectorias de orden superior.

### Desarrollo

#### I.- Microsistema de protección a las personas con discapacidad. Marco Jurídico

Como sabemos, nuestra Constitución Nacional, a partir de la reforma del año 1994, recepta un sistema de protección especializada de ciertos grupos vulnerables, imponiendo en cabeza de los distintos poderes del estado la obligación de adoptar medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre derechos humanos (conforme al artículo 75 inc. 23 y concordantes de la CN). Se ha interpretado que, si bien dicho precepto se encuentra contenido al regular las atribuciones del Congreso Nacional, al referirse a un mandato concreto de hacer por parte del Estado, debe extenderse a los tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

La norma mencionada dispone una protección diferenciada en favor de mujeres, niños, ancianos y personas con discapacidad, pese a lo cual se ha

---

<sup>1</sup> Nota del autor: Tema vinculado a la Unidad I, conforme al programa abordado por el Dr. Enrique Falcón en el marco del Módulo de Derecho Procesal, Clases de 2017.

entendido que dicha mención es meramente enunciativa y no excluyente de una tutela especial de otros grupos igualmente vulnerables.

En tal tesitura, uno de los microsistemas de protección vigente en nuestro derecho -por haberla ratificado y ser la República Argentina un Estado Parte- está dado a las personas con discapacidad por la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad<sup>2</sup>. Bajo su manto se protegen de modo preferente, privilegiado, los derechos de las personas con capacidades diferentes, sin proclamar nuevos derechos sino reeditando los reconocidos en otros tratados internacionales de derechos humanos y adaptándolos a las necesidades de las personas con discapacidad.

La CDPD adopta el “modelo social” de la capacidad, en contraposición al “modelo médico” que ponía el acento en las insuficiencias físicas o mentales de la persona, considerándolas como un objeto a tutelar. El “modelo social” entiende que es el entorno en el que la persona con discapacidad desarrolla su vida el que discapacita, ya que la estructura social, en todas sus manifestaciones (política, cultural, civil, económica, etc), no se ajusta a las circunstancias de la persona, obstaculizando el pleno goce y ejercicio de sus derechos, en condiciones de igualdad con los demás.

Partiendo de tal paradigma, y a los fines de la protección de los derechos de dicho grupo, la Convención utiliza tres dispositivos claves: el acceso universal, el diseño universal y los ajustes razonables. En el intento de dar una brevísima noción de la interacción de tales elementos, se podría afirmar que en una sociedad que permite la accesibilidad universal (es decir, el disfrute de derechos en tanto asequible para todas las personas, incluidas las pertenecientes a grupos vulnerables en condiciones de igualdad) no sería procedente hablar de ajuste alguno. En otras palabras, la accesibilidad se logra en tanto y en cuanto el entorno se encuentre diseñado de modo tal que permita el disfrute de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico para todas las personas, sin importar si presentan o no una discapacidad. Y tal entorno, concebido en términos amplios, permite dicho acceso universal únicamente cuando fue concebido, proyectado y diseñado conforme a “... pautas que permitan su uso y empleo en la mayor extensión posible por el mayor número de personas, incluidas, ni que decir tiene, las personas con discapacidad” (Bueno, 2012:159).

Ahora bien, cuando dichas pautas no han sido pensadas y respetadas, cuando el entorno fue diseñado y/o únicamente permite el ejercicio regular de derechos de la “mayoría” o del “común” de las personas, ha sido entonces concebido un entorno discriminatorio que frustra el acceso a las personas

---

2 Adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. En nuestro país, fue aprobada mediante Ley N° 26.378 de fecha 21/05/2008. Posteriormente, se le reconoció jerarquía constitucional, en los términos del art. 75 inc. 22 de la CN, mediante la sanción de la Ley 27.044, de fecha 11/12/2014. En adelante CDPD o Convención.

pertenecientes a grupos vulnerables y ha desencadenado una desigualdad de hecho que atenta contra los principios internacionales de igualdad, no discriminación y universalidad de derechos. En tales supuestos, se realiza la importancia de los ajustes razonables, sin perjuicio que los mismos operan aún en supuestos de respeto real y efectivo de los principios antes mencionados de accesibilidad universal y diseño para todas las personas. Ello es así, dado que sería prácticamente una ficción pretender que en una sociedad se prevean, creen y diseñen, en todos los ámbitos (de salud, educación en todos los niveles, justicia, en todos los ámbitos públicos y/o privados, sólo por mencionar algunos) entornos que satisfagan todas las necesidades de todas las personas con discapacidad, cualquiera sea ésta.

En tales casos, el instituto de los ajustes razonables permite crear los dispositivos y/o modificar aquellas situaciones que de hecho impiden el ejercicio efectivo de derechos por parte de personas con discapacidad. De este modo, se realizarían mecanismos adaptables de acuerdo a cada necesidad, a fin de que, con las reformas necesarias, se eliminen las barreras sociales y se permita el acceso al derecho en condiciones de igualdad con las demás personas.

## **II.- Adopción del nuevo paradigma en nuestro derecho interno. Procesos de restricción a la capacidad de las personas**

Los parámetros relativos a la garantía de accesibilidad universal y “ajustes razonables”, como derivados de la “constitucionalización” del derecho privado, han sido incorporados a nuestro derecho y resultan obligatorios a partir de la sanción de la Ley N° 26.378 que aprueba la CDPD. Posteriormente, los ajustes razonables fueron receptados de manera expresa en nuestro derecho de fondo por primera vez a partir de la sanción de la Ley 26.994<sup>3</sup>. Así, en el Libro Primero, Título I, Capítulo 1, Sección 3° se dedica a las “Restricciones a la capacidad”, en cuyo articulado se establece a la *capacidad restringida* como una nueva categoría genérica, basada en un criterio interdisciplinario (arts. 31 y sigts. del CCyC). Con tal regulación, el Código rompe con el binomio capacidad-incapacidad antes vigente, manteniendo a esta última sólo para el supuesto excepcionalísimo caracterizado por la absoluta imposibilidad de interacción y/o comunicación por cualquier modo, medio o formato adecuado; es decir, cuando no presente ningún signo claro de conciencia de sí y no pueda interaccionar con los demás (cfr. art 32 in fine del CCyC).

En dicho marco, el CCyC establece una regulación específica de los procesos de determinación y/o restricción a la capacidad de las personas, declarando la obligatoriedad de principios comunes y reglas generales de actuación, así como pautales procesales específicas (conforme al art. 31 y

---

<sup>3</sup> De fecha 1/10/2014 que aprueba el Código Civil y Comercial. En adelante CCyC.

siguientes del CCyC), siendo también de aplicación las disposiciones generales para los procesos de familia, previstos en los arts. 705 y siguientes del CCyC.

Sin pretender dar una noción acabada de las normas de fondo y procesales expresamente previstas, y a los fines de la cuestión a tratar en este trabajo, puede decirse que el CCyC establece como derechos básicos de la persona cuya capacidad se cuestiona los siguientes: 1) el derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas garantizando la participación y comprensión del juicio (arts. 31 inc. d y 43); 2) el derecho a participar activamente en el proceso judicial con asistencia letrada privada o pública (art. 31 inc. e); 3) el derecho a expresarse, ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, garantizándose la inmediatez, en su doble aspecto: como “proximidad” del órgano jurisdiccional, derivado de las nuevas reglas de competencia insertas en la ley de fondo y la vinculación con conceptos tales como el de “centro de vida” (cfr. arts. 36 y 706); y como “aproximación”, es decir, contacto personal del juez con las partes y las pruebas y, especialmente, el derecho de las personas con capacidad restringida a ser oídas (art. 35, 36, 707); 4) el derecho a que se reconozca su calidad de parte en el procesos y todos los derechos derivados de dicha calidad, especialmente la de aportar pruebas que hagan a su defensa (art. 36); 5) el derecho a que su capacidad sea restringida en la menor medida posible, respetándose su autonomía y preferencias personales (art. 32 y 38); 6) la garantía de revisión de la sentencia en un plazo no superior a los tres años desde su dictado (art. 40); 7) la reserva de las actuaciones y, en términos amplios, la tutela judicial efectiva (arts. 706 y 708).

En definitiva, el Juez debe disponer la designación de apoyos con los ajustes razonables acordes a las necesidades de la persona, que operarán durante el proceso y después de la sentencia (arts. 32, 37, 38 y 43). Se advierte una acentuación en la participación del sujeto protegido y el juez debe ser, a su respecto, protector y garante de que reciba información adecuada, comprensible y con utilización de los medios necesarios; a tal efecto, debe disponer la adecuación de los procedimientos y ajustes razonables, resguardándose los derechos y garantías mencionados, y en caso de internación de personas, sea o no voluntaria, los que surgen de la Ley de Salud Mental.

### **III.- Colisión de las normas procesales locales con la regulación del Código Civil y Comercial. Caso de La Pampa**

En la actualidad, los procesos de restricción a la capacidad y/o declaración de incapacidad se tramitan, en la mayoría de las provincias, conforme a las normas de un código procesal que responde a los lineamientos del modelo médico-asistencialista. Ello se visualiza, en primer lugar, en algo tan ostensible como es la terminología utilizada por la normativa adjetiva

que alude al “demente”, “insano”, “incapaz” y/o “presunto incapaz”. Dichos conceptos resultan estigmatizantes para la persona ya que lo encasillan en una categoría legal que parte de la base de su presunción de incapacidad<sup>4</sup> siendo ello, claro está, totalmente contrario a los postulados del nuevo paradigma que enfatizan en la dignidad y respeto de los derechos humanos de la persona con discapacidad.

No obstante lo señalado, la cuestión no acaba ahí -en la terminología utilizada- sino que se desconoce o, al menos, se limita la intervención del verdadero interesado en el proceso en su carácter de parte. En el Código Procesal de La Pampa<sup>5</sup>, se establece que es la persona que se somete a proceso (el “presunto incapaz”) quien “*debe aportar las pruebas que hacen a la defensa de su capacidad*” y se le corren traslado de las actuaciones por cinco días en forma previa al dictado de la sentencia (art. 596 y 601 del CPCCLP), limitándose a dichos supuestos su participación procesal y sin mencionarse siquiera su asistencia letrada. Desde el comienzo del proceso el juez debe resolver el nombramiento de un curador provisional que actuará en tal carácter durante todo el proceso hasta que se discierna la curatela definitiva o se desestime la demanda, operando automáticamente el sistema sustitutivo de la voluntad (art. 595 CPCCLP).

Tal como en la mayoría de los códigos procesales vigentes, la determinación de incapacidad queda exclusivamente atribuido al campo de la psiquiatría -el CPCCLP prevé la intervención de médicos psiquiatras o legistas quienes “*deben expedirse sobre su estado mental y su peligrosidad actual*”-. Así, es el sólo padecimiento psíquico o mental de la persona el que determinara su capacidad e incapacidad, sin aludir en ningún momento al principio de interdisciplinariedad y al consecuente abordaje integral de la persona ubicada en el contexto social.

Según el CPCCLP vigente, el juez puede, por su solo criterio, ordenar la inmediata internación de la persona en un establecimiento público o privado (art. 598). Dicha facultad excede la normativa vigente: a través de la Ley de Salud Mental y luego el CCyC, el juez sólo puede disponer el traslado de la persona a los fines evaluatorios, y será el equipo interdisciplinario el que dispondrá la necesidad de la internación, en virtud de criterios terapéuticos y como medida excepcional. Asimismo, dicha medida es contraria derechos elementales como el de ser oído, opinar, decidir sobre su propio tratamiento y las normas relativas sobre el consentimiento informado, que surgen tanto de la LSM y del CCyC.

En relación al principio de intermediación, el art. 602 del CPCCLP faculta al juez, si las particularidades del caso lo aconsejaren, a hacer comparecer

---

4 Lo que hoy se encuentra expresamente vedado, aún cuando la persona se encuentre hospitalizada (art. 31 inc. a del CCyC).

5 En adelante CPCCLP.

al presunto demente a su presencia o trasladarse él al domicilio o lugar de internación en forma previa al dictado de la sentencia. Es decir, queda al libre criterio del juez el contacto personal con la persona con discapacidad -sin hacerse mención a cuál es el objetivo de dicho contacto-. Como puede advertirse, la intermediación fue concebida como un acto procesal aislado y discrecional para el Juez, un recaudo (facultativo) previo al dictado de la sentencia. El CCyC, contrariamente, impone una inmediatez “durante el proceso”, como una acción continuada que permite la participación directa de la persona, concibiendo a la intermediación como el género y a la entrevista personal una especie en ella<sup>6</sup>.

En cuanto a los requisitos de la sentencia, el CPCCLP dispone que debe contener la decisión expresa sobre la capacidad o incapacidad del demandado y proveerá en su caso el nombramiento de un curador y medidas de protección, debiéndose notificarse a todas las partes intervinientes. Se mantiene el sistema bipolar capacidad-incapacidad propio del modelo médico y, consecuentemente, se adopta un modelo de sustitución de la voluntad al designar, lisa y llanamente, un representante o curador -quedando suprimida toda decisión sobre su propia persona-. El nuevo paradigma propugna que la afectación a la capacidad sea la menor posible, adoptándose un régimen de apoyo en la toma de decisiones que tiende a la protección y promoción de la mayor autonomía posible, manteniéndose la capacidad para todos aquellos actos que no sean expresamente restringidos.

Respecto de la rehabilitación, la mayoría de las leyes locales la prevén como un nuevo proceso. Originariamente, el modo de procurar la revisión de la sentencia que declaraba la insania o inhabilitación de la persona fue el proceso de rehabilitación, por medio del cual se perseguía un objetivo único y lineal: la restitución a la plena capacidad jurídica. Ésta sólo sería procedente en el caso de contarse con la posibilidad, fundamentos y pruebas suficientes posteriores a la sentencia para provocar el dictado de una nueva sobre rehabilitación, previa re-evaluación de la situación originariamente declarada -que derivaba en incapacidad o, a todo evento, en inhabilitación-. No estaba previsto, al menos legalmente y en forma expresa, la posibilidad de revisión de la sentencia a efectos de ajustar lo oportunamente dictado a las condiciones actuales -más o menos favorables, según el caso- de la persona. Hoy, a la luz de los nuevos postulados, la revisión no constituye un proceso nuevo sino, exactamente, una revisión de la sentencia dictada, la cual está prevista como un deber para el magistrado.

---

6 El objetivo de este principio es doble: permite al juez conocer la situación de la persona y sus habilidades, aptitudes y necesidades; también permite el ejercicio del derecho a ser oído. Consecuentemente, viabiliza también el dictado de decisiones cautelares en resguardo de sus derechos, todo lo cual puede lograrse mediante los requisitos de accesibilidad y ajustes razonables.

### III.- a) El sistema de notificaciones por cédula

La mayoría de las leyes procesales vigentes no actualizadas conforme al nuevo paradigma -tal como ocurre con el mencionado proceso de declaración de demencia de La Pampa- nada prevén en relación al sistema de notificaciones a utilizar, aplicándose las reglas generales previstas para todo tipo de procesos. En consecuencia, en la práctica forense, en un proceso de determinación de la capacidad de una persona, luego de iniciado el proceso por el legitimado activo, se remite una cédula de notificación al domicilio real del interesado (la cual debe contener todos los requisitos legales previstos, confr. art. 128 del CPCCLP). Asimismo, en La Pampa se dispone que

En los juicios relativos al estado y capacidad de las personas, cuando deba practicarse la notificación en el domicilio, las copias de los escritos de demanda, reconvencción y contestación de ambas, así como las de otros escritos cuyo contenido pudiere afectar el decoro de quien ha de recibirla, serán entregadas en sobre cerrado. Igual requisito se observará respecto de las copias de los documentos agregados a dichos escritos. El sobre será cerrado por personal de secretaría, con constancia de su contenido, el que deberá ajustarse a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 128 .(confr. art. 131)

Como puede advertirse, tratándose de procesos en los que se cuestiona la capacidad de una persona, el actual sistema de notificaciones personales o por cédula previstos en los códigos procesales se encuentra en crisis por ser abiertamente contrario a los postulados previstos en la ley de fondo -con mayor razón en el caso de las que contienen copias de contenido reservado (art. 131 citado). Ello es así, dado que no garantizan el cumplimiento de recaudos sobre las formas que deben tener las comunicaciones y la información que se le brinde al interesado, conforme lo que surge del art. 31 inc. d) del CCyC en cuanto dispone que deben emplearse medios y tecnologías adecuadas “para su comprensión” (vinculado al art. 13 inc. 1° de la CDPD y 7° inc. j de la ley 26.657). La necesidad de que las comunicaciones y la información entre el juez y la persona sometida a un proceso en el que puede restringirse su capacidad aseguren la comprensión por parte de esta última, no se encuentra satisfecha ni mucho menos. Más aún ante la evidencia de que el Sr. Oficial Notificador -que carece de todo conocimiento sobre el contenido de la cédula y sobre la situación de la persona destinataria-, no puede asegurar en modo alguno que el interesado haya entendido el acto y su alcance.

Así se ha dicho que, en los casos como el analizado, la cédula de notificación “*ha dejado de ser un medio legal*” para poner en conocimiento de las personas cualquier decisión relacionada con su capacidad. Al tratarse de un acto procesal escrito, ordenado en el marco de un proceso judicial y que es redactado en un lenguaje técnico, requiere de un conocimiento especial

para su comprensión, la mayoría de las veces ausente en el destinatario no familiarizado en tales procesos. Por su parte, si bien la verdadera toma de conocimiento en relación al acto no puede presumirse para los casos de personas cuyo grado de discernimiento está aún por evaluarse y determinarse, mucho menos puede entenderse satisfecho el recaudo respecto de aquellos respecto de los cuales ya se ha declarado su incapacidad o restricción a su capacidad (según los alcances de la sentencia, claro está).

La cédula tradicional no constituye *per se* ni utiliza en ningún caso un medio o tecnología adecuado para la comprensión cuando es dirigido en forma personal a aquél en cuyo interés se lleva a cabo un procedimiento judicial de restricción de la capacidad, por lo que deben ser consideradas incompatibles con los postulados de la ley de fondo. A ello se suma que, en relación a una persona que sufre un padecimiento mental de algún tipo, su recepción puede resultar sumamente perturbador, generarle conmoción, inquietud y/o angustia, todo lo cual debiera evitarse: el cumplimiento de un recaudo legal (como es la notificación) no debería influir ni convertirse en un factor de agravamiento de su estado de salud.

### III.- b) Propuesta

El CCyC establece que el juez debe designar el o los apoyos necesarios, especificando las funciones *con los ajustes razonables* en función de las necesidades y circunstancias de la persona y ello es aplicable no sólo a partir de la sentencia definitiva, sino que también pueden ser adoptados durante el proceso, a los fines de evaluar el discernimiento de una persona que pudiera tener una afección mental o cognitiva. A tal fin, el proceso de comprensión puede requerir de medios, modos o tecnología especializada y su utilización resulta indispensable a fin de garantizar a la persona el acceso a la comunicación, la participación en el proceso, y en definitiva, el ejercicio de sus derechos<sup>7</sup>.

Consecuentemente con lo manifestado en el punto anterior, las notificaciones por cédula al interesado previstas en los códigos procesales y tal como se realizan en la práctica forense, en tanto no aseguran la comprensión adecuada de su contenido por el destinatario, no cumplen *per se* con los recaudos del CCyC y deben reemplazarse por otra forma de comunicación eficaz. En tal sentido, puede proponerse que los actos de comunicacio-

---

<sup>7</sup> Se ha eliminado de nuestro derecho la posibilidad de cuestionar la capacidad (o más aún, declarar la incapacidad) de una persona basándose exclusivamente en una dificultad meramente comunicacional (por necesitar de intérpretes, lenguaje de señas o algún método alternativo) y no cognitiva, cuando una persona requiere de tales métodos alternativos y/o la presencia de un intérprete porque, en tal caso, no existirían los recaudos previstos en el art. 32 del CCyC. Ello, a diferencia del régimen anterior que preveía la incapacidad de los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito (cfr. art. 153 del Código Civil derogado).

nes de información personal se realice por el propio Juez, en una audiencia al efecto o constituyéndose él en el lugar de residencia u hospitalización de la persona; puede delegar dicha función en el Actuario, en personal entrenado del juzgado o en el equipo técnico de profesionales. Asimismo, puede disponer que la comunicación se realice por intermedio del defensor de menores e incapaces, del curador, figura de apoyo o abogado de la persona interesada si el Juez lo considera idóneo para explicar los alcances del acto y/o la decisión que se haya tomado y asegurarse de que sea comprendida en lo posible por su destinatario. Podría disponerse que se realicen capacitaciones especiales a los oficiales notificadores para cumplir con dicha tarea en los casos analizados, pero dejando expresa constancia de lo actuado conforme a las exigencias legales, en cuyo caso podría mantenerse la actual notificación por cédula a cargo de personal idóneo.

Resulta necesario que el sistema a adoptarse para la comunicación de dichas informaciones sea aplicable durante todo el procedimiento: resoluciones iniciales del proceso y/o revisión, los informes o dictámenes de equipos técnicos interdisciplinarios, las citaciones y cualquier otro acontecimiento relacionado al proceso.

De conformidad con los postulados que emanan de las “Cien Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad<sup>8</sup>”, debe garantizarse el acceso efectivo a la justicia por parte de la persona en condición de vulnerabilidad. Ello implica no sólo la garantía de llegada a la sede del tribunal, sino todo un cúmulo de medidas que incluyen la reducción de rigorismo formal en el proceso, la explicación en lenguaje sencillo y con menor vocabulario técnico, una mayor oralidad, la concentración y simplificación de actos, etc. Pareciera ser que la comunicación en forma humana -ya sea con diálogo presencial, telefónico, o utilizando algún medio tecnológico como la conferencia audiovisual-, si asegura y/o propende a un entendimiento correcto del acto y sus alcances, es lo que más se ajusta a las pautas de tal instrumento internacional.

Asimismo, sería óptimo que la sentencia que limite la capacidad e instituya un sistema de apoyos también se comunique de manera personal por el juez o personal idóneo, mediante la celebración de una audiencia al efecto, a fin de garantizar que el sujeto conozca sus alcances mediante la utilización de un lenguaje comprensible y sepa cómo influirá en su vida el sistema de apoyos a adoptar.

Las cédulas tradicionales carecen de todo efecto jurídico para el caso de que se haya declarado una incapacidad absoluta (confr. art. 32, último párrafo del CCyC) dado que se ha acreditado que la persona se encuentra

---

8 Aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizadas en el año 2008 en Brasilia, Brasil, y a las cuales adhirió nuestro país mediante Acordada 5/2009 de la CSJN, por lo que son obligatorias. En adelante “Reglas de Brasilia”.

absolutamente imposibilitada de interactuar con el entorno. No obstante, cuando se trata de la revisión de una sentencia que ha declarado una restricción a la capacidad, las medidas propuestas deben extremarse -de conformidad con los alcances de la misma-, en cuyos casos deberá evaluarse si la persona está en condiciones de entender el alcance del acto, debiéndose recurrir a la forma de “notificación” y comunicación que le permita verdaderamente tomar conocimiento de su situación personal y procesal. Lo que se propone justamente es realizar actos procesales que puedan cumplir con su finalidad de poner en conocimiento determinada cuestión, y evitando que la notificación sea parte de un rigorismo formal extremo, innecesario, difícil de entender y que pueda ocasionar, así sea eventualmente, un daño, preocupación o perturbación en el destinatario.

A la luz de las normas previstas en el CCyC, el Juez tiene todas las herramientas legales para salvaguardar el derecho de la persona sometida al proceso a la comunicación, adecuada información, el de ser oído y participar en el proceso, con todas las implicancias que de ellos derivan. En tal sentido, más que una facultad para el Juez deberían concebirse como un verdadero deber, siempre en atención a las particularidades del caso y situación de la persona. La adopción de todas las medidas para resguardar tales derechos y garantías son en rigor de verdad *garantías de accesibilidad* en los términos de la CDPD y no técnicamente ajustes razonables como ha sido previsto en la ley de fondo. Es decir, la adopción de nuevas técnicas de comunicación que garanticen la comprensión constituye una verdadera herramienta de acceso que deberían preverse para todos los casos según sus particularidades y necesidades.

#### IV.- Conclusión

A la luz del nuevo paradigma imperante y las nuevas normas en relación a los derechos de las personas con discapacidad, resulta evidente que las leyes procesales locales vigentes diseñadas conforme al modelo anterior, deberán ser revisadas y readecuadas. No obstante ello, el sistema de tutela procesal diferenciada receptado en el CCyC resulta de aplicación inmediata y el juez local deberá observar tales reglas procesales en cualquier proceso en el que intervenga una persona con discapacidad, a fin de garantizar el pleno goce y ejercicio de sus derechos sustanciales.

El CCyC introduce modificaciones, nuevas condiciones y recaudos aplicables a los procesos de familia, en el entendimiento de que los mismos permiten el acceso y ejercicio de derechos sustanciales (accesibilidad universal). Por tal razón los códigos procesales provinciales deben respetar tales recaudos y adecuarse a los mismos. En el caso analizado de procesos vinculados a personas con padecimientos que afectan su salud mental, deberán extremarse las medidas necesarias de comunicación e información

que garanticen el acceso real y efectivo ejercicio de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad. Y hasta tanto las normas locales no sean en tal punto modificadas, deberán ser los operadores del sistema los verdaderos garantes de tales derechos, debiendo introducir las modificaciones procesales necesarias.

Puede afirmarse que, la adopción de medidas como las propuestas, que aseguren los derechos y garantías de las personas cuya capacidad se cuestiona, pueden entenderse como verdaderas medidas de acción positiva en los términos del art. 75 inc. 23 de la CN, en cuanto implican la toma de decisiones que constituyen una cierta tutela procesal y/o fondal diferenciada que beneficia a una persona que se encuentra en una palmaria condición de vulnerabilidad y que permiten, a su vez, garantizar la accesibilidad universal pregonada por la CDPD.

### **Bibliografía**

BUENO, L. C. P. (2012). La configuración jurídica de los ajustes razonables. In *2003-2012, 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España: estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna* (pp. 159-183). Ediciones Cinca, Recuperado de <http://www.convenciondiscapacidad.es/Noticias/LA%20ONFIGURACION%20JURIDICA%20DE%20LOS%20AJUSTES%20RAZONABLES.pdf>

CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA (1 de Agosto de 2015) Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Ley 26.994

----- (29 de Septiembre de 1869) Código Civil Argentino. Ley 340.

ASAMBLEA PLENARIA DE LA XIV EDICIÓN DE LA CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA (4 de Marzo de 2008) Cien Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.

CÓDIGO PROCESAL DE LA PAMPA (12 de Marzo de 1999) Ley 1828.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (Nueva York, 13 de Diciembre de 2006) Convención Internacional de las Personas con Discapacidad.

## La elección popular de los jueces de paz en la provincia de Buenos Aires. Fracaso y conflicto de poderes

Por Corva María Angélica

### Introducción

En su libro sobre la doctrina de la separación de poderes, Maurice Vile realizó un pormenorizado análisis de una corriente de pensamiento constitucional que intentaba equilibrar la libertad de los ciudadanos con el ejercicio del poder estatal. Al exponer el pensamiento de Thomas Jefferson, explicaba que según su defensa del sistema de frenos y contrapesos el único correctivo eficaz contra los abusos de poder era el poder de los electores, aplicado a los tres departamentos del Estado, legislativo, ejecutivo y judicial, cuyos miembros debían ser elegidos por votación de periodicidad frecuente. Uno de los más prominentes jeffersonianos, John Taylor, fue más lejos sosteniendo que la manera más adecuada de elevar al Poder Judicial a la categoría de rama del Estado, acorde al principios de división que ellos sostenían, era hacer que sus miembros lo fueran por cargos electos, de modo que tuvieran que rendir cuentas ante al pueblo (Vile, 2007: 185- 191).

En el Río de la Plata, el profesor de derecho constitucional Florentino González enseñaba en sus lecciones que el ejercicio de las funciones de poder debía estar distribuido, para que no fuesen los mismos quienes hiciesen, ejecutasen y aplicasen la ley. Eso se lograba con la división del ejercicio de las funciones del poder en varios departamentos, “cuyos miembros se sirven recíprocamente de contrapeso para contener los excesos, y de apoyo al ciudadano para usar con seguridad de sus libertades y derechos”. Constituir un gobierno era concretar esa división, estableciendo las relaciones entre los funcionarios de cada departamento, asegurándoles independencia de acción dentro de la esfera de sus respectivas facultades, haciéndolos al mismo tiempo responsable de sus abusos de autoridad, permitiendo el control a los ciudadanos (González, 1869: 172-184).<sup>1</sup>

Estas ideas estuvieron presentes en las sesiones para la redacción de la Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1873, donde la forma de elección de los jueces letrados fue uno de los temas que generó mayor debate – durante tres largas sesiones – y de los que sufrió un cambio más abrupto entre el proyecto original y el artículo finalmente sancionado, según el cual eran elegidos por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado y no en forma directa por el pueblo (Corva, 2014: 232-236). El enfrentamiento generado en los debates planteaba dos opciones para la elección de los magistrados

---

1 En 1868 se creó la cátedra de Derecho Constitucional y Administrativo del Departamento de Jurisprudencia de la Universidad de Buenos Aires, a cargo de Florentino González, emigrado colombiano que llegó desde Chile y escribió las *Lecciones de derecho constitucional*.

letrados del poder encargado de administrar justicia: por los otros poderes públicos o directamente por el pueblo.

La respuesta a esta cuestión tenía su fundamento en el concepto de soberanía y de su ejercicio, aunque se le quisiera dar a la opción por la elección en segundo grado un perfil práctico, basado en la falta de capacidad del pueblo elector para discernir sobre la idoneidad, inteligencia y honorabilidad de los jueces. Ambas posturas buscaban responder a la garantía de justicia, pero siempre relacionada con la responsabilidad del magistrado al ejercer su función. En la primera opción haciendo que ese acto fuera realizado por quienes tuvieran aptitud para ejercerlo; en la segunda haciendo uso de la libertad de la sociedad civil para elegir quién administraba justicia.<sup>2</sup>

Respecto a los jueces de paz, la cuestión estaba más ligada a la descentralización por todos aceptada y por esto la elección popular tuvo escasa oposición y fue incorporada en el texto constitucional. Pero la ley que debía instrumentarla fracasó y la frustración de la elección directa tal vez se debió a que daría por tierra con un importante recurso de poder del Ejecutivo. Pero también representaba el enfrentamiento entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, que se manifestó en la discusión sobre la forma alternativa de elección a la que se recurriría hasta que la Justicia de Paz tuviera su ley orgánica.<sup>3</sup>

El conflicto nacía de la naturaleza doble y ambigua del sistema municipal en Hispanoamérica, que generó una tensión entre la representación de los intereses locales y la subordinación al poder central, y que no fue eliminada de un plumazo con la modernidad política y el constitucionalismo. El gobierno buscaba en el municipio un órgano administrativo y los vecinos un instrumento de autogobierno local. A esto se sumaba la falta de una división entre la justicia y la administración, que no lograba realizarse a pesar de los esfuerzos constitucionales (Morelli, 2007: 116-129). Para comprender los orígenes de la separación entre función judicial y función administrativa, es primordial no dar por hecha la teoría de los tres poderes del Estado, en que legislación, jurisdicción y administración se presentan como “funciones necesarias y naturales” de cada Estado (Mannori, 2007: 125-146). Esto es especialmente visible en la justicia de la provincia de Buenos Aires durante el siglo XIX y en la definición de la forma de elección de sus jueces.

---

2 Debates de la Convención Constituyente de Buenos Aires, 1870-1873. Publicación Oficial hecha bajo la dirección del convencional Luis V. Varela, reimpresión con índice alfabético y cronológico confeccionado por Adrián Becar Varela, La Plata, Taller de Impresiones Oficiales, 1920 (en adelante DCC) La elección de los jueces letrados se trató en las sesiones del 19, 21 y 26 de marzo de 1873.

3 Sesión del 27 de junio de 1873, DCC.

El proceso político en el Río de la Plata hasta 1852 estuvo caracterizado por la concentración de poderes, que tuvo su base en la pervivencia de la Real Ordenanza de Intendentes de 1782, ordenamiento político y administrativo del Virreinato rioplatense que prolongó su influencia y dejó sus sedimentos en las nuevas organizaciones institucionales. Las reformas eran parciales y la división de poderes, enunciada desde el Reglamento dado por la Junta Conservadora el 22 de octubre de 1811, tardó muchos años en concretarse, especialmente en lo referido a la formación de un poder judicial independiente (Cansanello, 2003: cap. V; Levaggi: 1981, 284).

En la provincia de Buenos Aires, la dificultad de separar administración y justicia se hacía visible en los jueces de paz de los partidos, cuyo nombramiento tenía estrecha relación con la burocracia local, una forma de estructuración social que ritualizaba conductas y comportamientos de acuerdo a códigos compartidos a los que la sociedad debía adecuarse en relación con la propiedad de la tierra, la consolidación de los pueblos y la expansión de la frontera. (Garavaglia, 2007: 228-230) Por esto, es importante reconstruir el perfil de los sujetos que ejercieron el cargo de jueces de paz, para entender las lógicas que guiaron su designación y observar la dinámica y funcionamiento de la institución. Establecidas esas lógicas de designación, ha podido dilucidarse que fueron mudando en función al contexto y la situación de la ocupación del territorio (Di Gresia, 2010: 1-3).

Pero tan importante como saber quiénes eran y cómo actuaban, es saber quién y cómo los elegía y los nombraba. La Constitución de 1873 buscaba la descentralización, separando las funciones judiciales y administrativas, logrando que la división de poderes republicana superara la teoría y se concretara a nivel local con municipalidades y una organización judicial cercana y accesible, para que el litigio se resolviera allí donde se producía. El juez de paz debía convertirse en la base del sistema judicial provincial y para ello era indispensable organizar un sistema municipal a cargo de jurisdicciones locales. Pensado así, el texto constitucional estableció que los jueces de paz fueran funcionarios exclusivamente judiciales y agentes de los tribunales de justicia – es decir que ya no eran presidentes de las municipalidades de la campaña – siendo electos directamente por electores calificados. La forma y tiempo de elección, así como la duración en funciones, debía ser establecida por una ley que fue promulgada el 23 de mayo de 1878, pero cuyos efectos fueron suspendidos –junto con los de la ley de Municipalidades- el 4 de septiembre, así como las elecciones de municipales y jueces de paz programadas.

Es nuestro objetivo conocer el contenido de esa ley de organización de la Justicia de Paz, en especial en lo referente a la elección popular, para luego analizar el conflicto de poderes que se produjo en relación a su concreción y el papel que la Suprema Corte de Justicia jugó en su resolución. Como

paso previo, realizaremos una pesquisa en la legislación anterior (incluida la Constitución del Estado de Buenos Aires de 1854) sobre las funciones y mecanismos de nombramiento de los jueces de paz, desde su creación en 1821. Para toda esta tarea recurrimos a la Convención Constituyente de 1870-1873, a los *Registros Oficiales* provinciales, a las notas del juzgado de paz de Exaltación de la Cruz (partido de la provincia) y fundamentalmente al expediente de la Suprema Corte, que expone las posturas de cada poder y contiene como antecedentes los debates legislativos relacionados con la ley de elección de los jueces de paz.

### 1. La Justicia de Paz hasta la Constitución de 1873

En la provincia de Buenos Aires, la ley promovida por Rivadavia en 1821 suprimió los Cabildos hasta que se creyera oportuno “establecer la ley general de Municipalidades”, quedando en cada parroquia un juez de paz, que en la campaña, a más de sus atribuciones judiciales, reunía las de los suprimidos alcaldes de hermandad incluyendo funciones administrativas y de policía (Díaz, 1859: 9; Romay, 1950: 108-138). La justicia ordinaria era administrada por cinco jueces de primera instancia letrados, rentados e inamovibles, dos en la ciudad y tres en la campaña.<sup>4</sup> El nombramiento del juez de paz en la campaña siguió determinando la formación de un partido, como lo hiciera el del alcalde de hermandad antes de 1821 (Levene, 1940: 115-117). Se buscaba así una solución que combinaba en los espacios locales nociones modernas de representación política, centralización y división de funciones en los partidos, una jurisdicción de tradición hispánica, como lo eran también las atribuciones de los alcaldes de hermandad que se prolongaban en los jueces de paz (Ternavasio, 199: 22). Para Carlos Heras, la Real Ordenanza de Intendentes fue el comienzo de la decadencia de los Cabildos, su golpe de muerte y un avasallamiento a las ciudades. (Heras, 1925: 445-485).

El juez de paz concentró funciones militares, electorales, de escribano y agente del Ejecutivo, pero también su competencia judicial fue ampliada. Originariamente juzgaba en todas las demandas que las leyes y prácticas declaraban verbales y arbitraba en las diferencias, pero sus funciones

---

<sup>4</sup> Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires (en adelante ROPBA), 1821-1825, pp. 124-125. La ley organizaba también la policía (con la inspección de mercados y abastos en toda la provincia) que quedaban a cargo de un jefe de policía, con seis comisarios para la capital y ocho para la campaña. En febrero de 1825 se restablecieron los cargos de comisarios de policía de campaña que habían sido suspendidos en noviembre del año anterior, asumiendo sus funciones los jueces de paz. Lo mismo sucedió con un decreto del 25 de enero de 1830 que restablecía los comisarios de campaña, eliminados del presupuesto. Pero en 1831, el juez de paz asumió las funciones policiales y el 17 de febrero el Gobierno acordó que los jueces de paz cobraran el salario por sus funciones de comisario. A pesar de algunos cambios, esta situación no terminó de definirse hasta la creación de la Policía de la Provincia en 1880.

judiciales se consolidaron con el fracaso de la instalación de la justicia letrada y la organización policial en la campaña. Los jueces de primera instancia de la campaña fueron eliminados entre 1824 y 1853 (Díaz, 1859: 98-99; Fradkin, 2009: 143-164).

Los jueces de paz eran vecinos legos, es decir sin formación profesional, que el gobierno intentó suplir con manuales, como el redactado por Manuel García en 1825.<sup>5</sup> Su texto establecía la jurisdicción civil, criminal<sup>6</sup> y las funciones de los jueces de paz en la campaña en delitos graves como sumariantes. En el manual el juez podía consultar los formularios de los trámites que realizar en cumplimiento de sus atribuciones y el texto de las leyes necesarias (Corva, 2001). El procedimiento en las causas en que dictaba sentencia era verbal, con dos testigos, debiendo constar en el libro de actas la demanda, contestación, prueba y resolución. Eran nombrados por el Gobierno, de ternas que el jefe de policía elevaba, según informes de sus subalternos. El Tribunal Superior informaba y los salientes recibían juramento de los entrantes. Cuando las funciones de comisario quedaron anexas a los jueces de paz, fueron éstos los que estaban a cargo de las ternas y en la ciudad se ordenó en 1847 al jefe de policía que elevara las ternas para la elección de los jueces (Reguera, 2010).

Terminado el gobierno de Juan Manuel de Rosas, la concentración de funciones administrativas a nivel local se mantuvo, dado que el texto constitucional de 1854 -que estableció el régimen municipal en todo el Estado- dejaba la elección, atribuciones y deberes a una ley específica.<sup>7</sup> Esa ley, sancionada el 16 de octubre de 1854, determinaba que en la ciudad el presidente nato de la municipalidad era el ministro de gobierno y en la campaña el presidente de la municipalidad de cada partido era el juez de paz. En ambos casos, se transformó en el único conducto de comunicación con las autoridades, con los otros jueces de paz y con los jefes militares. Junto con cuatro vecinos propietarios, quedaba encargado del régimen económico y administrativo de su distrito. En la campaña el juez de paz era nombrado por el Gobierno a propuesta en terna de la Municipalidad, pero pocos años después no debía sujetarse a estas ternas (ROGBA, 1854; 107-117)

En cuanto a las funciones judiciales, el cambio más importante fue la instalación de la primera instancia en la campaña dividida en dos Departamentos (Norte y Sud), por ley del 29 de noviembre de 1853. Eran juzgados

<sup>5</sup> Manual para los jueces de paz de campaña, Buenos Aires, Imprenta de la Independencia, 1825.

<sup>6</sup> Se refiere al ejercicio de la policía judiciaria, en lugar de los comisarios suprimidos, que debían combatir la vagancia, y a los procesos sumarios y verbales en los casos de uso de cuchillo, heridas leves, hurtos simples, palabras obscenas o insultos y el robo de ganado hasta seis cabezas.

<sup>7</sup> Registro Oficial del Gobierno de Buenos Aires (en adelante ROGBA), 1854, Buenos Aires, Imprenta de "El Orden", 1856, pp.45-46.

criminales que podían atender causas civiles a pedido de las partes, agregándose en 1856 el Departamento del Centro. (Corva, 2005) Paralelamente se modificó la jurisdicción contenciosa de los juzgados de paz en la ciudad y la campaña, extendiendo su conocimiento y decisión a toda cuestión que no excediera los cuatro mil pesos moneda corriente, exceptuando toda causa surgida por inventarios o tasaciones testamentarias, que pasaba a los juzgados de primera instancia.<sup>8</sup>

Como estos funcionarios continuaban siendo legos, por pedido del Gobierno Carlos Tejedor redactó un manual en 1861, para servir de guía a los jueces de paz de campaña en el desempeño de la jurisdicción criminal de su competencia y en la ejecución de las diligencias que les encargaban los juzgados de primera instancia del crimen (Tejedor, 1861) Luego se le encargó otro manual para las funciones civiles y administrativas de los jueces de paz que eran comunes a los de la ciudad y la campaña. En la resolución de los conflictos de su competencia debía ser amigable y conciliatorio; cuando cumplía las órdenes de un tribunal superior debía atenerse a su fiel ejecución (Tejedor, 1861). Estos manuales fueron parte de la “transposición didáctica” entre el universo académico y la sociedad civil, representada en estos jueces legos. Su cultura jurídica –como noción de derecho- y judicial –como saber hacer en caso de procedimiento judicial- se fue conformando en el ejercicio del cargo por diversas vías: la lectura didáctica que el Estado ponía a su alcance y la formación práctica y casuística surgida del ejercicio del cargo (Di Gresia, 2007).

En 1857 los jueces de paz fueron separados de todas las funciones policiales al ser creadas en la campaña veinticinco comisarías, que exceptuaban a Junín, Bahía Blanca y Patagones. Este cambio surgió de la experiencia de dividir la provincia en ocho departamentos a cargo de prefectos, para descentralizar los servicios públicos y administrativos (Díaz, 1959). La partida de once hombres asignada a los juzgados quedaba reducida a cuatro y las comisarías eran dotadas con partidas de diez a quince hombres. En noviembre de 1859 se suprimieron prefecturas y comisarías, retornando las funciones a los jueces de paz. La concentración de atribuciones y el control que el juez de paz tenía sobre su partido, sumado al papel de nexo entre éste y el poder central, no pudieron ser modificados.

---

8 Ley del 19 de septiembre de 1854. ROGBA, 1854, pp. 97-98. Tenía un antecedente en una breve ley del 16 de septiembre de 1853 y determinaba que era competencia del juez de paz las cuestiones de daños y perjuicios rurales hasta ocho mil pesos, las demandas reconventionales y de la excepción de compensación, arrendamientos y desalojos con un alquiler urbano de mil quinientos pesos y un arrendamiento rural de quinientos, reparaciones y mejoras, asuntos de comercio hasta cuatro mil pesos, injurias verbales o difamaciones de palabra o por escrito, no siendo por prensa. Toda causa resuelta por el juez de paz hasta trescientos pesos era inapelable. Otra ley incluyó el conocimiento en contratos de inmigrantes. El monto que fijaba la jurisdicción en lo civil y comercial fue elevado a veinte mil pesos en 1863.

Dada esta situación, la preocupación por la descentralización había comenzado antes de 1873, con intentos de lograr la división de poderes a nivel local, asegurando una justicia cercana y accesible. El juez de paz debía convertirse en la base del sistema judicial provincial y para ello era indispensable quitarle las funciones de gobierno, creando un poder municipal a cargo de las jurisdicciones locales. Es decir, para que el proceso de descentralización planificado por la Constitución provincial de 1873 fuera posible, era fundamental convertir a los jueces de paz en funcionarios exclusivamente judiciales, pero lo más importante era quitarles la dependencia política central a través de la elección. El objetivo era, al menos en teoría, funcionarios judiciales, elegidos por los vecinos.

La nueva Constitución puso las bases para este cambio en la organización de la Justicia de Paz. Los jueces de paz eran funcionarios exclusivamente judiciales y agentes de los Tribunales de Justicia, que para ser electos debían ser ciudadanos mayores de 25 años, contribuyentes, con dos años de residencia en el lugar donde fueran a desempeñar sus funciones, sabiendo leer y escribir. La elección era directa, por electores calificados, esto es mayores de 22 años con residencia de un año. El procedimiento era verbal y actuado y los recursos atendidos por los Tribunales de vecindario, organizados por la ley en la materia, de forma que las causas quedaran terminadas dentro del mismo distrito. En la decisión constitucional no hubo diferencias, pero para concretar la elección directa debía la Legislatura dictar la ley orgánica de la Justicia de Paz. Pero de no sancionarse ese año, el Poder Ejecutivo seguía encargado de nombrar los funcionarios para 1874. Ésta fue la piedra del escándalo.<sup>9</sup>

## 2. La decisión de la elección popular

Reunida la Convención Constituyente, el dictamen de la Comisión encargada del proyecto *Poder Judicial* fue presentado en la sexta sesión del 15 de junio de 1871.<sup>10</sup> En líneas generales, proponía un poder independiente que incorporaba el juicio por jurados pero que no decía una palabra sobre la Justicia de Paz, siendo los seis artículos que la conformaron el resultado del despacho de la última Comisión del Poder Judicial compuesta por Ezequiel E. Pereyra, José M. Moreno, Vicente F. López, Francisco Alcoben-

---

<sup>9</sup> Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1873, artículos 178-183 y Disposición transitoria artículo 227. (Corbetta, 1984: 115; 128-129). (En adelante Constitución provincial, 1873) El artículo que disponía la elección directa de los jueces de paz era el artículo 180, pero por el artículo 227, en el resto de ese año y mientras no estuviera dictada la ley orgánica, el Poder Ejecutivo seguía nombrando a esos funcionarios. Agreguemos aquí que este artículo incluía la salvedad también de que seguía funcionando la justicia correccional como hasta el momento, a cargo de los jueces de paz en la campaña, pues en la ciudad la ejercía un juez letrado desde 1857.

<sup>10</sup> Sesión del 15 de junio de 1871, DCC, pp.100-102.

das, Antonio E. Malaver, Luis Sáenz Peña, Dardo Rocha, Pedro Goyena y Miguel Navarro Viola.

Podemos suponer que la descentralización administrativa se daba por establecida en el proyecto del poder municipal, que dividía el territorio del Estado en distritos a cargo de Cabildos, con miembros elegidos por dos años, pública y directamente por el pueblo, encargados de las funciones que antes desempeñaban los jueces de paz.<sup>11</sup> Había una especie de acuerdo tácito en que esos jueces de paz, ya sin funciones administrativas, serían funcionarios judiciales y esto quedó reflejado en la votación, pues el artículo referido a las condiciones del juez de paz tuvo sólo dos votos en contra y la elección directa, uno.<sup>12</sup>

La discusión que no se dio en la Convención, decantó en la Legislatura cuando llegó la hora de debatir la ley orgánica de Justicia de Paz. Como hemos visto, la Constitución de la Provincia de 1873 estableció que la Justicia de Paz debía ser ejercida por funcionarios elegidos por el pueblo, cuya única función fuera administrar justicia. En los debates legislativos, ya resuelta en teoría la descentralización, el tema a tratar era la elección de los jueces. El senador Rafael Ruiz de los Llanos, como miembro informante, llamaba la atención sobre la gran innovación constitucional de crear una justicia verdaderamente popular, una justicia que tuviera su origen en la elección del pueblo, procurando facilidad y eficacia a sus propósitos. Explicaba que la Comisión no había hecho más que reglamentar la creación de la Constitución, utilizando como guía un proyecto bastante bien meditado y estudiado, propuesto en 1872 por el ministro Amancio Alcorta. En el Senado se debatió sobre el sueldo, la duración en el cargo y la reelección de los jueces de paz, pero la elección popular parecía aceptada.<sup>13</sup>

En cambio entre los diputados quedó de manifiesto el enfrentamiento que generaba esta cuestión. Para la Comisión encargada de redactar el proyecto, la elección popular era inconveniente, dada la imposibilidad de uniformar la opinión sobre las personas a las que se les daba el voto en las localidades, pues según sostenía Carlos Marengo, “los que han elegido al juez de paz, esperan favor de él, y los que lo han combatido, no esperarán justicia”. Pero para Luis Sáenz Peña, el Poder Ejecutivo intentaba mantener con el nombramiento una de las prerrogativas constitucionales que la reforma le había arrebatado, la del poder omnímodo que ejercía sobre el juez de paz, representante de la acción oficial en todos los actos administrativos.<sup>14</sup>

11 El término Cabildo fue luego reemplazado por el de Municipalidad.

12 Sesión del 27 de junio de 1873, DCC, pp. 1223-1224.

13 Sesión del 8 de julio de 1876, Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 1876, pp. 142-258. (en adelante DSCS)

14 Sesión del 12 de marzo de 1877, Diario de sesiones de la Cámara de Diputados, 1876, pp. 1586-1627. (en adelante DSCD)

En esta misma línea, Luis Vicente Varela explicaba que lo que había tenido hasta entonces la provincia con el nombre de jueces de paz, era una especie de monstruos de poderes absolutos y facultades omnímodas que representaban todos los poderes a la vez. La Convención Constituyente, apercibida del papel político que desempeñaban estos jueces, quiso crear la verdadera institución para que no se continuara con esos funcionarios que se llamaban jueces de paz y no eran otra cosa que “mandones absolutos y caudillos electorales”.<sup>15</sup>

La elección popular aseguraba, según estos legisladores, la limitación al Poder Ejecutivo y el fin de los caudillos electorales. Es decir que, para quienes estaban a favor de la elección popular, quitarle al gobernador el nombramiento de los jueces de paz daría por resultado funcionarios judiciales, que no sirvieran a los intereses políticos, sino a los pobladores de su partido. Pero esto entrañaba el riesgo – según advertía Marengo – de generar adhesiones y enfrentamientos a nivel local, que restringían la libertad del voto.

La ley que organizaba la Justicia de Paz, acorde al texto constitucional, fue finalmente sancionada por la Legislatura el 20 de junio de 1877, pero el gobernador Carlos Casares la devolvió con observaciones.<sup>16</sup> Lo mismo sucedió con una ley sancionada el 12 de marzo de 1878, por la cual la Legislatura resolvía que mientras se pusiera en práctica la ley de Justicia de Paz con arreglo a la Constitución, los jueces de paz de la ciudad y de la campaña fueran nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta en terna de la Cámara de Diputados.

Retirado el veto de la ley Orgánica de Justicia de Paz por Carlos Tejedor, el Senado se reunió en sesión del 18 de mayo de 1878, haciendo moción Ruiz de los Llanos para que se devolviera al Poder Ejecutivo el original au-

---

15 Sesión del 14 de mayo de 1877, DSCD, 1877, pp. 93-110.

16 El artículo 105 de la Constitución provincial definía el veto: “El Poder Ejecutivo deberá promulgar los proyectos de ley sancionados, en los diez días de haberle sido remitidos por la Legislatura, pero podrá devolverlos con observaciones durante dicho plazo, y si una vez transcurrido no ha hecho la promulgación ni los ha devuelto con sus objeciones, serán ley de la Provincia, debiendo promulgarse en el día por el Poder Ejecutivo”. En la doctrina norteamericana, tomada como referente en los debates porteños, la simple separación de poderes no era suficiente y el control pasivo del cuerpo legislativo no bastaba, se requería de un control activo: el poder del veto del Ejecutivo y la capacidad de los tribunales de revocar leyes. (Vile, 2007: 177-178) Florentino González explicaba que una de las consideraciones tomadas por la Constitución argentina para que las leyes sirvieran a los intereses de la comunidad, era la de poner “en manos del Jefe del departamento ejecutivo el poder de suspender los efectos de la ley acordada por las Cámaras”. El veto suspensivo y la posibilidad de insistencia por los dos tercios de los votos en ambas Cámaras, a pesar de ser objeto de controversia y de ser considerado por algunos una facultad peligrosa, era para el autor una barrera en manos de quien, por la naturaleza de su posición, podía apreciar las consecuencias de una ley, y por ser responsable individual ante la opinión no haría uso de esa facultad sino cuando una ley fuera a todas luces inconveniente. (González, 1869: 277-279)

téntico de dicha ley, que finalmente fue aprobado.<sup>17</sup> Promulgada el 23 de mayo de 1878, determinaba que cada parroquia de la capital y cada partido de la campaña conformaba un juzgado de paz, con un juez que electo directamente duraba un año en sus funciones. Debían ser ciudadanos mayores de 25 años, contribuyentes, que supieran leer y escribir, con residencia de dos años en la jurisdicción. Los electores calificados eran ciudadanos mayores de 25 años, con un año de residencia, de los que los consejos parroquiales y municipales formaban un padrón especial, siendo también los encargados de la aprobación o anulación de las elecciones que se realizaban igual que las elecciones municipales.<sup>18</sup>

Entre tanto, el 16 de mayo de 1878, el Ejecutivo convocó a elecciones de municipales para el 15 de septiembre, “no siendo conveniente demorar por más tiempo el cumplimiento de la ley orgánica del régimen municipal”, dependiendo de ello “la organización definitiva de la provincia”. Por otro decreto del mismo día y ateniéndose a la ley de Justicia de Paz sancionada por la Legislatura el 21 de junio de 1877 – cuyo veto había retirado pero que aún no había sido promulgada – dispuso que se realizaran las elecciones de jueces de paz y suplente el 15 de septiembre.<sup>19</sup> Pero unos días antes la Honorable Legislatura suspendió los efectos de las leyes de Municipalidades y de Justicia de Paz. La Cámara de Senadores había mandado un proyecto de reformas de la ley de Justicia de Paz a la Cámara de Diputados, que respondieron con el proyecto de suspenderla.<sup>20</sup>

La decisión de suspender las leyes de Municipalidades y de Justicia de Paz, fue de la mano de la reforma del artículo 200 de la Constitución provincia, por el cual cada una de las catorce parroquias en que estaba dividida la ciudad de Buenos Aires elegiría un Consejo para su gobierno de barrio. Los diputados que promovían la sanción de estas dos leyes, se basaban fundamentalmente en los inconvenientes económicos que la instalación de estos Consejos generaba, insalvables para un tesoro público desvastado.

---

17 J. Ortiz de Rozas había propuesto resolver algunos defectos del texto antes de presentarlo, por ejemplo la facultad otorgada a los alcaldes de imponer penas pecuniarias y corporales. También la ley obligaba a los jueces de paz a asistir todos los días a sus oficinas en el mismo horario que los demás funcionarios de la administración de justicia, cosa que no correspondía desde el momento que se les había quitado el salario contemplado en el proyecto original.

18 El texto original sancionado en 1877 no se encuentra en el Registro Oficial, por no haberse promulgado en ese momento. Puede consultarse en la Colección completa de leyes del Estado y Provincia de Buenos Aires desde 1854 a 1881, recopiladas, concordadas y anotadas por Federico Ketzelman y Rodolfo F. De Souza, Buenos Aires, Editorial Lex, 1930, tomo VI, pp. 10-34. (En adelante Ketzelman) El texto promulgado se encuentra en el Registro Oficial de la provincia de Buenos Aires, 1878 primer semestre, Buenos Aires, Imprenta del Mercurio, pp.233-253. (en adelante ROPBA, 1878)

19 ROPBA, 1878 primer semestre, pp. 223-226.

20 Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires, 1878, Imprenta de “El Economista”, Buenos Aires, 1878, pp. 1045-1105. (en adelante DSCD, 1878)

La propuesta era que cada parroquia eligiera dos municipales y dos suplentes, para formar una Municipalidad de la ciudad. En cuanto a las leyes de Municipalidad y Justicia de Paz, la propuesta del Senado generó una larga y ardua discusión de los diputados que, como ya hemos señalado, terminó con la suspensión de las leyes.

Ningún legislador cuestionaba la necesidad de esas leyes, pero un grupo sostenía la necesidad de “depurarlas previamente de los defectos de que indudablemente adolecen”.<sup>21</sup> Al problema económico que generaba la organización de los Consejos parroquiales, se sumaba la novedad de la ley de Justicia de Paz, que reducía el papel de los jueces de paz a funcionarios exclusivamente judiciales, quitándoles toda atribución administrativa y dejándoles tareas muy arduas, con cuatro horas de despacho, desvistiendo el puesto de los atractivos que le daban las funciones políticas y administrativas que ejercían hasta entonces, por lo que ningún ciudadano querría ejercer gratuitamente el cargo, haciendo necesario fijarles un sueldo.

Pero estos fundamentos meramente económicos, ocultaban decisiones políticas relacionadas con la organización de la capital provincial y las atribuciones de los jueces de paz de campaña. A esta posición se oponía un grupo de diputados para quienes una ley no podía dejarse sin efecto antes de ser puesta en práctica, pues las parroquias urbanas y los centros de campaña estaban deseando usar de la vida propia, conquista moderna del sistema municipal. Pero finalmente el Senado aprobó la suspensión de las leyes.<sup>22</sup>

Suspendida la organización de los municipios y de la justicia de paz, el diario *La Reforma* de Chivilcoy en respuesta publicó un artículo el 15 de septiembre titulado “Después del atentado”, calificando la ley de suspensión de inconstitucional y arbitraria. La Cámara de Diputados, declarando violados sus privilegios por los conceptos injuriosos, ordenó el arresto del director del diario Luis A. Mohr y de los setenta y ocho vecinos que firmaron, solicitando al Poder Ejecutivo su cumplimiento. El gobernador Tejedor le respondió que correspondía a la Cámara su ejecución, poniendo a su disposición al comisario de policía rural residente en Chivilcoy y haciendo cesar a los vecinos firmantes que desempeñaban funciones públicas. Los diputados decretaron violados sus privilegios y mandaron a arrestar al director del diario y a los firmantes detallando sus nombres, pero finalmente fueron puestos en libertad.<sup>23</sup> Las elecciones de jueces de paz no se realizaron y el nombramiento para ese año generó un conflicto entre poderes que terminó en la Suprema Corte.

21 DSCD, 1878, p. 1048.

22 Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la provincia de Buenos Aires, 1878, Imprenta “El Nacional”, Buenos Aires, 1881, fs. 614-618.

23 Ley del 4 de septiembre de 1878, ROPBA, 1878 segundo semestre, pp.100-101. ROPBA, 1878 segundo semestre, pp. 134-140; 147.

### 3. La elección de los jueces de paz: un conflicto de Poderes

Ante el veto de la ley orgánica que había efectuado el gobernador Ca-sares, la Comisión de Legislación de la Cámara de Senadores tomó en consideración las observaciones contenidas en el mensaje con el que el Poder Ejecutivo devolvió el proyecto el 4 de julio de 1877 y redactó otro proyecto sobre la formación del padrón especial de electores de jueces de paz, cuya sanción aconsejaba.<sup>24</sup> El objetivo era salvar el problema de la falta de un padrón especial para calificar los electores de jueces de paz, diferentes a los de municipales y elecciones políticas, que según el Ejecutivo les impedía poner el “cúmplase” al proyecto. La propuesta era que el Poder Ejecutivo dispusiera lo necesario para que las municipalidades y comisiones municipales de la ciudad y la campaña conformaran dicho padrón especial según el artículo 180 de la Constitución provincial.<sup>25</sup>

Algunos senadores sostenían que en lugar de sancionar esa ley, que sólo se refería al padrón, debían insistir con el proyecto de ley orgánica según el artículo 107 de la Constitución.<sup>26</sup> Pero Ruiz explicó que se trataba de dos cosas diferentes, siendo una necesaria para la otra, pues –como aclaró Francisco Uriburu – los jueces de paz no existirían sin la ley orgánica que especificara sus funciones y la ley en discusión era un mecanismo que permitía elegirlos. Si se optaba por la insistencia, debía realizarse sobre el mismo proyecto, sin modificaciones, lo que hacía imposible que se resolviera el tema del padrón observado por el Gobierno.

La idea era, después de promulgada la ley del padrón, proponer la insistencia. Pero ni una cosa ni la otra ocurrió y los legisladores sancionaron otro breve texto según el cual mientras se organizaba la justicia de paz con arreglo al texto constitucional, los jueces de paz serían nombrados por el

24 Comisión de Legislación: Manuel Obarrio, Ruiz de los Llanos, Martín Bustos. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la provincia de Buenos Aires, 1877, Buenos Aires, Imprenta Rivadavia, 1877, pp. 571-579. (en adelante DSCS, 1877)

25 Art. 180: “Serán electos directamente por electores calificados, y lo son, los ciudadanos mayores de veintidós años, con residencia de uno por lo menos en el distrito en que se verifica la elección”. Para ser elector político se requería de los mismos requisitos que para ser diputado: ser ciudadano de 22 años (arts. 64 y 134). Los electores municipales serían los mismos que para elegir Diputados, “estando inscriptos en el Registro Cívico del municipio y además los extranjeros mayores de 22 años domiciliados en él, que paguen impuesto directo, sepan leer y se inscriban en un registro especial que estará a cargo de la Municipalidad” (art. 201, inc. 3°). Constitución provincial, 1873.

26 La posibilidad de insistir sobre un proyecto de ley vetado por el Poder Ejecutivo estaba definida en el artículo 107 de la Constitución provincial, según el cual “devuelto un proyecto por el Poder Ejecutivo será reconsiderado primero en la Cámara de su origen, pasando luego á la revisora, y si ambas insisten en su sanción por el voto de los dos tercios de sus miembros presentes, el proyecto será ley, y el Ejecutivo se hallará obligado á promulgarlo. En caso contrario no podrá repetirse en las sesiones de aquel año”. Constitución provincial, 1873.

Poder Ejecutivo, a propuesta en terna de la Cámara de Diputados.<sup>27</sup> Tres días después, el gobernador Carlos Casares vetó ese texto legislativo, con un mensaje que firmó junto a sus ministros Carlos Pellegrini y Bonifacio Las-tra, en el que realizaba observaciones de carácter formal y constitucional.

El 25 de marzo de 1878, la Cámara de Diputados resolvió insistir por dos tercios en la sanción, pasando entonces a Senadores, que destinó el asunto a la Comisión de Negocios Constitucionales. Pero no fue hasta el 3 de junio de 1879 que el Senado determinó la insistencia, ya con Carlos Tejedor en el Gobierno, que lo devolvió con observaciones.<sup>28</sup> Debido a la minuta con que respondieron las Cámaras, el 22 de agosto de 1879 el gobernador se dirigió al presidente de la Suprema Corte de Justicia para la resolución de la cuestión de competencia que se había suscitado entre la Honorable Legislatura y el Poder Ejecutivo, con motivo de la sanción de la ley estableciendo una forma transitoria para el nombramiento de los jueces de paz.

Comenzó así el expediente que tiene una lógica interna, propia del procedimiento de la causa, que no sigue un orden cronológico y se divide en cuatro partes. En la primera consta el contenido del conflicto: el texto del proyecto, la insistencia de Diputados, el veto de Carlos Tejedor, la respuesta de las Cámaras y la presentación del gobernador ante la Suprema Corte, que solicitó los antecedentes a las Cámaras. En la segunda, la Cámara de Diputados presentó sus debates de la ley y del veto, acompañados de la nota correspondiente; pero los Senadores no respondían, por lo que el Tribunal debió insistir. Siguen entonces los antecedentes de esa Cámara, acompañados de una nota que básicamente ponía en duda la competencia de la Suprema Corte para resolver el asunto planteado por el Ejecutivo. La última parte del expediente es la sentencia del alto Tribunal, en la que definió su competencia y resolvió el conflicto presentado.<sup>29</sup>

Como se trata de un tema muy complejo, con marchas, contramarchas y diversos actores, que cambian aún en un mismo cargo, hemos decidido seguir una secuencia temporal que permita comprender mejor el conflicto y las diversas participaciones, dado que como podremos observar superan

---

27 Ley sancionada el 12 de marzo de 1878. Ketzelman, tomo VI, p. 473. Cabe aclarar que tampoco se encuentra en el Registro Oficial y que en la Colección está equivocada la fecha por 12 de mayo. En el artículo 1° disponía que mientras se pusiera en práctica la ley de Justicia de Paz, con arreglo a la Constitución, los jueces de paz de la ciudad y campaña serían nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta en terna de la Cámara de Diputados. La ley, por el artículo 2°, empezaría a regir desde la fecha de su promulgación.

28 Terminado el mandato de Carlos Casares, las pujas internas del autonomismo -cuyos disidentes eran los republicanos- y las negociaciones con los nacionalistas dieron forma a la candidatura de Carlos Tejedor junto a José María Moreno.

29 Poder Ejecutivo Provincial con la Honorable Legislatura sobre un conflicto suscitado con motivo de la sanción de una Ley sobre nombramiento de Jueces de Paz. Archivo de la Suprema Corte de Justicia Provincia de Buenos Aires B 1965. (en adelante PE c/ HL)

la disyuntiva entre nombramiento o elección de los jueces de paz y dejan al descubierto los cambios políticos de estos años.

La ley que inició el conflicto buscaba que, mientras se organizaba la elección popular directa de los jueces de paz, se lograra una elección de segundo grado quitando al Poder Ejecutivo la facultad absoluta de su nombramiento, dando intervención a la Legislatura con una terna propuesta por la Cámara de Diputados.<sup>30</sup> El proyecto -que se trató sobre tablas y resultó sancionado- se inició por una solicitud de varios senadores de convocar, de acuerdo con el artículo 80 de la Constitución provincial, a la Cámara a sesiones extraordinarias para ocuparse de un proyecto reglamentando la manera de hacerse el nombramiento de los jueces de paz y comandantes militares.

Entre los solicitantes se encontraban Francisco Uriburu, Bernabé Demaría, Roberto Cano, Ángel Blanco, todos senadores republicanos por la Capital, que se habían presentado el 2 de septiembre de 1877 contra los autonomistas conciliados. (Barba, 1982: 36-37) Pero Juan Carlos Lagos, que también ganó en esa lista, se manifestó en contra sosteniendo una postura más radical, pues el texto de la ley era irreconciliable con la disposición de la Constitución, según la cual los jueces de paz, tan ligados a la cuestión política, debían ser nombrados directamente por el pueblo. Pero le respondieron que se trataba de un nombramiento constitucional provisorio.<sup>31</sup>

Puestos así los términos del debate, se fueron profundizando en las diversas instancias del conflicto. Para algunos, si no se resolvía la elección popular, debían seguir nombrándolos el Poder Ejecutivo, pues no era conveniente “dar esta atribución a la Cámara de Diputados, que es donde más se ponen en juego las pasiones del partido”.<sup>32</sup> Para otros, esa Cámara legislativa era la que representaba más directamente al pueblo y debía intervenir en el nombramiento en forma provisorio.

Pero el tema quizá más urgente y difícil de resolver era el reclamo de la insistencia de la ley orgánica, sin la cual el poder seguiría centralizado, pues visto desde el Gobierno y en palabras de sus ministros, “los jueces de paz son funcionarios exclusivamente administrativos; son los encargados del cumplimiento de las órdenes que del Poder Ejecutivo emanan y dependen directamente de él”. Por esto era el gobernador el responsable directo de la conducta del funcionario, responsabilidad que se diluía si participaba la Cámara al nombrarlos, en una intervención legislativa en el centro mismo del

---

30 PE c/ HL, fs. 1-2.

31 PE c/ HL, fs. 25-33 v.

32 Recordemos que esta idea, entonces en palabras de Lagos, ya habían sido expresada veinte años antes por Bartolomé Mitre.

Ejecutivo, atentando contra la armonía de las ramas del poder y llevando al desequilibrio.<sup>33</sup>

Con este fundamento, la respuesta de Casares no se hizo esperar y devolvió con observaciones de forma y de fondo la ley sancionada, en uso de la facultad acordada por el artículo 105 de la Constitución. Respecto a las primeras, señalaba que en lugar de atender las observaciones realizadas a la ley orgánica, dictaron en el mismo período otra ley sobre la materia, contraria al artículo 107 de la Constitución sobre insistencia de proyectos legislativos. Tampoco era válida la disposición de hacer entrar en vigencia la ley desde la fecha de su promulgación, por haber sido sancionada en sesiones extraordinarias. Pero lo más grave era que atacaba el principio fundamental de la división de poderes, violando las facultades equitativas, extralimitando sus funciones al atribuirse una exclusiva del Poder Ejecutivo, queriendo participar del nombramiento de funcionarios administrativos, que aún no eran exclusivamente judiciales.<sup>34</sup>

La Cámara de Diputados insistió el mismo día, por el voto de dos tercios de sus miembros, pero en Senadores fue tratado al año siguiente, decidiendo también insistir en la sanción por dos tercios de la Cámara. De las discusiones – que giran en torno a las mismas cuestiones relacionadas con el gobierno local, pero en las que surgen los conflictos políticos de 1879 – son destacables los argumentos de Demaría, el senador republicano que había iniciado el proyecto y ahora dudaba de su constitucionalidad. De todas formas se veía en la obligación de “quitar de manos del PE armas electorales de que públicamente ha dicho se va a valer, para perseguir un propósito que se propone, es decir su propia candidatura”.<sup>35</sup>

Surgía con claridad en la sala el conflicto político que generaba la candidatura presidencial del gobernador de la provincia y el enfrentamiento entre el nombramiento de funcionarios administrativos por decreto y la elección popular de funcionarios exclusivamente judiciales. La ley en discusión proponía entonces, en contra del poder central, una solución intermedia y provisoria, que al dar al cuerpo deliberante parte en el nombramiento de los jueces, daba vida a la “raíz de soberanía popular” de la administración de justicia, que en ese momento era “humilde y considerado instrumento al servicio de los intereses políticos”.<sup>36</sup> Pero lo interesante es que la alternativa

33 Participación en los debates de los ministros de gobierno, Carlos Pellegrini y de hacienda, Bonifacio Lastra. PE c/ HL, fs. 25-33 v. DSCS, 1878, 1408-1413.

34 Nota devuelta a las Honorables Cámaras con las observaciones acordadas, 15 de marzo de 1878. Firma el gobernador Carlos Casares y sus ministros, PE c/ HL, f. 2 v.

35 PE c/ HL, fs. 34-42. Sesión del 3 de junio de 1879. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la provincia de Buenos Aires, 1879, Imprenta de “El Economista”, Buenos Aires, 1879, fs. 154-157. (en adelante DSCS, 1879)

36 En los debates, el senador Federico de la Barra recordó que las facultades del juez de paz no eran sólo administrativas sino también judiciales, y era de forma y de esencia que el

provisoria propuesta tenía simultáneamente en contra a quienes sostenían el nombramiento por el Gobierno y a los defensores de la elección popular.

Habiendo resuelto insistir ambas Cámaras sobre la participación de Diputados en el nombramiento de los jueces de paz, le fue comunicado al gobernador Tejedor que respondió con una extensa nota, partiendo de la base de que no podría dar cumplimiento al proyecto “sin faltar a sus sagrados deberes”.<sup>37</sup> También observaba formas irregulares y “en abierta contradicción con las reglas establecidas por la Constitución” para los casos de leyes vetadas con observaciones por el Ejecutivo. La institución del veto del poder colegislador sólo tenía un efecto suspensivo, con el objeto de provocar una nueva demostración de opinión, exigiendo para ello un mayor número de adhesiones, y si al Ejecutivo no le era permitido manifestarse fuera de un término fijo, tampoco podía serle a una de las Cámaras. La ley que no se prestaba a ser vetada por haber cerrado las sesiones, no se promulgaría jamás y necesitaría pasar por los trámites de una nueva sanción pues la renovación del personal de los cuerpos legislativos podía implicar una alteración completa de las opiniones.

Insistía en su carácter de jefe de la administración, que debía nombrar a sus empleados, que se encontraban bajo su responsabilidad y vigilancia. Ningún poder podía modificar el equilibrio de los poderes públicos que la Constitución consagraba para conservar ese equilibrio e impedir la perturbación en “su juego regular y armónico”. Sin rodeos decía a las Cámaras que si pudieran inmiscuirse “en todos los resortes de la administración, el equilibrio de los Poderes habría desaparecido”, convirtiendo el régimen constitucional en el despotismo. Si los jueces de paz eran empleados administrativos y judiciales, se había previsto la situación de su nombramiento en su doble carácter: en el primero, dejándolo al Poder Ejecutivo como cualquier otro empleado de la administración, y en el segundo estableciendo la elección directa del Pueblo.<sup>38</sup> Incluso, si la ley orgánica no se dictaba, la carta constitucional lo preveía en sus disposiciones transitorias, que no podían alterarse. Si lo que querían era que el Gobierno no siguiera nombrando a los jueces de paz como funcionarios judiciales, estaba en sus manos lograrlo sancionando la ley correspondiente.

---

poder deliberante tomara parte en el nombramiento y autorización de los jueces, sumado a la raíz de soberanía popular que llevaba la administración de justicia de los jueces. En todo el mundo era la base más poderosa de la administración de justicia, y aquí llegaría a ser un magisterio augusto, hoy humilde y considerado instrumento al servicio de los intereses políticos. DSCS, 1879.

37 9 de junio de 1879, PE c/ HL, fs. 4-10 v.

38 Sancionada la Constitución, los jueces de paz seguían siendo para el Poder Ejecutivo empleados de policía y para el Poder Legislativo eran empleados exclusivamente judiciales que, mientras no existiera la ley que regulara la elección popular, debían ser elegidos como los otros magistrados.

Estas observaciones de Tejedor demandaban una respuesta y a eso se dedicaron los diputados en una sesión en la que se trató por primera vez la propuesta de llevar el conflicto ante la Suprema Corte. Dada la gravedad de las cuestiones constitucionales en juego y el enfrentamiento político que se había generado, Héctor Varela definió la situación como una batalla que “había que darla cuanto antes”.<sup>39</sup>

En la discusión, una cuestión fundamental fue la utilidad del veto, presentada por José María Cantilo, que insistía en quitar a uno y otro poder lo que hiciera peligrar las instituciones y la paz pública. En su exposición aseguraba que la gran conquista norteamericana era haber alcanzado el equilibrio del sistema gubernativo – para lo que el veto era indispensable – y afirmaba que “el día que se consiga entre nosotros establecer este equilibrio perfecto, de manera que el PE gire en su órbita con el PL, sin chocarse y sin querer arrebatarse atribuciones uno al otro, entonces podremos haber dicho [...]: hemos llegado a los altos fines que se han buscado con el orden constitucional establecido”.

Para dar mayor consistencia intelectual a su argumento recurrió a Joseph Story,<sup>40</sup> que justificaba la necesidad del veto en la tendencia natural del Poder Legislativo a mezclarse con los derechos de los otros poderes y a absorber sus atribuciones, definiéndolo como un recurso más contra el establecimiento de leyes inconsideradas, prematuras o impropias, como lo era para Cantilo la que había sido devuelta por Tejedor. A diferencia del veto inglés, era un arma que permitía escuchar las objeciones del Ejecutivo, demorando la sanción de una ley, pero respetando la voluntad de la rama legislativa, que tenía la posibilidad de manifestarse por los dos tercios de los miembros de cada Cámara. Sin embargo, la facultad del veto era ilusoria si se esperaba la renovación de una Cámara para obtener esos dos tercios.<sup>41</sup>

Frente a este discurso estaban quienes, como Rafael Hernández, insistían en la urgencia de terminar de alguna forma con los “señores de horca y cuchillo”, resolviendo el nombramiento de los jueces de paz con la reforma del mecanismo administrativo. Esto permitía al vecindario de cada partido

---

39 Sesión del 18 de junio de 1879, Diario de sesiones de la Cámara de Diputados, 1879, pp. 311-331. Consideración de la Comisión de Negocios Constitucionales en el Mensaje del PE devolviendo con observaciones el proyecto de ley sobre nombramiento de los Jueces de Paz (Se aprueba), PE c/ HL, fs. 13-23. Se inició el debate con la lectura de la nota de Tejedor y del dictamen de la Comisión de Legislación que consideraba “la ley perfectamente cumplida con arreglo a nuestras prescripciones constitucionales”, sin desvirtuar la forma de las instituciones y subvertir los principios de Gobierno. Volviendo sobre dicho asunto y tomando en consideración las observaciones contenidas en su mensaje resolvieron que se volviera al PE a los efectos del art. 107 de la Constitución. L. V- López-L.N. Alem- Vicente Villamayor- Salvador J. Socas- Félix R. Pizarro

40 Joseph Story (1779-1845) abogado y escritor jurídico norteamericano, autor del Comentario sobre el conflicto de las leyes, publicado en 1834 y traducido por Clodomiro Quiroga.

41 PE c/ HL, fs. 18-18 v.

elegir su juez de paz “que dirimiera las cuestiones civiles”, su comandante “que debía organizar la guardia nacional”, su maestro de escuela “que debía educar a sus hijos” y hasta su cura “que había de dirigir sus familia”. Una vez establecido el principio constitucional por el cual la elección del juez de paz correspondía al pueblo, estaban entre los dos poderes disputando una facultad que no pertenecía a ninguno, estaban “peleando por una cosa ajena”. En esta línea, pero en términos más contundentes, Estanislao Zeballos declaraba que si el Poder Ejecutivo continuaba con el arma de la elección de las municipalidades y los jueces de paz, ambas instituciones quedarían desnaturalizadas, dejando de ser una institución para el gobierno propio y pasando a convertirse en una institución para el gobierno del partido dueño de este resorte.<sup>42</sup>

Cuando la minuta de comunicación fue tratada por los senadores, en una discusión extensa y ríspida, el núcleo fue la modificación de la última frase. En el texto original se devolvía el proyecto al Ejecutivo “a los efectos del artículo 107 de la Constitución”, pero parte de la Comisión de Legislación en mayoría proponía cambiarla por “a los fines consiguientes”, considerando que era una fórmula que importaba mayor consideración y respeto entre los poderes públicos. En realidad, cada frase representaba una postura en relación al papel que el Poder Ejecutivo debía jugar. Si se adoptaba la propuesta de los diputados, la ley debía ser inmediatamente promulgada; si se elegía la nueva sugerencia de los senadores, se dejaba al gobernador la puerta abierta para llevar el conflicto ante la Suprema Corte.

En el contexto de estas discusiones surgió la Suprema Corte como posible solución al conflicto, pues para algunos senadores la Legislatura no podía obligar al Poder Ejecutivo a promulgar una ley. Cuando se generaba un conflicto de poderes, la Constitución había contemplado que un Tribunal lo resolviese, y “a los fines consiguientes”, significaba que el gobernador recurriera a la Suprema Corte.<sup>43</sup> Esto generó la reacción de Bernardo Solveyra, para quien esa frase equivalía a reconocer que “tiró el diablo de la manta y se descubrió el pastel”, es decir, que lo que la mayoría de la Comisión quería era que se hiciera del conflicto una cuestión de competencia frente a la Corte, para preguntarle si el Poder Legislativo tenía derecho a sancionar leyes. Pero según su entender, no era cuestión de competencia, pues el Gobierno no podía vetar una ley dos veces, y si la Legislatura insistía por dos tercios, esa disposición era ley. Si esa ley era inconstitucional iría al Tribunal Superior cuando dañara a un particular, según la doctrina de todo el mundo, de la Constitución Nacional y de las constituciones de los estados federales de Norteamérica.<sup>44</sup>

42 PE c/ HL, fs. 19-20 v.

43 Montes de Oca, miembro disidente de la comisión.

44 PE c/ HL, fs. 43-51. Sesión del 25 de julio de 1879. DSCS, 1879, fs. 477-493.

Aprobada la minuta original, se presentó al Ejecutivo firmada por los presidentes y secretarios de ambas Cámaras, sosteniendo que la ley era “perfectamente cumplida con arreglo a nuestras prescripciones constitucionales”, sin desvirtuar la forma de las instituciones y subvertir los principios de Gobierno, por lo que habían resuelto que se volviera al PE a los efectos del artículo 107 de la Constitución.<sup>45</sup> Pero casi un mes después, Carlos Tejedor resolvió “someter los antecedentes necesarios para la resolución de la cuestión de competencia que se había suscitado entre la Honorable Legislatura y el PE con motivo de la sanción de la Ley estableciendo una forma transitoria para el nombramiento de los jueces de paz” al presidente de la Suprema Corte de Justicia. Había resistido el cumplimiento de esa ley por considerarla inconstitucional y recurría a la Corte para que tuviera a bien dar solución al conflicto entre ambos poderes, en virtud de las atribuciones que le confería el inc. 2° del artículo 156 de la Constitución.<sup>46</sup>

Es decir que de todas formas el gobernador recurrió a la Corte, y ésta libró oficio a la Honorable Legislatura de la provincia pidiéndole se sirviera remitir la discusión y antecedentes relativos al asunto.<sup>47</sup> Además de los documentos anualizados enviados por las Cámaras, es fundamental tener en cuenta sus respuestas. La Cámara de Diputados respondió pocos días después aclarando que el envío de los antecedentes no implicaba modificar el juicio que tenía sobre la competencia absoluta del Poder Legislativo en el asunto. La Cámara de Senadores requirió de la insistencia de la Suprema Corte, para el 3 de diciembre de 1879 presentar una nota declarando que no podían reconocer la competencia del Tribunal.

Para los Senadores, la ley en cuestión había pasado por todos los mecanismos constitucionales y el Poder Ejecutivo debía promulgarla. En los argumentos expuestos sobre la competencia de la Suprema Corte se estaba jugando la definición del papel que ésta jugaba en la división de poderes. Para los legisladores, permitir a las Cortes provinciales intervenir en los conflictos entre poderes sería privarles del desempeño de sus deberes, pues bastaba moverles un pleito y esperar por un año la resolución. Cada uno de los poderes establecidos por la Constitución era el juez de sus atribuciones, siendo poderes independientes y coordinados. Las leyes sólo podían ser revisadas por el Poder Judicial cuando lesionaban derechos o intereses individuales, las causas de competencia eran casos particulares y la Cámara no podía aceptar un litigio formado entre los dos poderes ante la Suprema Corte. Por respeto, habían acordado remitir los antecedentes solicitados,

45 25 de julio de 1879, PE c/ HL, fs. 11-11 v.

46 22 de agosto de 1879, PE c/ HL, fs. 12-12 v. Art. 156. La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones: [...] 2° Conoce y resuelve originaria y exclusivamente, en las causas de competencia entre los Tribunales de Justicia con motivo de su jurisdicción respectiva.

47 2 de septiembre de 1879, PE c/ HL, f.12 v.

sin que debiera interpretarse como reconocimiento de competencia y esperando que la Suprema Corte declarara su incompetencia.<sup>48</sup>

#### 4. La sentencia de la Suprema Corte

El 24 de enero de 1880 la Suprema Corte firmó la sentencia que, como era de esperar, dedicaba la primera parte a establecer su competencia, para luego responder a la demanda. Los magistrados comenzaron por definir la relación entre la nación y las provincias en el sistema de gobierno elegido:

La Nación Argentina, está constituida, por tradición y por voluntad, bajo el régimen representativo, republicano, federal. Tal organización no permite en las soberanías locales, que son las partes que forman el todo para la que se ha dado aquella organización, ni un solo poder absoluto, ni un poder con facultades ilimitadas, por cuanto ello sería la negación de esa misma forma republicana de gobierno, que implica el libre ejercicio de los poderes públicos, que la componen obrando cada uno independientemente, dentro de la órbita de sus atribuciones constitucionales.<sup>49</sup>

Para hacer esto efectivo, los constituyentes de 1853 establecieron “la intervención nacional sin requisición y confiaron al Poder Judicial la atribución de dirimir los conflictos internos, que ocurrieran entre los poderes públicos de cada Provincia”. Cuando en 1860 el texto constitucional fue revisado, la provincia creyó que el propósito de dar mayores seguridades a la forma republicana, había afectado la misma forma federal, menoscabando las autonomías provinciales. Entonces no sólo limitó las atribuciones, exigiendo la requisición, sino que borró la facultad de la Corte Suprema de intervenir en los conflictos internos por considerarla “atentatoria a la soberanía provincial, subvención completa del orden constitucional de cada localidad, dando lugar a mayores conflictos que los que pretende evitar, cuando hay medios fáciles y conocidos, sin salir del círculo de las leyes provinciales para dirimir tales conflictos”. En caso de conflicto entre los poderes provinciales, debían atenerse a la Constitución provincial de cada Estado.

Estas ideas “que se convirtieron en mandato para la república” y se hicieron práctica con la reforma de la Constitución provincial respecto al juego del Poder Judicial en esos casos, “obligaban tanto al Poder Ejecutivo de la Provincia, como al Legislativo mismo, a concurrir a la Sala Jurídica que constituía un Consejo Consultivo de Derecho” en todos aquellos casos dudosos y conflictivos administrativos o interprovinciales, cuya solución necesitara ser arreglada a los antecedentes, a las leyes vigentes y a las prácticas inconcusas”.

48 PE c/ HL, fs. 52-54.

49 PE c/ HL, fs. 54 v.- 72. Las siguientes citas corresponden al fallo de la Suprema Corte en el expediente.

Entonces, por el texto constitucional provincial la Suprema Corte ejercía, conocía y resolvía originariamente y exclusivamente, en las causas de competencia entre los Poderes Públicos de la provincia, y

...causas de competencia no son sino fundamentos de jurisdicción, es decir conflictos nacidos sobre el alcance de las atribuciones constitucionales, en cada uno de los Poderes subordinados al régimen Federal; y son esas causas de competencia, esos conflictos, como los clasificaban nuestros constituyentes, lo que ha sido la Corte llamada a decidir.

Pero eso no significaba declarar una superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo, y Hamilton lo había expresado con claridad:

Esta conclusión supone en manera alguna superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Supone únicamente que el Poder del Pueblo es superior a los dos; y que donde la voluntad de la Legislatura declarada en sus estatutos, está en oposición con la del Pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deben dirigirse por ésta, antes que por aquellos, deben reglar sus decisiones por las reglas fundamentales, antes que por aquellas que no lo son.

Siendo el Poder Judicial el más débil respecto a sus medios de acción, procediendo sólo pasivamente, limitándose a emitir su juicio sólo cuando le era requerido, sería siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, por ser el menos capaz de dañarlos u ofenderlos. Por todo esto la Corte se declaraba competente y pasaba a tratar la cuestión de fondo: la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley sancionada por la Legislatura en 12 de marzo de 1878.

Para los jueces de la Suprema Corte, la institución de la Justicia de Paz había sido desnaturalizada especialmente en la campaña, inutilizada con el recargo de atribuciones y deberes muchas veces incompatibles. Eran jueces, municipales, comisarios de policía, agentes del Ejecutivo y de los tribunales. Esto sumado a la forma de elección diferida al gobernador, había hecho que un tribunal fraternal y de concordia, cayera en descrédito y llegara hasta ser perjudicial. Un movimiento poderoso de opinión urgía modificar esa situación, reclamando los vecindarios la elección de los jueces y su función exclusivamente judicial. Entonces, la forma de elección de los jueces de paz directa y popular se había convertido en un precepto explícito de la Constitución, que ninguna ley bajo ningún motivo, ni aunque fuese de carácter provisorio, podía variarlo o alterarlo atacando el texto constitucional y llevando en sí el germen de la nulidad insanable.

La ley fundamental había previsto en el artículo 227 los mecanismos para que la justicia de paz funcionara cuanto antes, encargando a la Legislatura la redacción de la ley orgánica –que no podía demorarse– y entre tanto sancionaba el mantenimiento del orden de cosas, siendo solamente constitucional la elección popular de los jueces de paz. Si se había dejado al

Ejecutivo el nombramiento, fue porque en la situación provisoria era natural mantener el status quo, teniendo en consideración que los jueces de paz en las múltiples funciones que conservaban era empleados administrativos y de carácter ejecutivo, debiendo esto desaparecer por el esfuerzo ilustrado y patriótico de los legisladores.

El artículo 42 de la Constitución tampoco podía utilizarse como argumento, porque estaba expresamente estipulada la forma de elección de los jueces de paz y no podía reemplazarse por otra.<sup>50</sup> Entre tanto el Ejecutivo debía nombrarlos y, como afirmaba Madison, “el ejercicio separado y distinto de los diferentes Poderes del gobierno, es esencial para la conservación de la libertad”. Por todo esto, la Suprema Corte resolvía que la ley del 12 de marzo de 1878 no entraba en las atribuciones de la Legislatura por ser inconciliable con los artículos 180 y 227 de la Constitución y mandaba comunicar por oficio con testimonio a la Honorable Legislatura y al Poder Ejecutivo.<sup>51</sup>

En una circular impresa, dirigida el 31 de enero de 1880 a todos los juzgados de paz, el gobernador Carlos Tejedor a través de su ministro de gobierno Santiago Alcorta, informó sobre el conflicto y su resolución. Explicaba que en junio la Legislatura envió al Poder Ejecutivo una ley para su promulgación, por la cual se establecía que mientras no se pusiesen en vigencia las leyes Orgánicas de Municipalidades y de Justicia de Paz, “el

---

50 “Artículo 42: Los empleados públicos, a cuya elección o nombramiento no provea esta Constitución, serán nombrados o elegidos según lo disponga la ley”. Constitución provincial, 1873.

51 Jueces de la Suprema Corte: Sixto Villegas, Manuel Escalada, Alejo B. González, Sabiniano Kier, Víctor Martínez. En la sesión del 3 de septiembre de 1878 esta Suprema Corte había presentado el proyecto de Organización de los Tribunales y su jurisdicción. Se imprimió, repartió y se pasó a la Comisión de Legislación, fechada el 31 de agosto. Sobre la Justicia de Paz decía que la ley del 23 de mayo del año corriente había realizado el pensamiento consignado en los artículos 178 a 183 de la Constitución. Esta justicia popular y de índole paternal, respondía a una aspiración bien definida de los habitantes de la provincia. Libre de las reglas que encadenaban a los Tribunales letrados daría solución definitiva a esa multitud de negocios de menor cuantía cuyos capitales había absorbido en gran parte por las costas que en la actualidad soportaban. Merced a esta institución, el habitante de “nuestras dilatadas campañas”, encontraría la Justicia en su propio domicilio, no estando obligado a buscarla a largas distancias y con grandes dispendios. La Corte tenía preparada algunas reformas y modificaciones a la ley sancionada pero se había detenido ante la idea de que obstaría a su inmediata ejecución y creyendo que sería más acertado una vez que la institución funcionara, corregir los defectos o suplir las deficiencias que la experiencia señalara, por medio de las leyes complementarias. En los primeros ensayos de la Justicia de Paz, con la extensión de las atribuciones que se le había dado, habría muchos inconvenientes, pero como decía la Comisión de la Cámara de Diputados en el año 1872, al presentar un Proyecto sobre la organización de los tribunales “es de esperarse que la educación, el progreso de las ideas, el adelanto en el camino de las instituciones de los países libres, y el convencimiento de la bondad del principio del gobierno propio influyan pronta y eficazmente en el espíritu de todos y hagan conocer las ventajas del sistema”. DSCS, 1878, fs. 596-615.

nombramiento de los Jueces de Paz, sería hecho por el Poder Ejecutivo de ternas que le presentaría la Cámara de Diputados”. Esta ley, vetada por la anterior administración, era devuelta con insistencia, más de un año después. Pero el gobernador se resistía, manifestando en nota a las Cámaras que no se habían observado las formas requeridas por la Constitución, en la insistencia al veto del PE, y que las disposiciones de la ley “importaban una violación a la carta fundamental”. Las Cámaras insistieron con la promulgación de la ley y el Poder Ejecutivo sometió el caso a la Suprema Corte, “para que resolviese el conflicto entre los dos Poderes, en virtud a las atribuciones que le confiere el inciso 2° del Artículo 156 de la Constitución”. La Suprema Corte dio su fallo declarando la ley inconstitucional.<sup>52</sup>

### Conclusión

Partiendo de la preocupación por saber quiénes y cómo elegían y nombraban a los jueces de paz, nos encontramos con un conflicto que no solamente se centraba en la problemática de la justicia de paz y la concentración de atribuciones, sino que reflejaba la necesidad de definir qué significaba el sistema republicano y qué papel jugaba cada uno de los poderes en él. En la teoría, el sistema de frenos y contrapesos requería de la elección popular frecuente de los funcionarios, y si bien en un principio la idea era que la provincia de Buenos Aires eligiera en forma directa a sus magistrados, el texto constitucional determinó que los jueces legos, no los letrados, fueran elegidos por el pueblo.

Pero llevar a la práctica el artículo constitucional respectivo no resultó tan sencillo y la ley que inició el conflicto buscaba que, mientras se lograba la elección popular de los jueces de paz, se quitara al Poder Ejecutivo la facultad absoluta de su nombramiento, dando intervención a la Legislatura con una terna propuesta por la Cámara de Diputados. Ante la posibilidad de este cambio, el gobernador se declaró responsable directo de la conducta del funcionario, aunque el juez de paz reuniera en sí atribuciones administrativas y judiciales, asegurando que si querían la elección popular debían legislar el artículo constitucional que declaraba a los jueces locales funcionarios exclusivamente judiciales.

En esta puja entre poderes se pueden ver en acción dos instituciones directamente relacionadas con la búsqueda de su equilibrio. Por un lado el veto del gobernador al poder colegislador, que como Tejedor define tenía sólo un efecto suspensivo, con el objeto de provocar una nueva demostración de opinión, pero que también era “un arma” que permitía escuchar las objeciones del Ejecutivo, demorando la sanción de una ley. La otra era

---

52 Notas del juzgado de paz de Exaltación de la Cruz, año 1880, f. 18. “Nombramiento de los jueces de paz. Sobre insistencia del veto a las leyes de municipalidad y justicia de paz del PE”.

la competencia originaria y exclusiva de la Suprema Corte en las causas de conflicto entre los poderes públicos de la provincia, en las que se constituía en un “Consejo Consultivo de Derecho”, en casos conflictivos administrativos o interprovinciales.

Para el Ejecutivo, en ejercicio del veto, la ley tenía trabas de forma y de fondo, pero para la Suprema Corte el problema de la ley no estaba en el mecanismo con que había sido sancionada, sino en que era de por sí inconstitucional, pues modificaba un artículo que determinaba la elección directa y popular de los jueces de paz, que “ninguna ley bajo ningún motivo, ni aunque fuese de carácter provisorio, podía variarla o alterarla atacando el texto constitucional y llevando en sí el germen de la nulidad insanable”.

En la reacción de los legisladores ante los otros poderes, pueden determinarse tres posturas relacionadas con el Estado que se pretendía definir. En primer lugar los promotores de la ley, que estaban buscando una solución provisorio, en lugar de poner en funcionamiento la ley orgánica de justicia de paz, dándole mayor poder al Legislativo; luego quienes defendían la atribución del Ejecutivo de elegir a los jueces de paz, recurriendo a la Suprema Corte para resolver el conflicto; finalmente quienes sostenían sin discusión la elección directa y popular. Eran posturas de alguna forma irreconciliables, que terminaron con la eliminación de la elección popular.

Quedaba de manifiesto el conflicto político de una provincia que a pesar de haber intentado “conciliar” sus fuerzas políticas, sancionando la Constitución de 1873, y que buscaba organizar la base del sistema judicial, tenía muchas cuestiones sin resolver, como por ejemplo la relación entre los poderes y la resolución de sus conflictos. A pesar de todos los intentos previos, el juez de paz se convirtió en funcionario exclusivamente judicial en 1885 y la ley orgánica de justicia de paz fue sancionada en 1887. Pero este juez lego nunca fue elegido por los vecinos, pues por esa ley -confirmada por la reforma constitucional de 1889- era nombrado por el Poder Ejecutivo a propuesta en terna de su respectiva Municipalidad.<sup>53</sup>

---

53 Capítulo II, artículo 12. Registro Oficial de la provincia de Buenos Aires, Imprenta El Día, 1887, p. 389; Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1889, art. 183. En la sesión del 3 de octubre de 1889 de la Convención Constituyente fueron presentadas y aprobadas sin observaciones las reformas al artículo vigente que determinaba la elección directa por electores calificados de los jueces de paz, según las cuales pasaban a ser nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta en terna por las Municipalidades. Debates de la Convención Constituyente, Tomo II, abril de 1888 hasta octubre de 1889, Provincia de Buenos Aires, p. 420.

## Bibliografía

BARBA, F. (1982). *Los autonomistas del 70. Auge y frustración de un movimiento provinciano con vocación nacional*, Buenos Aires.

CANSANELLO, O (2003). *De súbditos a ciudadanos, ensayo sobre las libertades en los orígenes republicanos 1810-1852, Imago mundi*, Buenos Aires.

CORBETTA, J. C. (1984). *Textos constitucionales de Buenos Aires*, Buenos Aires, Suprema Corte de Justicia.

CORVA, M. A. (2005). “La justicia en la campaña, el rol del juez de paz como sumariante, 1855-1880”, en *Actas del VIII Congreso de Historia de los Pueblo de la Provincia de Buenos Aires* (CD), Luján.

----- (2005). “La Justicia letrada en la campaña bonaerense”, en revista *Temas de historia argentina y americana* N° 7, Julio-Diciembre, 2005, UCA, Facultad de Filosofía y Letras, Instituto de Historia Argentina y Americana.

----- (2014). *Constituir el gobierno, afianzar la justicia. El Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires (1853-1881)*, Prohistoria ediciones- Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Rosario / Buenos Aires.

DÍAZ, B. (1959). *Juzgados de Paz de Campaña de la Provincia de Buenos Aires (1821-1854)*, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Departamento de Historia, UNLP, La Plata.

----- (2014) “La organización de prefecturas de campaña de Buenos Aires durante el gobierno de Valentín Alsina”, en *Trabajos y comunicaciones*, núm. 8, UNLP.

DI GRESIA, L. (2007). “Jueces rústicos: saberes legos. Esbozo para un estudio de la formación judicial de los Jueces de Paz en el sudbonaerense (segunda mitad del siglo XIX), en XI Jornadas Interescuelas/ Departamentos de Historia, Tucumán, 19 a 22 de septiembre de 2007.

----- (2014) “Jueces de paz, masones y conservadores en la campaña bonaerense. Una aproximación a las redes vinculares en el sur de la provincia de Buenos Aires (Tres Arroyos, 1865-1910)”, en *Mundo Agrario*, vol. 11, núm. 21.

FRADKIN, R. (1999). “La experiencia de la justicia: estado, propietarios y arrendatarios en la campaña bonaerense, 1800-1830”, en *La Fuente Judicial en la construcción de la memoria*, Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, Mar del plata.

----- (2009) “¿Misión imposible? La fugaz experiencia de los jueces letrados de Primera Instancia en la campaña de Buenos Aires (1822-1824)”, en BARRIERA, Darío G. –compilador– *Justicias y Fronteras. Estudios sobre historia de la Justicia en el Río de la Plata*, Editum, Murcia.

GARAVAGLIA, J. C. (1999) “Paz, orden y trabajo en la campaña: la justicia rural y los juzgados de paz en Buenos Aires, 1830-1852” en *Poder, conflicto y relaciones sociales, El Río de la Plata*, XVIII-XIX, Rosario, Homo Sapiens Ediciones.

----- (1999) “La justicia rural en Buenos Aires durante la primera mitad del siglo XIX (estructuras, funciones y poderes locales)” en *Poder, conflicto y relaciones sociales, El Río de la Plata*, XVIII-XIX, Rosario, Homo Sapiens Ediciones.

*Construir el estado, inventar la nación. El Río de la Plata, siglos XVIII-XIX*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2007.

González, F. (1869). *Lecciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, Imp. Lit. y Fundación de tipos de J.A. Bernheim.

HRAS, C. (1925). Carlos, “La supresión del Cabildo de Buenos Aires”, en *Humanidades* núm.20, UNLP, La Plata.

LEVAGGI, A.(1981). “Espíritu del constitucionalismo argentino de la primera mitad del siglo XIX”, en *Revista de Historia del Derecho*, núm.9, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

LEVENE, R. (1940). *Historia de la provincia de Buenos Aires y formación de sus pueblos*, vol. I, La Plata, Talleres de impresiones oficiales.

MANNORI, L. (2007).a “Justicia y administración entre Antiguo y Nuevo régimen”, *Revista jurídica*, Universidad Autónoma de Madrid, Número 15.

MORELLI, F. (2007). “Orígenes y valores del municipalismo iberoamericano”, *Arucaria*, vol. 9, núm. 18, 2007, Universidad de Sevilla, España.

REGUERA, A. (2010). “Construcción y funcionamiento de una red de poder ego-centrada. LA correspondencia de Juan Manuel de Rosas con los

jueces de paz de la campaña bonaerense (1829-1852), en *Mundo Agrario*, vol. 11, núm. 21.

ROMAY, F. (1950). “Reseña histórica de la policía rural bonaerense”, en Primer Congreso de Historia de los pueblos, Archivo Histórico de la provincia de Buenos Aires.

SÁBATO, H. (2009). “Resistir la imposición”: Revolución, ciudadanía y República en la Argentina de 1880”, en *Revista de Indias*, 2009, vol, LXIX, núm. 246.

TERNAVASIO, M. (1999) “De la ciudad colonial al municipio moderno: la supresión de los Cabildos en el Estado de Buenos Aires”, Jornadas Escuelas-Departamentos de Historia, Neuquén.

----- (2000) “La supresión del Cabildo de Buenos Aires: ¿crónica de una muerte anunciada?”, en *Boletín del Instituto de Historia Argentina “Dr. Emilio Ravignani”* Tercera serie, núm. 21.

VILE, M. J. (2007). *Constitucionalismo y separación de poderes*, Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2007, [1967].

## Discusiones en torno a la esencia del vínculo jurídico laboral

Por Balbín Adolfo Nicolás\*

Sumario: 1.- Introducción. 2.- El vínculo jurídico laboral como figura con fuerza de imperatividad legal. 3.- Algunas posturas relacionistas. Su faz clásica. 4.- Críticas formuladas a las tesis relacionistas. 5.- Algunas ideas contractualistas para delimitar la relación de apropiación laboral. 6.- Posturas intermedias. 7.- Nuestra posición: la relación de trabajo como relación de poder. 8.- Conclusiones. 9.- Bibliografía.

### 1.- Introducción

En el presente trabajo, nos proponemos analizar la esencia del vínculo jurídico laboral, alejándonos de la denominación quizá más utilizada para identificar el tracto apropiativo habido entre trabajador y empleador, en donde razones de índole económica superan a la definición jurídica positiva de esa figura del mundo del derecho, al reconocerse explícita e implícitamente más poderes al empleador, en comparación con el titular de la energía humana.

Para simplificar, diremos que la figura del “contrato” de trabajo es la que usualmente se utiliza para individualizar a la relación entre trabajador y empleador. De hecho, el cuerpo que sistematiza la rama del Derecho Individual del Trabajo (Ley 20.744/74), privilegia esa acepción, desbrozando sus elementos esenciales en su artículo 21.

Pero a su vez, el artículo 22 de la misma ley individualiza la denominada relación de trabajo, lo que más allá de los ensambles jurídicos que se pueden establecer entre ambas figuras, ha llevado a una rica discusión que exorbita la normativa positiva, y se adentra en la sustancia misma del tracto apropiativo laboral.

Existen en doctrina como se sabe dos posturas diferentes en torno a la delimitación de la naturaleza jurídica del vínculo jurídico laboral, que son la tesis contractualista y la relacionista (también conocida como postura incorporacionista, y con una vertiente en el institucionalismo). Cada una de las cuales tiene adeptos y contradictores, tomando nosotros partido por una de ellas, aunque por una cuestión de claridad entendemos fructífero exponer los argumentos principales de ambas, sus críticas, las tesis intermedias, y finalmente la síntesis particular a que el tema seleccionado nos conduce.

\* Abogado (UNLP). Profesor Adjunto en Derecho Social. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Argentina Correo electrónico: [nicolasbalbin@hotmail.com](mailto:nicolasbalbin@hotmail.com)

Adelantamos que nosotros adherimos a la teoría relacionista (o al menos a una vertiente de ella), y creemos que desde ese panorama nuestra línea de investigación adquiere mayor justificación, prosiguiendo a continuación con el plan antes estipulado.

## **2.- El vínculo jurídico laboral como figura con fuerza de imperatividad legal**

Nutrido de los principios fundamentales del derecho del trabajo, se entiende que media un vínculo jurídico laboral cuando una persona física -trabajador-, se compromete u obliga a prestar servicios en beneficio de otro sujeto -empleador (pudiendo ser este una persona física, o jurídica, o bien un conjunto de ambas, tal cual se entiende por la mayoría de la doctrina hoy en día)-, sometiéndose al mismo en base a una relación de dependencia, a cambio de una remuneración. En esa línea, es harto aceptado hoy día el carácter de imperatividad legal que hidrata tal figura jurídica desde que, advertidos aquellos elementos tipificantes, se entiende que ha sido celebrado un “contrato de trabajo”, con los efectos que tal negocio supone, y más allá de cualquier denominación que las partes le hayan querido atribuir, otorgándose especial dinamismo al principio de primacía de la realidad, y a la prevalencia de la verdad objetiva<sup>1</sup> (Etala, 2011:100). Tal es el criterio emanado del artículo 21 de la LCT.

De esta manera, dinamizando lo establecido por el artículo 1 inciso d) de la Ley 20.744, se entiende que la voluntad de las partes tiene el carácter de fuente del derecho del trabajo, al permitírseles dar origen a una norma de carácter individual y no estatal (o autoritario), productora de derechos y obligaciones entre los sujetos atravesados por ese haz obligacional, ello sin perjuicio de la limitación a la libre disponibilidad jurídica que matiza esa especial relación, sobre todo en punto a la libre disposición de hecho y de derecho -dentro de ese amalgama legal- por parte del trabajo.

Entonces, prefigurándose esa reducción en la voluntad del trabajador (aún cuando no sea total, pues dado ese caso se entraría en el campo de enlaces político-culturales superados al menos por nuestro marco socio-positivo contemporáneo, como la esclavitud), se intenta menguar la desigualdad negocial habida en el binomio trabajador-empleador, a partir de un conjun-

---

<sup>1</sup> Al respecto, la CNAT ha dicho que: “La circunstancia de que se haya firmado un contrato en que se califica la prestación como locación de servicios o que la demandante percibiera una retribución bajo la denominación de honorarios, no reviste relevancia a los fines de la caracterización de la relación, pues debe prevalecer el contenido real de la vinculación, ya que el rigorismo de las formas cede para que prime la verdad objetiva y la naturaleza concreta de la relación existente” (Sala I, 31/5/99, DT, 1999-B-2276).

to de reglas y/o presunciones que, desde el orden público laboral<sup>2</sup>, tienden a materializar el rol científico primero del derecho del trabajo, proyectando su carácter tuitivo al particular enlace político que une a quienes detentan en la relación de trabajo, propiedades social y económicamente desiguales.

A través del orden público laboral, el derecho del trabajo fija normas mínimas de protección y regulación, irrenunciables para las partes, a partir de cuyas arenas básicas debe campear la voluntad de los sujetos obligados que, adelantamos, se vinculan en derredor de un vínculo de productor y reproductor de micro poderes con efecto expansivo que definen inevitablemente la naturaleza de esa especial figura de carácter eminentemente económico, que la Ley 20.744 titula como contrato de trabajo<sup>3</sup>.

Ahora bien, adentrándonos al núcleo de este trabajo, analizaremos las diferentes posturas que se han dado en doctrina, a fin de aproximarnos al verdadero significado del nexo existente entre trabajador y empleador.

### **3.- Algunas posturas relacionistas. Su faz clásica**

En una primera línea, haremos mención a ciertas ideas que corresponden al sector de autores que entienden que el vínculo laboral se corresponde al campo de la relación jurídica, más que a la noción de contrato.

Podemos decir así que mientras la tradición contractual procede del derecho Romano, confirmándose en Francia con la Revolución Francesa y el Código Napoleón, la doctrina anti contractualista hunde sus raíces en la filosofía y la teología alemanas. En base a esta última posición, se considera que la parte está siempre predeterminada por el todo, o dicho de otro modo, lo primero no es el individuo que suscribe un contrato, sino la relación que se establece entre una persona y una institución, definiéndose al trabajo desde esta perspectiva como la relación mediante la cual el individuo se integra en la comunidad<sup>4</sup> (Candal, 2011:277).

---

2 En clarificadoras palabras, ha dicho Rodolfo Capón Filas que: “el orden público funciona como el principal concepto válvula en derecho laboral. Lleva al ordenamiento hacia los valores ideales de justicia social, solidaridad y cooperación; siendo abierto, permite recepcionar las inquietudes propias del bien común; siendo operativo, mantiene la vigencia del ordenamiento” (del autor referenciado “Derecho laboral”, tomo 1. P 84, citado por Fernández Madrid, Juan C. “Tratado Práctico de derecho del Trabajo”, tomo 1, p. 585).

3 Y es que desde su definición, se caracteriza al vínculo jurídico laboral como una relación conmutativa –pues genera de por sí obligaciones con mutuo carácter de correlatividad- y oneroso, pues en tanto el artículo 115 de la LCT presume a la figura bajo análisis onerosa (ya que con redacción inversa especifica que “el trabajo no se presume gratuito”), la remuneración o el fin económico del trabajador resulta esencial para cualificar a una figura como “contrato de trabajo”, aún cuando no se requiera una tésis lucrativa por parte de quien se beneficia directamente con la prestación del obrero.

4 Vale decir que el antiguo Derecho germánico reconocía, junto a la relación servil, un contrato de vasallaje por medio del cual un hombre libre servía a otro a cambio de protección, ayuda y representación. Este contrato creaba un vínculo personal de recíproca lealtad que se

Dos juristas alemanes, Otto Von Gierke y Heiz Potthoff, destacaban el carácter individualista e insolidario del vínculo jurídico laboral, sirviendo de inspiración posterior para los trabajos de Wolfgang Siebert, quien sostuvo en 1930 que la relación laboral no se fundaba en un acto contractual sino en el hecho de la incorporación del trabajador en la empresa (*Eingliederung*).

Gierke sostuvo la imposibilidad de concebir jurídicamente al individuo si no se tenía en cuenta la comunidad a la que pertenecía, agregando que ni la voluntad individual ni la del Estado podía ser fuente de derechos, siendo ésta siempre la conciencia común. En este sentido, la relación de trabajo por tanto significaba una relación de pertenencia a una comunidad, relación que nacía en el momento de la integración del individuo a la misma, y no en base a un simple contrato. Aclara finalmente que la pertenencia a la empresa era la verdadera fuente de la relación jurídica del trabajo, la que confería la condición de miembro de esa comunidad.

Como se advierte, la concepción alemana de la empresa y del trabajo se enmarcaron en una filosofía política para la que sociedad y comunidad significaban lo mismo. En este sentido, la empresa era a un tiempo una sociedad política a escala y un elemento de la gran sociedad política (Candal, 2011:278).

En el intento de construir una teoría de la empresa y su base política, dos institucionalistas como León Duguit y Maurice Hauriou, al sostener la preeminencia de la institución sobre los aspectos sociales, formalizaron una crítica sobre la idea que defiende al contrato como base de las relaciones jurídicas laborales.

En esa línea, Gounot expresaba que el contrato de trabajo mismo, que se presentaba como un hecho primario y originario, no dejaba de ser un hecho secundario y derivado, y ampliaba dicha idea diciendo que la propia figura del contrato suponía por sí además de un primer paso hacia la división del trabajo, una organización social compleja y relativamente estable, suficiente como para que los individuos considerasen oportuno prever sobre su futuro. Proseguía diciendo que

junto a los contratos, en lo que los obreros intervienen como partes, está la institución orgánica de la que se convierten en miembros: miembros solidarios, cuya colaboración activa e inteligente en una obra común y cuya sumisión a una misma disciplina hacen de ellos verdaderos asociados (S/R)

Mario de la Cueva afirmó también en este orden de ideas que los efectos de carácter laboral del vínculo que unía a trabajador y un empleador, no se producían por el acuerdo de voluntades, sino a partir del momento en que

---

asemejaba a los vínculos familiares, y hacía participar a los que quedaban ligados con él, de una misma comunidad de derechos y obligaciones. Esta concepción se opondrá durante el S XIX a la visión individualista del trabajo, propia de la cultura jurídica de raigambre romana.

el trabajador iniciaba la efectiva prestación de servicios, es decir, desde el momento en que el mismo se incorporaba a la empresa<sup>5</sup>.

Paul Durand desde la doctrina francesa también hizo grandes aportes a la teoría institucionalista como base del vínculo jurídico laboral, afirmando que resultaba imposible encorsetar a la relación de trabajo en una noción jurídica unitaria, siendo que la definición misma de esa vinculación debía elaborarse tanto a partir del contrato como de la institución, es decir nutriéndose de ambas tradiciones, la romanista y la germánica.

Hasta ahora nos encargamos de mostrar simplemente algunos exponentes de las teorías relacionistas, sobre todo ciertas líneas elementales, como la visión de la empresa como comunidad y fuente de los principales derechos y obligaciones emanados del vínculo laboral entre empleador y trabajador.

#### **4.- Críticas formuladas a las tesis relacionistas**

Es interesante ahora analizar ciertas críticas que desde el contractualismo se fueron construyendo para romper con ciertos moldes creados por los institucionalistas clásicos.

De esta manera autores como Vazquez Vialard (1979) se han manifestado diciendo que en rigor de verdad la distinción teórica efectuada era meramente doctrinaria, y que debía prevalecer la tesis del contrato de trabajo, ya que de otra manera se trataría de asimilar la relación de trabajo a un contrato real del Código Civil que solo se perfeccionaba mediante la prestación de tareas (204).

Agregaba el autor de cita que si bien el relacionismo tenía la ventaja de solucionar ciertas situaciones como la nulidad del negocio jurídico contractual por carencia de algún elemento esencial o estar este viciado intrínsecamente, haciendo prevalecer la realidad de los hechos y la efectiva prestación de servicios por el trabajador, lo cierto es que no tenía entidad suficiente como para quitarle fuerza al propio contrato de trabajo.

En la misma senda, Krotoschin (1955) afirmaba que el error en que había incurrido la teoría de la relación de trabajo era que suponía que ésta (caracterizada por la incorporación a la empresa y la prestación del trabajo) tenía una realidad más constante y más eficaz que el contrato de trabajo, siendo que ambas instituciones coincidían, no habiendo motivo para atribuir como efecto a la relación de trabajo y a la incorporación como miem-

---

<sup>5</sup> De esa manera, interpretando el artículo 49 de la por entonces Ley Federal Mexicana del Trabajo (que facultaba al sindicato que encuadraba la actividad empresarial, a seleccionar los trabajadores que eran llamados a ocupar la vacante generada), De la Cueva afirmaba que dicha situación impedía hablar de un contrato en los términos del Código Civil, puesto que dentro del mismo resultaba inadmisibles la existencia de un contrato que no tuviese por base la libre voluntad de ambas partes (citado por Cabanellas, Guillermo, en su Tratado de Derecho Laboral tomo II, p. 99 y 100).

bro al ente social que constituía la empresa, lo que además podía atribuirse al contrato de trabajo regulado en parte por normas objetivas de orden público, y en parte por normas subjetivas e individuales (165).

Muy interesante fue la construcción lograda por Marcos Satanowsky quien, desde su *Tratado de Derecho Comercial* escrito en 1957, elaboró una serie de críticas importantes a teoría de la institución.

En cuanto a esto decía que entre el individuo y el Estado existían grupos sociales cuya actividad exteriorizaba la realidad de su existencia independientemente de sus componentes, y que la unión del todo o su unidad, resultaba de la comunión de las partes en la idea de obra o empresa por realizar a partir de un denominado fin social.

Alejándonos un poco de su parte propedéutica, y adentrándonos dentro de la faz negativa que él advertía tener la institución, decía por un lado que en la misma se antepone al individuo la autoridad allí construida, sin explicar claramente en virtud de qué fundamentos debía surgir esa autoridad ni por qué debía prevalecer, a lo que agregaba –y esto es lo sustancial que queremos destacar aquí–, que hasta el momento de sus investigaciones (nos tenemos que ubicar en el año de publicación de su monumental obra, ocurrida en 1957), la institución solamente había servido de instrumento en los países totalitarios para justificar medidas dictatoriales en desmedro de la libertad individual.

Proseguía diciendo que en crítica a la obra de George Renard –que apuntaba a la defensa de la posición realista de la institución–, advertía que en la misma se justificaba una ruptura del equilibrio entre lo colectivo y lo individual en perjuicio de la libertad<sup>6</sup>.

## 5.- Algunas ideas contractualistas para delimitar la relación de apropiación laboral

Luego de las anteriores críticas que fueron sintetizadas en sus aspectos más relevantes, nos adentraremos en algunas consideraciones de las tesis contractualistas.

Con ese norte, podemos marcar dos rumbos: uno histórico y otro más actual, respecto a la configuración del tracto apropiativo laboral en esos rieles. De esa manera, primeramente haremos referencia a ciertos autores clásicos que trataron de explicar la naturaleza de la vinculación entre traba-

---

<sup>6</sup> En esto, cita a G. Gurvich, quien ha expresado que: “La tesis realista al proyectar al exterior la totalidad de los miembros, no puede menos que romper el equilibrio entre lo colectivo y lo individual en beneficio del primero de esos elementos; conduce a la subordinación, a la dominación, a una estructura autoritaria en las relaciones entre el todo y sus partes, al predominio de una parte sobre las otras, a la negación de la igualdad, considerada necesariamente como contractualista” (*L’idée du droit social*, Paris 1932, citado en la obra *Tratado de Derecho Comercial* de Marcos Satanowsky, t. 1 p. 86).

jador y empleador, y en el segundo segmento, sintetizaremos algunos discursos contemporáneos en la materia.

Respetando el plan antes trazado, es importante remarcar que desde un aspecto histórico, se han construido varias líneas expositivas. Por un lado, la que acercaba el contrato de trabajo a la figura de la locación, seguida por la que lo aproximaba más a la compraventa, a la sociedad, o al mandato. Advertimos que por razones de brevedad, solamente expondremos pocas palabras de cada una de estas interpretaciones, so pena de perder el hilo conductor que nos ha motivado a incursionar someramente en lo que consideramos la esencia del vínculo jurídico laboral.

Podemos decir así que, desde la tesis que trató de aproximar al denominado contrato de trabajo con la locación, Planiol (en Pozo, 1961:159) argumentó diciendo que el trabajo podía ser objeto de muchos contratos, pero siempre la cosa locada era la fuerza de trabajo que podía ser utilizada por otra parte, como la máquina o un animal. Barassi en la misma línea, asemejaba el contrato de trabajo a la locación de cosas<sup>7</sup>, tomando en cuenta según advierte en su obra que en Roma se construía tal equiparación en razón de la importancia que tenía por entonces el trabajo de los esclavos; era el instituto de la *locatio conductio*<sup>8</sup>.

En una línea posterior, Carnelutti trató de aproximar –también desde contractualismo–, el contrato de trabajo con la compraventa, sobre todo a partir de sus estudios de la energía como objeto de las relaciones jurídicas. En esto decía que mientras en la locación debía devolverse la cosa recibida, esto no sucedía cuando de lo que se trataba era de la energía como elemento negociable (la energía de los trabajadores, una de sus propiedades más elementales), es decir el objeto mismo del contrato de trabajo según su interpretación. Él entendía que lo que se negociaba en el vínculo laboral no

---

7 Afirma en ese sentido que –sin perjuicio de no haber tomado nunca en serio el apareamiento hecho por Troplong de la *operae* de los esclavos, y de rechazar la equiparación efectuada entre la locación de la energía humana y la utilidad de las cosas materiales–: “el empleo amplio de la palabra *locare* para aludir a la concesión de goce no sería razón de escándalo (...) desde el momento que el obrero, al dejarse incorporar a una empresa, pone precisamente a disposición del empresario sus energías. Los conceptos cuentan más que las palabras y podría agregar que la disponibilidad concedida al empresario no lesiona la dignidad del obrero” (ver su “Tratado de Derecho del Trabajo”, Buenos Aires: Editorial Alfa, nota 181, página 350).

8 La *locatio conductio* sirvió para identificar primero al trabajo prestado por los esclavos, y luego al que cumplían los hombres libres, siendo a su vez sub dividida posteriormente, en las denominadas *locatio conductio operis* –que tenía por objeto la utilización de la fuerza de trabajo para cualquier resultado–, y la *locatio conductio operarum* –mediante la cual el trabajador se limitaba a la realización de una obra determinada–. Esta última versión es la que se aproxima al viejo instituto de la locación de obra inserta en el Código de Vélez.

era el cuerpo de los trabajadores –o el trabajador mismo, que sería la fuente de emanación-, sino solamente su energía –o parte de la misma-<sup>9</sup>.

Aun habiendo logrado un gentil trato doctrinario con Barassi –cuyos aportes calificó de admirables-, Carnelutti lo criticó en parte afirmando que su esfuerzo, más que resucitar la concepción romana (de la *locatio*), había servido para liquidarla definitivamente, porque a la luz de un análisis profundizado se veía claramente que el objeto de la locación no podía ser más que la cosa, de donde brotaba el trabajo, y no el trabajo en sí<sup>10</sup>.

Desde otra mirada, se trató de asimilar al vínculo jurídico laboral con el de sociedad, expresando aquí Chatelain que en las relaciones entre trabajadores y empleadores existían dos elementos de tal figura, que eran por un lado la obra en común como resultado del aporte de varias personas, y por el otro, la división de los beneficios, aunque a poco de ser construída esa forma de interpretación se dijo correctamente que el empleador es el único dueño de la producción, y que como consecuencia de ello las ganancias no son en ninguna forma repartidas, sino acaparadas por quien manifestaba tener la titularidad de la empresa, siendo fijada en paralelo la denominada ganancia del trabajador –o su remuneración-, sin tomar en cuenta necesariamente el nivel de ingresos del empresario<sup>11</sup>.

Por último, dentro de las clásicas vertientes del contractualismo, citaremos la tesis que trata de identificar al contrato de trabajo con el mandato (más que nada en su versión onerosa), en tanto según algunos entendían, el trabajador recibía y debía respetar las directivas de otra persona en el cumplimiento de sus tareas, a cambio de una cantidad de dinero. Aunque desde otro sector se ha criticado tal asimilación desde el momento en que mientras el mandato es un contrato de representación –realización de actos jurídicos a nombre de otra persona-, el contrato de trabajo contrariamente, tiene por objeto principal una prestación de tareas a favor de otro, entre otras diferencias.

Alejándonos un poco de las formas clásicas que adoptó el contractualismo, Krotoschin, contrario a la exclusividad de la idea fáctica –que entendía esencial de base para la constitución del vínculo jurídico laboral-, decía que el estatuto de la empresa no era solamente de derecho objetivo, aún cuando

---

9 Aquí nos preguntamos en qué medida la venta de la energía de los trabajadores no supone también la enajenación de su persona toda, al menos en cierta medida.

10 Ver, Cornaglia “Reforma laboral”, página 209.

11 En tal sentido, ha afirmado Juan Carlos Fernández Madrid que si bien la prestación de servicios está dirigida a la obtención de un objetivo que es común entre empleador y trabajador desde el aspecto funcional, tal carácter no identifica a las partes del contrato con una finalidad común, porque en tanto para el empleador el objeto del negocio es la obtención de una utilidad económica, el trabajador resulta ajeno a dichos réditos, siendo su motivación la idea de obtener un medio de subsistencia (“Tratado”, 2007:680).

reconocía la importancia especial que la norma imperativa adquiriría en el derecho del trabajo, frente a la voluntad de las partes individuales la que, subrayaba, no quedaba sin embargo descartada (1955:164), afirmando además que el contrato era previo a la fase de ejecución, persistía desde luego durante la misma, y hasta tenía constancia cuando la ejecución se hubiera suspendido o interrumpido (por ejemplo por enfermedad, accidente, etc). En este último sentido, agregaba que el trabajador no valía pura y simplemente como parte de un todo (empresa), sino que era, como individuo, superior a la misma, manteniendo una posición de derecho netamente perfilada aun independientemente del destino que pudiese correr en determinado momento la prestación (1955:166).

En la misma línea, Guillermo Cabanellas afirmó que “bien por razón de la existencia de lazos personales, o por considerar el contrato dividido en tres estadios diferentes, la realidad es que el acuerdo de voluntades subsiste; y así conviene que siga ocurriendo”, agregando asimismo que la relación laboral se integraba por el acuerdo contractual que le era precedente, y que ambas figuras no constituían dos conceptos diferentes, sino complementarios (1949:94)<sup>12</sup>.

Fernández Madrid también sigue la tesis contractualista al momento de delimitar conceptualmente el vínculo jurídico laboral, aun cuando destaca que si bien el consentimiento origina tal negocio legal, el mismo no regula lo fundamental de la relación, ya que las condiciones de trabajo vienen predeterminadas en gran medida por el legislador o por la autonomía de las partes colectivas, imponiendo de esa manera condiciones mínimas de labor, que habilita en su caso la posibilidad de pactar libremente sólo por encima de tal piso (2007:674).

Quizá una de las mejores construcciones contemporáneas dentro del contractualismo, sea la elaborada por Ricardo Cornaglia (2001), quien entiende a la enajenación del trabajo (que califica también como conducta laboral, objeto del negocio), como una transferencia de carácter patrimonial y también de poder, más cerca a la figura de la venta que a la de la locación, manifestando al respecto que: “puesto que quien se apropió de ella –refiere a la energía del trabajador-, puede que la use y goce, pero lo que es más importante está en condición legal de transmitirla incorporada a los bienes, servicios y mercaderías producidos. En realidad los realiza en ellos y para el trabajador, esto significa la enajenación” (211).

---

12 Sin perjuicio de ello, Cabanellas –citando la opinión de Pérez Botija-, transcribe que “naturalmente, el nuevo contrato de trabajo no es el antiguo. Ha cambiado su contenido y fisonomía. Ya no es un simple cambio de prestaciones, sino que va dirigido a la creación de lazos personales, a la incorporación a una comunidad de trabajo” (Tratado de Derecho Laboral, tomo II, página 94).

Finalmente, mencionamos la teoría del contrato de trabajo autónomo, cuyos defensores, argumentando que existían dudas respecto a que el vínculo jurídico laboral tuviese puntos de encuentro y semejanzas con otros contratos del derecho civil –entre ellos la locación–, remarcaron un conjunto de diferencias estructurales y de esencia entre ambos campos legales, concluyendo que resultaba imposible aplicarle al vínculo laboral las normas de los contratos del derecho privado clásico.

En ese orden, se ha señalado que si bien en el contrato de trabajo existe un aspecto patrimonial –cumplido por la remuneración del trabajador y la ganancia del empleador–, lo cierto es que prevalece un aspecto personal esencial en su configuración, como lo es la energía laboral del trabajador<sup>13</sup>.

De esa manera, Pérez Botija, en parcial superación a la tesis de los contratos innominados, y luego de expresar que el tracto laboral reunía unas notas generales y particulares que lo situaban perfectamente dentro de una sustantiva y auténtica figura del contrato, afirmó que el nuevo tipo contractual ofrecía un régimen jurídico autónomo y bastante completo, superando su ordenamiento en múltiples aspectos, al de algunos contratos clásicos (Deveali, 1953:182).

De todos modos, se afirma que el contrato de trabajo es una figura especial o autónoma, con ciertas particularidades, como por ejemplo la imperatividad del tipo legal como vimos en la riera parte del presente artículo (en lo que también actúa la presunción de existencia del contrato, receptado en nuestro derecho positivo en el artículo 23 de la LCT), operando la limitación de la voluntad de las partes en base sobre todo a la incidencia del orden público laboral, en función del cual los contratantes no pueden reducir las condiciones de trabajo fijadas por la ley o las convenciones colectivas de trabajo, a la par que se reconoce también la subordinación de la voluntad del trabajador frente a la del empleador que, aunque puede tener tres variantes –técnica, económica y jurídica–, siempre da prevalencia a ésta última forma por ser considerada condimento exacto para la relación laboral<sup>14</sup>.

---

13 Aquí, advertimos que Juan D. Pozzo en su Manual Teórico Práctico de Derecho el Trabajo, nos da a entender que para él la fuerza de trabajo no le pertenece al trabajador, sino al propio contrato de trabajo, que vendría a cumplir las veces de una entidad independiente de las partes, según parece desprenderse de esa concepción. Así, afirma que “si bien existe en el contrato de trabajo un contenido patrimonial, también existe el elemento personal, ya que como lo señala Lotmer, el objeto de la prestación, o sea la fuerza de trabajo, no es algo que pertenece al patrimonio del trabajador” (Manual., tomo 1, p. 162).

14 La dependencia jurídica se traduce en la posibilidad que tiene el empleador de sustituir la voluntad del trabajador por la suya propia, o, como expresa Fernández Madrid, en la “facultad de ordenar y de adecuar las prestaciones concretas del trabajador a los fines de la empresa y por la obligación de éste de aceptar el ejercicio de dicha facultad” (Tratado, tomo 1, p. 687).

## 6.- Posturas intermedias

Para conciliar -en parte- las tesis relacionistas con las contractualistas, Justo López trató de construir una tesis intermedia a partir de la cual poder ensamblar ciertos contenidos provenientes de la discusión anterior.

En primer lugar afirmó que el contrato de trabajo era el negocio jurídico más significativo en la materia por ser la figura normalmente constitutiva de la relación laboral, y que esa afirmación por sí misma oponía el contrato a la propia relación por él constituída.

En una segunda y complementaria mirada, dicho autor refirió que también había que distinguir el contrato como acto negocial (bilateral) que era, en expresión de Santi Romano, un acto jurídico normativo no autoritario (distinguiéndose de la ley, la sentencia o la resolución administrativa, que serían actos jurídicos normativos autoritarios, por tener su causa fuente en la autoridad desempeñada por el Estado), y lo que Betti (1977) llamaba contenido de ese acto negocial: un precepto de autonomía privada; y que mediante ese acto normativo no autoritario bilateral que era el contrato, partes con intereses opuestos ponían preceptos jurídicos que eran cláusulas constitutivas del contrato (176).

En este sentido, refería que había que distinguir por un lado el acto negocial (normativo), las normas jurídicas (cláusulas contractuales) creadas por ese acto (que sería un acuerdo respecto de su creación), y la relación jurídica (relación obligatoria, complejo de posiciones jurídicas favorables y desfavorables), constituida y regulada por esas normas (176).

De esta manera Justo López, desde el punto de vista jurídico, trató de fijar una posición que creemos intermedia entre aquellos que intentaban estudiar las vinculaciones posibles entre el contrato y relación de trabajo receptadas en los artículos 21 y 22 de la LCT, aunque lo cierto es que en parte se alejó de la esencia de la discusión entre relacionistas y contractualistas, en ocasión de terminar la naturaleza del vínculo que une un trabajador con su empleador.

Por otra parte, y desde el derecho europeo, Alain Supiot (1996) también ha construido una serie de variantes a tener en cuenta.

En efecto, ese autor manifiesta que, desde un punto de vista doctrinal, la controversia entre las culturas románicas y germánicas parece cerrada en un sentido favorable a la tesis contractual, afirmando además que la cuestión parecería resuelta en su beneficio de reducirse el problema de la fuente de la fuerza obligatoria de la relación laboral, considerándose que gran parte de los autores entienden necesario un acuerdo inicial para la formación regular de una relación de trabajo subordinada (44).

Pero agrega el autor de cita que tampoco cabía perder de vista que el mantenimiento del análisis contractual sólo había sido posible pagando el precio de una mutación compleja de la vieja noción de arrendamiento de

servicios, y que el análisis contractual de la relación de trabajo no habría podido sobrevivir en los diferentes sistemas jurídicos europeos, sino incorporando ciertos aspectos de la concepción germánica y también reconociendo la dimensión personal del compromiso del trabajador (44).

De esa manera, critica la formulación actual del contrato de trabajo, advirtiendo que se trataría de una “forma jurídica obesa”, sobrecargada de derechos provenientes de la ley, los convenios colectivos, la jurisprudencia, entre otras fuentes, y advierte que en los países latinos se ha llevado a cabo una absorción por el contrato de los valores personales inherentes a la relación de trabajo. En esto último, especifica que en parte el Derecho del Trabajo está dominado por el rol eminente conferido a los poderes públicos en la reglamentación de la relación laboral, en la medida en que se ha creado en ciertos países como Francia la noción de orden público social (u orden público laboral, como se reproduce en la doctrina nacional) que implica, por un lado otorgar cierta jerarquía a las normas vinculadas con la materia y, por el otro, brindar un trato preferencial a los trabajadores, excluyendo cualquier derogación contractual *in pejus* de las reglas legales y de las disposiciones de los convenios colectivos de trabajo.

Finaliza esta idea diciendo que en todos los países de la Europa comunitaria, el contrato ha servido de marco a la definición jurídica de la relación de trabajo, pero que el mantenimiento de tal marco no habría sido posible sino mediante la absorción por parte del contrato, de un estatuto del trabajador asalariado, definiendo estatuto como el estado de la persona del trabajador que implica el conjunto de derechos y deberes definido con independencia de su voluntad (por ley, por convenio colectivo, entre otras fuentes), y que lleva a la presunción sociológica de la existencia de una comunidad en que dicho estado adquiriría sentido.

### **7.- Nuestra posición: la relación de trabajo como relación de poder**

En los párrafos y líneas anteriores tratamos de exponer los lineamientos generales de las dos posturas que existen actualmente en el campo del derecho social, y que son citadas a la hora de determinar la naturaleza o esencia del vínculo individual laboral, apuntando nosotros no tanto a un análisis legal (aunque necesariamente se hizo mención a una serie de normativas nacionales), sino que más bien la idea fue tratar de aprehender ónticamente el denominado contrato de trabajo.

Asimismo, en ese afán propuesto, también seleccionamos algunas ideas que no se enrolan puramente en ninguna de las dos tesis clásicas, sino que tratan de estudiar ciertos matices que se dan al momento de delimitar doctrinariamente, el alcance y el sentido de la relación que vincula a un trabajador con un empleador.

Con todo lo anterior, creímos oportuno en este punto brindar una opinión personal sobre el ítem en desarrollo. Así, entendemos que el vínculo jurídico laboral en que se entrelazan actualmente los intereses del trabajador con los del empleador, no puede cualificarse como contrato de trabajo sino como relación laboral, sin desmerecer por ello los argumentos provenientes de la postura contrapuesta, defendida en muchos casos por eminentes exponentes.

Reiteramos que al discutir la naturaleza del vínculo socio laboral, tratamos de alejarnos un poco de la ley positiva (que en definitiva prioriza la denominación de contrato, como ocurre con la Ley 20.744 “De contrato de trabajo”), para adentrarnos en una discusión en parte sociológica del instituto analizado.

Sobre lo anterior, creemos que de ninguna forma podemos comprender la esencia de la vinculación laboral defendiendo la idea de un contrato que a nuestro modo de ver no existe, y que las contradicciones provenientes de la tesis contractual no se salvan siquiera con el reconocimiento del carácter ambivalente de Derecho del Trabajo, que tuvimos la oportunidad de desarrollar en otro trabajo (Balbin, 2015: S/P).

Algunos autores como Adrián Goldín han expresado que en el vínculo social, conviven la libertad y el sometimiento, y que aunque la idea del contrato implicaba por un lado “el luminoso reconocimiento del trabajador como persona libre, habilitada para decidir sobre la puesta a disposición de su capacidad de trabajo”, por el otro habilitaba para corroborar la existencia misma de condiciones de sometimiento” (2014).

Lo que verdaderamente existe entre trabajador y empleador, a nuestro entender, es una relación jurídica basada en un poder permanente que intenta el empleador, y que proyecta sus efectos a lo largo de toda la vida del vínculo entre el trabajador y el empleador. Existe en manos del empleador un micro poder que ejerce permanentemente violencia sobre la persona del trabajador, ya sea con la directa aplicación de alguna sanción, o bien con la mera amenaza de hacerlo, es decir, cuando la violencia permanece latente a sabiendas del propio trabajador y justificada por un sistema legal que en parte lo habilita. Luego, si hablamos de “sometimiento” como lo hace Goldín según antes citamos, nos queda desfasada la idea misma de contrato como figura encuadrante del tracto apropiativo laboral, que campea por sí misma en las arenas de la libertad e igualdad.

Al respecto Mario Ackerman (2007) –aún defendiendo la idea de la existencia de un contrato de trabajo–, sostuvo en un artículo que la relación de dependencia laboral, escapa notoriamente de la clásica idea acreedor-deudor propia del derecho de las obligaciones, y que el trabajador es un sujeto mediatizado, pues al vincularse económicamente con un empresario,

deja de cumplir una función para sí o la colectividad, y pasa a ser un sujeto de lo ajeno, en beneficio exclusivamente de ello.

Entendemos pues que sólo una deformación de la idea misma de contrato nos puede conducir a la adopción de tal figura proveniente del derecho común en el Derecho del Trabajo, y son tantos los condimentos especiales con que se trata de matizar a esa institución en la materia (contrato sometimiento, contrato intervenido, contrato autónomo o especial, entre muchas otras), que difícilmente detrás de todo ese ropaje nos quede alguna idea útil e hidratada para utilizar con eficacia ni más ni menos que como forma de encuadrar dos voluntades contrapuestas y con intereses dispares.

Se critica a la tesis relacionista que en parte tenga su origen en el institucionalismo alemán e intente –como se vio anteriormente–, sobreponer la idea de la empresa-comunidad y su autoridad central en cabeza del empleador o jefe, a la propia del trabajador, lo que también para cierto sector de la doctrina (ver apartado destinado a referenciar la postura de Marcos Satanosky), sirvió para justificar en ocasiones regímenes totalitarios, como el fascismo italiano y con él la Carta del Lavoro<sup>15</sup>.

Sin desmerecer las opiniones de los autores que señalan ese punto, estamos contestes con otra mirada del relacionismo, una mirada mucho más moderna que entiende que el desnivel de poderes ínsito en la relación de trabajo, nunca podría conducir a calificar de contrato al vínculo apropiativo que le sirve de sustento.

Al respecto, y con agudeza, ha señalado el maestro Ángel Gatti (2015) que la diversidad de criterios no está totalmente disipada –aunque cierta prestigiosa doctrina la dé por superada a favor de la teoría contractualista–; en rigor, no parece suficiente la afirmación dogmática, aunque se exprese con vehemencia y sincera convicción, en un tema de enorme complejidad, dadas sus implicancias, y rico en posibilidades argumentativas. (Gatti:110)

Adunado a lo anterior, creemos que si se critica al relacionismo por tener ramificaciones en el sistema totalitario de la Europa occidental del siglo XX, bien podríamos criticar al contractualismo por tener sus orígenes en las tesis civilistas como las de Carnelutti, Barassi, Chatelain, entre otros autores clásicos, que trataron de asemejar el tracto apropiativo laboral

---

15 Recordemos que este instrumento actualmente vetusto, decía en su letra que “La nación italiana es una organización que tiene finalidades, vida y medios de acción superiores en potencia y duración a los poseídos por los individuos o grupos que la integran”. R. Hubert, comentando esa normativa, dijo que una de las características del fascismo italiano era su voluntad de integrar todos los cuerpos sociales en la organización del Estado y por consiguiente subordinarlos integralmente a sus fines supremos, a lo que agrega que esta era una concepción hegeliana del Estado como idea-fuerza, y que no correspondía a las verdaderas necesidades de la sociedad moderna (ver nota 221 del capítulo IX del Tratado de Derecho Comercial de Marcos Satanosky, tomo 1, año 1957).

con la compraventa, la locación de servicios o el mandato, no advirtiendo seriamente –ni siquiera a inicios de siglo XX, época en la cual algunas de esas tesis se desarrollaron–, que el núcleo de la relación laboral se centra no en la libertad e igualdad de ambos contratantes, sino en una desigual distribución de poderes en beneficio del empleador, en un vínculo cualificado por un sometimiento casi permanente del trabajador, y un egoísmo y ceguera repetidas de parte del ala político-gobernante, en otras palabras, en un poder de control en manos del dueño de la empresa y justificado por el propio sistema.

Creemos que si ponemos todas las cartas sobre la mesa bien podemos llegar a mejores conclusiones, y reiteramos nuestra adhesión a la tesis relacionista en su versión moderna por los fundamentos que antes hemos expuesto.

## **8.- Conclusiones**

El vínculo jurídico de trabajo es sin duda, una de las figuras con mayor extensión en nuestros días, y para comprenderlo, es una herramienta útil discutir sobre su esencia legal y real, subrayando ciertos efectos que produce su aplicación práctica, aún no sujetándonos a un análisis puramente positivo, como intentamos efectuar en este artículo.

El vínculo laboral es una típica relación legal, mas no un contrato en sentido estricto, conclusión a la que arribamos luego de tratar ciertos puntos trabajados por destacados autores, y de tomar partido al respecto, enlazando esas ideas con el carácter ambivalente del derecho del trabajo.

El hecho de que la ley 20.744 se titule De Contrato de Trabajo, no es óbice para la defensa de una tesis contraria a su respecto, idea que no se desnaturaliza ni mucho menos, con la clásica distinción de los artículos 21 –contrato– y 22 –relación de trabajo–, tratados en dicho cuerpo legal, pues nuestro norte aquí fue alejarnos en parte del texto de legal, adentrándonos en discusiones más abstractas, aunque no por ello solamente académicas, proyectando desde la teoría de la relación de trabajo, cierta luz a la praxis socio laboral, a partir de la cual bien podemos entender el desarrollo y la existencia de algunos institutos claramente desiguales dentro de una materia llamada a tutelar un interés económicamente retraído.

La relación de trabajo es, por ende, un vínculo de poder desigual, en beneficio del empleador. Cierto es que los trabajadores también son titulares de poderes (como los derivados de la actuación sindical, o de la norma colectiva), mas en lo cotidiano, la balanza sigue beneficiando a los titulares de los medios materiales de producción.

Ese poder se reproduce de manera permanente, y en parte es avalado por el propio sistema político, ejerciendo en ocasiones ciertas formas de violencia de carácter multifacética sobre la persona del trabajador.

Ahondar en la discusión sobre la naturaleza del vínculo jurídico de trabajo no es, ni cerca, una tarea inútil, así como tampoco resulta arcaico defender la tesis de la relación laboral. Antes bien, colabora para aportar más claridad sobre un nexo económico personal, en permanente conflicto.

## 9.- Bibliografía

ACKERMAN, M. (2008). “El trabajo, los trabajadores y el Derecho del Trabajo”. Publicado en *Revista de Trabajo*, año 3, nro. 4, mes de Enero.

BALBÍN, A. N. (2015). “El concepto de Derecho del Trabajo”, publicado en *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de La Plata, año 12 nro. 45.

BARASSI, L. (1953). *Tratado de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires: Editorial Alfa.

CABANELLAS, G. (1949). *Tratado de Derecho laboral*, tomo II. Buenos aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

CANDAL, P. (2011). “Del contrato de trabajo en general”. Capítulo publicado en la obra mayor “*Ley de contrato de trabajo. Comentada y concordada*” T. 1. Segunda edición actualizada, de Ojeda, Raúl Horacio (coordinador), Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

CORNAGLIA, R. J. (2001). *Reforma Laboral, Análisis Crítico. Aportes para una Teoría General del Derecho del Trabajo en la Crisis*. Buenos Aires: La Ley.

DEVEALI, MARIO. (1953). Lineamientos del Derecho del Trabajo, Buenos Aires: Edit. Tipográfica Editoria Argentina.

ETALA, C. A. (2011). *Contrato de trabajo*, comentada y anotada. Buenos Aires: Astrea.

FERNÁNDEZ, J. C.(2007).*Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Tomos I y II. Buenos Aires: La Ley.

GATTI, A. E. (2015). *Derecho del Trabajo. Manual de las relaciones individuales*. Buenos Aires: Ediciones B de F.

GOLDÍN, A. (2014). “Algunos rasgos definitorios de un Derecho del Trabajo en proceso de cambio”. THÈMIS- Revista de Derecho [artículo on line disponible en: [revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/10847/11353](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/10847/11353)].

KROTOSCHIN, E. (1955). *Tratado de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Depalma.

López, J. Centeno, N. y Fernández, J. C. (1987). *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, Tomos 1 y 2. Buenos Aires: Ed. Contabilidad Moderna.

POZZO, J. D. (1961), *Manual teórico práctico de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Ediar.

SATANOWSKY, MARCOS. (1957). *Tratado de Derecho Comercial*, Tomo 1. Buenos Aires: Tipográfica editora argentina SA.

SUPIOT, A. (1996). *Crítica del Derecho del Trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

VÁZQUEZ VIALARD, A. (1979). *Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*. Buenos Aires: Depalma.

\_\_\_\_\_ (1982). *Tratado de Derecho del Trabajo*, tomo 3. Buenos Aires: Editorial Astrea.

## **Modernidad, globalización y derechos humanos: breves notas desde el pensamiento jurídico crítico latinoamericano<sup>1</sup>**

**Por Rojas Eduardo Carlos**

### **I.- Introducción**

El lugar de los derechos humanos en las sociedades latinoamericanas se encuentra enmarcado en un específico patrón de poder. Dentro del mismo encontramos al menos dos elementos principales: el colonialismo y el capitalismo financiero transnacional. El primero es partícipe de la construcción de la modernidad, el segundo lo es de la globalización colonial y capitalista. Creados a partir de esta misma modernidad, es dable cuestionarse por la capacidad que guardan los derechos humanos dentro de sí para poder subvertir el orden que les ha dado la vida. En este sentido el presente escrito intenta hacer síntesis de algunas posturas afines entre sí para poder revelar a los derechos humanos por fuera del plexo normativo. Esto es, ubicarlos como, y antes que nada, una herramienta política cristalizada en el derecho.

Se realizará una breve introducción a ciertos aspectos del mundo moderno colonial, junto con algunas reflexiones en torno a su globalización en relación al derecho. Posteriormente se entroncará brevemente a los derechos humanos con esta dinámica globalizadora.

### **II.- Modernidad colonial y globalización**

#### ***A) Modernidad Colonial***

Una tradicional lectura de la modernidad entiende que la misma tiene su origen a causa de procesos propios europeos<sup>2</sup>. Presentando así la idea de ser la modernidad un fenómeno exclusivamente europeo en cuanto a su formación y en cuanto a su devenir, más no por tal razón imposible de ser apropiable por otras sociedades. Esta misma argumentación subsume dentro de sí la idea de ver al resto del mundo con la posibilidad (¿obliga-

---

<sup>1</sup> Hacemos referencia con el termino Pensamiento Jurídico Crítico Latinoamericano, a una tradición de reflexión en torno al derecho nacida poco después de nacida la modernidad. En este sentido apuntaremos brevemente que tal tradición tiene como objeto al derecho latinoamericano en relación a una caracterización de su sociedad –la latinoamericana– en tanto que colonial. Siendo que dentro de sí se pueden encontrar reflexiones en torno a distintas esferas del derecho como ser: derechos humanos, derecho constitucional, sociología jurídica, filosofía del derecho, etc. La presente escueta aclaración se realiza a los fines de contextualizar el esbozo de mixtura de la Crítica Jurídica con la tradición de pensamiento latinoamericano del último apartado, de donde esperamos poder encontrar con tiempo una Crítica Jurídica Latinoamericana.

<sup>2</sup> En este sentido podemos encontrar a modo de ejemplo: Jürgen Habermas, El discurso filosófico de la modernidad, Buenos Aires, Katz, 2008; Stephen Toulmin, Cosmópolis: el trasfondo de la modernidad, Trad. B. Moreno Carrillo, Barcelona, Península, 2001.

ción?) de alcanzar el orden de la modernidad y desde esta posición poder realizar el juicio respecto de su desarrollo o subdesarrollo. Por otra parte la tradición de pensamiento latinoamericano<sup>3</sup> específicamente también se ha dado a la tarea de pensar a la modernidad. Considerando como punto de partida a la realidad latinoamericana para la reflexión, ha arribado a conclusiones particulares respecto de problemáticas universales. En lo que sigue nos guiaremos en función de algunos de los autores que la componen para denotar una particular forma de entender a la modernidad<sup>4</sup>.

En este sentido diremos que el comienzo de la modernidad se encuentra en 1492 con la invención y conquista de América<sup>5</sup>. De este modo lo afirma Dussel, para quien la modernidad es un fenómeno europeo, pero uno constituido en una relación dialéctica con una alteridad no-europea que finalmente es su contenido. La modernidad aparece cuando Europa se autoafirma como “centro” de una Historia Mundo que ella inaugura; la “periferia” que rodea este centro es, consecuentemente, parte de esta auto-definición

Así, si 1492 es el momento del nacimiento de la modernidad como un concepto, el origen de un muy particular mito de violencia sacrificial, también marca el origen de un proceso de ocultamiento o no reconocimiento de lo no-europeo (Dussel, 2000:45).

Por tal motivo la primera definición que hemos esbozado de la modernidad es una que el autor argentino-mexicano tildará de eurocéntrica, provinciana y regional, toda vez que entiende a la sociedad europea como suficiente para gestar y desarrollar la modernidad, sin la necesidad de la participación de ninguna otra sociedad. En otras palabras el eurocentrismo radica en haber confundido la universalidad abstracta con la mundialidad concreta hegemonizada por Europa como “centro” (Idem: 45). De todos modos que la sociedad europea se crea la culminación de un proceso evolutivo puede no llegar a constituir una gran novedad, comparada con el hecho de que sea el resto de la población mundial la que se apropió también

---

3 A tales efectos pueden consultarse: Carlos Altamirano, *Historia de los intelectuales en América Latina*, Buenos Aires, Katz, 2008-2010, dos tomos; Carlos Beorlegui, *Historia del pensamiento filosófico latinoamericano. Una búsqueda incesante de la identidad*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006; Eduardo Devés Valdés, *El pensamiento latinoamericano del siglo XX. Entre la modernización y la identidad*, Buenos Aires, 2000-2004, tres tomos; Carlos Piñeiro Iñiguez, *Pensadores latinoamericanos del siglo XX: ideas, utopía y destino*, Buenos Aires, Instituto Di Tella/Siglo XXI, 2006.

4 En lo esencial, nos centraremos en la relación existente entre modernidad y colonialidad o colonialismo. Términos estos ambos que si bien se inscriben en tradiciones de pensamiento no necesariamente similares, bien entienden los mismos puntos respecto de lo que traeremos al escrito.

5 En el sentido que lo plantea O’Gorman Edmundo, *La Invención de América*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006

de esta idea, haciendo de esta visión provinciana una universal(Quijano, S/A: 212).

Este es el *mito de la modernidad*<sup>6</sup> del cual nos habla Dussel. Su funcionalidad radica en ser precisamente la justificación de una violencia genocida a la par de la declamación de la emancipación como bandera universal. Proceso este que puede ser llevado a cabo mediante la negación de la periferia. Razón por la cual podemos establecer que a la par que existe un aspecto de libertad y emancipación en el discurso de la modernidad, también existe uno de negación. No acaso porque tal último fenómeno sea coyunturalmente concomitante con el nacimiento de la modernidad, sino más bien porque es su condición de posibilidad, nos referimos a la Colonialidad.

Quijano nos explica que con la conquista de América se gesta un patrón de poder mundial que articula tres elementos: la colonialidad del poder, el capitalismo y el eurocentrismo. El eje central del primero será la creación del constructo de *raza* (Quijano, 2000: 342). Siendo que el mismo ha posibilitado la clasificación de la población a nivel mundial, asimilando características fenotípicas con cualidades del ser<sup>7</sup>. Sobre el mismo se articulan las

---

6 El mito de la modernidad, genera a su vez la percepción de encontrarse un necesario vínculo histórico desde la antigua Grecia, hacia Roma, pasando posteriormente a la Europa occidental y luego al resto del mundo. En términos universales se trata del desplazamiento del Espíritu hegeliano y sus connotaciones para el resto de la humanidad no-europea. Contra este mito también se ha expresado Quijano al establecer que: “Lo que es curioso de ese argumento es que escamotea, primero, el hecho de que la parte realmente avanzada de ese mundo del Mediterráneo, antes de América, área por área de esa modernidad, era islamo-judaica. Segundo, que fue dentro de ese mundo que se mantuvo la herencia cultural greco-romana, las ciudades, el comercio, la agricultura comercial, la minería, la textilera, la filosofía, la historia, cuando la futura Europa Occidental estaba dominada por el feudalismo y su oscurantismo cultural. Tercero que, muy probablemente, la mercantilización de la fuerza de trabajo, la relación capital-salario, emergió, precisamente, en esa área y fue en su desarrollo que se expandió posteriormente hacia el norte de la futura Europa. Cuarto, que solamente a partir de la derrota del Islam y del posterior desplazamiento de la hegemonía sobre el mercado mundial al centro-norte de la futura Europa, gracias a América, comienza también a desplazarse el centro de la actividad cultural a esa nueva región”. Aníbal Quijano, “Colonialidad del Poder, Eurocentrismo y América Latina”, en Edgardo Lander (comp.), *La colonialidad del saber...*, Op. Cit., p 213. En análisis más minucioso respecto del tópico puede encontrarse en Enrique Dussel, “Contexto de la Política Moderna” en su libro, *Política de la liberación. Historia mundial y crítica*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 143-185.

7 En palabras del propio Quijano: “La idea de raza es, con toda seguridad, el más eficaz instrumento de dominación social inventado en los últimos 500 años. Producida en el mero comienzo de la formación de América y del capitalismo, en el tránsito del siglo XV al XVI, en las centurias siguientes fue impuesta sobre toda la población del planeta como parte de la dominación colonial de Europa [...] De una parte: “Indio”, “Negro”, “Asiático” (antes “Amarillos” y “Aceitunados”), “Blanco” y “Mestizo”. De la otra: “América”, “Europa”, “África”, “Asia” y “Oceania”. Sobre ella se fundó el eurocentramiento del poder mundial capitalista y la consiguiente distribución mundial del trabajo y del intercambio. Y también sobre ella se trazaron las diferencias y distancias específicas en la respectiva configuración específica de poder, con sus cru-

relaciones de explotación del capitalismo, siendo que la gran mayoría de la población ahora clasificada como “india” o “negra”, es mantenida en trabajo no asalariado en beneficio global del capital. En tanto que el eurocentrismo, se sitúa en el nivel de producción y reproducción del conocimiento, reflejando que la única forma válida de ser del conocimiento es aquella que se sigue del modo europeo, negando así la calidad de científico o conocimiento válido a los demás saberes de las culturas no-europeas<sup>8</sup>.

En este sentido, la gestación de la modernidad trajo consigo la invención de múltiples principios organizacionales de la sociedad. Entonces, entendiéndose que por ser el primer modo de organización globalizable (y de hecho globalizado), la modernidad no encuentra sus límites geográficos en la Europa medieval, sino que los supera hasta el límite geográfico del planeta mismo. Así vista, la reorganización de: las relaciones geo-políticas entre distintas culturas; las condiciones de producción del conocimiento; la organización política, social y económica; y la clasificación de la población a nivel mundial, son algunas de sus notas características. Todas ellas cambiaron la percepción que del mundo se tenía y generaron por consecuencia un nuevo horizonte de posibilidades y expectativas. El autor peruano nos ilustra al decir que:

[...] se trata de procesos que se inician con la conquista de América, de un nuevo patrón de poder mundial y de la integración de los pueblos de todo el mundo en ese proceso, de un entero y complejo sistema-mundo, es también imprescindible admitir que se trata de todo un periodo histórico. En otros términos, a partir de América un nuevo espacio tiempo se constituye, material y subjetivamente: eso es lo que mienta el concepto de modernidad (Quijano, 2000: 216).

Se reafirma entonces la participación de esa periferia negada, como necesaria en el nacimiento de la modernidad, en tanto que pocas veces mencionada, la Colonialidad es el aspecto constitutivo de tal modernidad junto con su desarrollo. Así, pareciera ser la concatenación de distintos hechos como lógica de una modernidad capitalista y no un específico patrón de poder que le permitió –a esta– su nacimiento y actual existencia. Puestas

---

ciales implicaciones en el proceso de democratización de sociedades y Estados y de formación de Estados-nación modernos.” Aníbal Quijano, “¡Que tal raza!”, en Zulma Palermo y Pablo Quintero (comps), Aníbal Quijano. Textos fundamentales, Buenos Aires, Del Signo 2014, p 96.

8 El eurocentrismo hace parecer como naturales la experiencia social producida dentro de la Colonialidad del poder, imponiendo una única racionalidad. “Aplicada de manera específica –dice Quijano– a la experiencia histórica latinoamericana, la perspectiva eurocéntrica de conocimiento opera como un espejo que distorsiona lo que refleja. Es decir, la imagen que encontramos en ese espejo no es del todo quimérica, ya que poseemos tantos y tan importantes rasgos históricos europeos en tantos aspectos, materiales e intersubjetivos. Pero, al mismo tiempo, somos tan profundamente distintos”. Aníbal Quijano, “Colonialidad del Poder, Eurocentrismo y América Latina”...Op. Cit., pp. 225-227.

así las cosas, el nacimiento de la modernidad generó un trasfondo –colonial– con, al menos, dos características principales: ser su pilar de soporte y su aspecto más negado. Como mundo negado que es, el Mundo Colonial tiene una aplicación –recepción– distinta de los principios afirmados por la modernidad. Es por ello que a través de su estudio puede revelarse lo acotado –por no decir nulo– sobre la universalidad de los postulados que la modernidad proclamó precisamente como *universales*. De este modo Dussel nos avala al decir que:

Este sentido de la relación entre la conquista de América y la formación de la Europa Moderna permite una nueva definición, una nueva visión global de la modernidad, que muestra no solo su lado emancipador sino también su costado destructivo y genocida (Dussel, 2001:68).

A este respecto se genera entonces una relación necesaria y conflictiva entre modernidad y colonialidad, toda vez que los explotados y dominados en el mundo colonial también se apropiaron del horizonte de libertad que aquella propugna. Se genera así un devenir traducible tanto en conflicto de intereses, como ambigüedad, dentro de la cual se inscribe la lucha por la democratización de la existencia social.

### ***B) Globalización y derecho colonial***

Hemos dicho hasta ahora que la inclusión de América en la escena mundial trajo aparejada la re-organización geopolítica del mundo hasta ese momento existente, dando la posibilidad de configuración de un patrón de poder con vocación mundial, como dice el autor peruano mismo:

Pero el “mundo” –si con ese término se implica la existencia social humana articulada en una específica totalidad histórica–, sea o no globalizable, no podría entenderse por fuera del hecho de que es un específico patrón de poder lo que le otorga su carácter de “mundo” o de totalidad histórica específica, sin cuya condición cualquier idea de “globalización” sería simplemente inútil. De otro modo resultaría que las redes de comunicación, de información, de intercambio, etc., etc., existen y operan en una suerte de vacuum histórico (Quijano, 2001:S/P).

David Harvey ha propuesto entender que el proceso de acumulación originaria planteado por Marx, debería nominarse “acumulación por desposesión”. Esto en relación a comprender que el mismo no es algo anterior y externo al capitalismo, sino continuo dentro del mismo. Así, nos dice que:

Una mirada más atenta de la descripción que hace Marx de la acumulación originaria revela un rango amplio de procesos. Estos incluyen la mercantilización y privatización de la tierra y la expulsión forzosa de las poblaciones campesinas; la conversión de diversas formas de derechos de propiedad –común, colectiva, estatal, etc.– en derechos de propiedad exclusivos; la supresión del derecho a los bienes comunes; la transformación de

la fuerza de trabajo en mercancía y la supresión de formas de producción y consumo alternativas; los procesos coloniales, neocoloniales e imperiales de apropiación de activos, incluyendo los recursos naturales; la monetización de los intercambios y la recaudación de impuestos, particularmente de la tierra; el tráfico de esclavos; y la usura, la deuda pública y, finalmente, el sistema de crédito (Harvey, 2005:113).

La pertinencia del análisis de Harvey radica en considerar como procesos de acumulación por desposesión varias actividades que no solamente son aquellas denunciadas por Quijano y Dussel como partícipes durante el S. XVI de sustento para la configuración de la modernidad capitalista, sino a su vez procesos que de manera ininterrumpida han tenido lugar a lo largo de la historia de América Latina. Es decir que, es posible trazar un puente entre los procesos de acumulación por desposesión y los procesos coloniales de la modernidad. Lo que nos interesara sobre este tópico será su correlato con el derecho. Si bien esta dinámica entre procesos de expansión del capitalismo y colonialismo pueden encontrar justificación en el proceso histórico de consolidación de la modernidad capitalista, como es el caso de la Filosofía del Derecho de Hegel<sup>9</sup>, nos centraremos en la producción jurídica en la fase actual del colonialismo<sup>1011</sup>. Nos referimos entonces a incluir dentro del análisis de la dinámica de la globalización de la modernidad colonial, al estado-nación. Consideramos la relevancia de la misma no acaso por considerar que el estado es el único productor del derecho<sup>12</sup>, sino más bien por comprender que tales procesos son realizados con la intervención del estado (sea tanto por acción como por acción por omisión), pues:

como en el pasado, el poder del estado es usado frecuentemente para forzar estos procesos, incluso en contra de la voluntad popular. Como

---

9 Hegel propone abiertamente el colonialismo como un mecanismo de resolución al problema del excedente de la producción. En este sentido encontramos los parágrafos 246 y 248: “246.- Por medio de su dialéctica la Sociedad Civil, sobre todo está determinada sociedad, es empujada más allá de sí para buscar fuera, en otros pueblos —que están atrasados respecto a los medios que ella posee con exceso, o con respecto a la industria— a los consumidores y, por lo tanto, los medios necesarios de su subsistencia” [...] “248.- La ampliación de ese enlace proporciona el medio de la colonización, a la cual —esporádica o sistemáticamente—, es empujada la sociedad civil adelantada, y con la que procura, en parte, el retorno al principio familiar a una fracción de la población en un nuevo territorio; y, en parte, procura para sí misma una nueva necesidad y un nuevo campo para la aplicación continuada del trabajo”. Georg Hegel, *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Claridad, 1968, pp 206-208.

10 Tal como lo referencia Eugenio Zaffaroni, *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*, Buenos Aires, Madres de Plaza de Mayo, 2015.

11 Si bien hasta el momento hemos trabajado la perspectiva de la Colonialidad del Poder, entendemos que la descripción que Zaffaroni hace del colonialismo es compatible con tal perspectiva en relación al nivel de análisis que aquí es esbozado.

12 Sería un contrasentido en este punto negar la existencia de un pluralismo jurídico desde abajo y emancipador

también sucedió en el pasado, estos procesos de desposesión están provocando amplia resistencia, de esto se trata el movimiento antiglobalización. La vuelta al dominio privado de derechos de propiedad común ganados a través de la lucha de clases del pasado (el derecho a una pensión estatal, al bienestar, o al sistema de salud nacional) ha sido una de las políticas de desposesión más egregias llevadas a cabo en nombre de la ortodoxia neoliberal (Harvey, 2005:115).

En esta misma línea podemos afirmar que “el imperialismo no puede sostenerse por mucho tiempo sin represión activa, o incluso tiranía interna” (Idem), donde tal represión demuestra que el achicamiento del estado solo lo es en algunas esferas que eran propias del “estado de bienestar”. Contrario sensu, el estado interviene en salvaguarda de las necesidades de la expansión del capitalismo, sea a través del derecho, sea a través del uso del monopolio de la fuerza.

Sassen da por sentado un proceso de globalización económica que tiene entre sus componentes principales a los sujetos transnacionales<sup>13</sup>, a los estados y a la producción normativa. De la dinámica de estos tres elementos encuentra que la capacidad de regulación de los estados ha variado significativamente, siendo que estamos asistiendo a la privatización de la capacidad normativa del estado. En este sentido, se está produciendo una desnacionalización, donde este término implica “un conjunto específico de actividades que tienen lugar en los marcos institucionales nacionales, pero que se dirigen a cubrir las necesidades de programas económicos y políticos no nacionales o transnacionales y no las de los programas nacionales como ocurría antes” (Saskia Sassen, 2012:115). Mas, punto a considerar es que la producción normativa al estar siendo privatizada, está siendo realizada por órganos privados internacionales, hecho este que no escapa a la cotidianidad de los diarios latinoamericanos, cuando no mundiales.

Esta disminución de las capacidades del estado de producir derecho a causa de la autoridad normativa de organismos internacionales en función de la necesidad del capital transnacional, es un reflejo de las modificaciones en las relaciones sociales coloniales de producción. La necesidad del capital transnacional se centra tanto en una flexibilización del marco regulatorio del capital financiero, como así en el andamiaje normativo que regula el neo-extractivismo. Zaffaroni nos ilustra:

La proporción entre el capitalismo productivo y el capitalismo financiero se alteró, el capitalismo financiero se hipertrofió con relación al capitalismo productivo y el establishment se comió a la política, la controla. ¿Cómo

---

<sup>13</sup> O sería más correcto decir al capital transnacional que se posa sobre estas personas jurídicas de existencia ideal transnacional al mero efecto de la circulación.

la controla? Destruyendo Estados. [...] En otras regiones del mundo los debilita, y eso es lo que pasa en nuestra América Latina (Zaffaroni, 2016:114).

Derecho colonial por tanto es aquel que pervive en nuestras sociedades coloniales desde el comienzo de la modernidad misma. Atravesando las distintas etapas del capitalismo, nuestros estados fueron mutando en su relación de dependencia colonial, hecho que denota la modificación de su derecho en cada oportunidad. Asistimos a una nueva mutación, con una gran diferencia: los derechos humanos. Ante esta nueva fase –superior– del colonialismo, queda preguntarse: ¿Cuál es el rol de los derechos humanos?

## II.- Crítica jurídica y derechos humanos

Afirmaremos que las cosas existen en dos órdenes, en el de la materia o el de la ideas, siendo que el primero es el que produce al segundo. En este sentido el derecho es un discurso, en tanto que las ideas solo pueden ser expresadas mediante el lenguaje. A su vez el lenguaje nos remite a la existencia de una ideología que lo dota de sentido en tanto que tal. En síntesis, el derecho es un discurso producto de una creación ideológica, o mejor aún, es ideología formalizada. Donde a su vez su finalidad es la reproducción de poder por parte del sector socialmente hegemónico que tiene la capacidad de establecerlo (Correas, 2003:63). Así arribamos a postular que el derecho es un discurso político. Por tal razón la crítica del discurso del derecho es un problema político y no uno científico.

Establecido fugazmente nuestro punto de partida, volvemos sobre la función de los derechos humanos. Mas por ser una parte de ese universo jurídico, los derechos humanos son también un discurso político, y muy probablemente el aspecto más político de todo el derecho<sup>14</sup>. Esto último debido a que la ideología que les dio su existencia es aquella que nace para enfrentarse la burguesía a la nobleza. Nacen como una herramienta jurídica en beneficio de aquella<sup>15</sup>. El pasaje de una argumentación iusnaturalista a una positivista encerrada en tratados internacionales puede entenderse de la mano de una modificación –expansión– del capitalismo. Es decir que la ideología que los fundamenta de una u otra manera es la misma, puesto que los derechos humanos prohíben el trabajo esclavo, pero no es conocida una

---

14 “Pero que los derechos humanos son ineluctablemente un discurso político, es algo que pertenece al mundo de los hechos; es un dato de la realidad, no un invento filosófico.” Oscar Correas, “Los derechos humanos. Entre la historia y el mito”, en Alejandro Rosillo (Coord.), *Derechos humanos, pensamiento crítico y pluralismo jurídico*, San Luis Potosí, UASLP, 2008, p 137.

15 En esta etapa la justificación de los derechos humanos es una que redundante en argumentaciones iusnaturalistas, por oposición a la gran mayoría de las argumentaciones presentes en las cuales los tratados internacionales de derechos humanos son parte del derecho positivo. Ambos son discursos políticos.

carta internacional que prohíba la extracción de plusvalor. Es por esto que el jurista De la Torre de Lara establece:

La cultura constitucional y el planteamiento de los derechos humanos, si bien es cierto que poseen un importante potencial emancipador, también lo es que forman parte de nuevas formas de sometimiento y dominación, al ser producto de una matriz colonial/moderna que instituye e impone “el modo” a partir del cual se accede a los bienes exigibles para una vida digna; un orden jurídico/político impuesto y hostil hacia la mentalidad de la vida y el contexto político, económico, social y cultural donde se instaura (Arnulfo, 2006:151).

Como se deriva de los postulados que venimos trabajando y recalca el propio jurista mexicano, los derechos humanos en tanto enmarcados en una modernidad colonial, guardan también la posibilidad de una praxis emancipadora. Esto es posible toda vez que la modernidad permite la apropiación de sus postulados por parte de las mayorías excluidas, a través de una re-significación del discurso moderno. Es decir, mediante la lucha política por una verdadera democratización de la sociedad. Por vía de consecuencia:

Se trata de una verdadera e innegable *contradicción en el sistema* [los tratados de derechos humanos], provocada por el pánico que generó la barbarie entre los propios deficitarios de la melanina, producto de las contradicciones de su hegemonía precedente. La lucha mundial en el campo jurídico actual se entabla entre el poder transnacional, que quiere hacer que la frase de Marx pase a ser una fatal realidad e impedir cualquier redistribución de la renta, y quienes pretenden usar al derecho como herramienta redistributiva (Zaffaroni, 2015:82)<sup>16</sup>

Hace aproximadamente 40 años Oscar Correas escribía que si bien el derecho laboral no es la panacea de los obreros, tal como quieren hacerlo parecer los burgueses que lo controlan, por lo mismo que no es un fin en sí mismo, es un instrumento más para la lucha<sup>17</sup>. En la misma línea, la ideología colonial capitalista ha utilizado el discurso de los derechos humanos con miras a controlar la falta de democratización de las sociedades coloniales, es entonces cuando se abre la posibilidad de tomarlos como una herramienta de lucha política que propugne por una democratización de la existencia social, por una erradicación del colonialismo capitalista y por una realización del derecho humano al desarrollo desde las perspectivas y cosmovisiones que sean propias de cada pueblo<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Zaffaroni hace referencia a la afirmación de Marx que comprendía que el derecho era solo un instrumento de la clase dominante.

<sup>17</sup> Oscar Correas, Introducción a la crítica del derecho moderno, México, Triana, 3° ed., 1993, p. 163.

<sup>18</sup> “No hay tampoco “ética forense” posible, porque no hay justicia objetiva: lo que con-

#### IV.- Bibliografía

ALTAMIRANO, C. (2008). *Historia de los intelectuales en América Latina*, Buenos Aires, Katz.

BEORLEGUI, C. (2006). *Historia del pensamiento filosófico latinoamericano. Una búsqueda incesante de la identidad*, Bilbao, Universidad de Deusto.

CORREAS, O. (2003). *Eficacia del derecho, efectividad de las normas y hegemonía política*, México, UNAM: Ediciones Coyoacán.

----- (1993). *Introducción a la crítica del derecho moderno*, México, Triana, 3° ed.

DE LA TORRE DE LARA, O. (2006). “Ceguera ilustrada y cultura constitucional. Derechos humanos, territorialidad y sujetos de la historia”, en *Revista de investigaciones jurídicas*, 2006, N° 40.

DEVÉS VALDÉS, E. (2000). *El pensamiento latinoamericano del siglo XX. Entre la modernización y la identidad*, Buenos Aires, 2000-2004, tres tomos.

DUSSEL, E. (2001). “Eurocentrismo y Modernidad (introducción a las lecturas de Frankfurt)”, en Walter Dignolo (comp.) *Capitalismo y geopolítica del conocimiento. El eurocentrismo y la filosofía de la liberación en el debate intelectual contemporáneo*, Buenos Aires, Del Signo.

----- (2000). “Europa, modernidad y eurocentrismo”, en Edgardo Lander (comp.), *La Colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Buenos Aires, Clacso.

----- (2007). “Contexto de la Política Moderna” en su libro, *Política de la liberación. Historia mundial y crítica*, Madrid, Trotta.

HABERMAS, J. (2008). *El discurso filosófico de la modernidad*, Buenos Aires, Katz, 2008.

HARVEY, D. (2005). “El nuevo imperialismo: acumulación por desposesión”, en *Socialist register* 2004 (enero 2005). Buenos Aires, CLACSO.

---

viene al obrero enfurece al patrón. No hay términos medios. Por eso el ejercicio de la abogacía al servicio de los obreros es inmediatamente militancia política. Y por eso los abogados laboristas suelen ser apetecible blanco de las organizaciones paramilitares”. Oscar Correas, *Introducción a la crítica...* Op. Cit., p. 164. En el mismo sentido pensamos 40 años después cual es el carácter de la defensa de los derechos humanos y cual es tristemente el escenario en que muchos abogados y activistas de derechos humanos desarrollan su praxis militante.

---

HEGEL, G. (1968). *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Claridad.

O'GORMAN E. (2006). *La Invención de América*, México, Fondo de Cultura Económica.

PIÑEIRO IÑÍGUEZ, C. (2006). *Pensadores latinoamericanos del siglo XX: ideas, utopía y destino*, Buenos Aires, Instituto Di Tella/Siglo XXI.

QUIJANO, A. (2000). “Colonialidad del Poder, Eurocentrismo y América Latina”, en Edgardo Lander (comp.), *La Colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Buenos Aires, Clacso.

----- (2000). “Colonialidad y Clasificación Social”, Festschrift For Immanuel Wallerstein, *Journal of World Systems Research*, vol. VI, No. 2, Fall/Winter.

----- (2014) “¡Que tal raza!”, en Zulma Palermo y Pablo Quintero (comps), *Aníbal Quijano. Textos fundamentales*, Buenos Aires, Del Siglo.

----- (2001) *Colonialidad del Poder, Globalización y Democracia*, en Tendencias Básicas de Nuestra Época: Globalización y Democracia. Instituto de Estudios Diplomáticos e Internacionales Pedro Gual. Caracas 2001.

SASSEN, S. (2003). “Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas”, en Teubner, Gunther, et al, *Estado, soberanía y globalización*, Bogota, Siglo del Hombre.

TOULMIN, S. (2001). *Cosmópolis: el trasfondo de la modernidad*, Trad. B. Moreno Carrillo, Barcelona.

ZAFFARONI, E. (2015). *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*, Buenos Aires, Madres de Plaza de Mayo.

----- (2016). *América y su porvenir jurídico*, Buenos Aires, Ediar.

ENRIQUE D. (2000) “Europa, modernidad y eurocentrismo”, en Edgardo Lander (comp.), *La Colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Buenos Aires, Clacso.

## El derecho en la modernidad: crítica desde la «exterioridad» latinoamericana

Por De la Vega Alanís

### Introducción

Para Boaventura de Sousa de Santos, tres han sido las grandes promesas de la modernidad las cuales no se han cumplido o han traído consecuencias no deseables, a saber, la promesa de la igualdad, la promesa de la libertad y la promesa de la dominación de la naturaleza. La igualdad se ve incumplida por la alta marginalidad existente en los países periféricos o los sectores marginados del primer mundo; la libertad ha sido coartada por las limitaciones materiales<sup>1</sup> que impiden el libre desarrollo de las personas en comunidad; y el dominio de la naturaleza se realizó de forma perversa, trayendo como consecuencia una crisis ecológica que amenaza al bien común de la humanidad<sup>2</sup>. Es así, que Boaventura de Sousa considera que la postura de defender a la modernidad conduce a un laberinto sin salida, de ahí, que lanza una tajante afirmación: “estamos enfrentando diversos problemas modernos para los cuales no existen soluciones modernas” (Boaventura, De Sousa Santos, 2005).

Lo anterior, nos obliga a pensar a la modernidad desde otro horizonte epistemológico, uno que responda a la realidad material e histórica de los pueblos periféricos y en específico de los pueblos latinoamericanos para la construcción de categorías de análisis coherentes con esta realidad. El derecho, no está exento de construirse desde “ese” otro horizonte epistemológico, pues, en la actualidad está sustentado en el pensamiento moderno (como veremos más adelante) siendo el derecho en general hoy en día, un instrumento inservible para la protección de las mayorías en estado de indefensión y que son víctimas del sistema, llámense pobres, campesinos, indígenas, migrantes, obreros, etc.

---

1 En Salamanca, por ejemplo, encontramos un listado de necesidades “materiales” que los pueblos requieren para poder producir, reproducir y desarrollar su vida, las cuales clasifica en tres tipos: Necesidades de Comunicación material; Necesidades de libertad material y Necesidades de verdad material. A cada uno de los tipos corresponde una serie de necesidades (Véase, Salamanca Serrano, 2011: 362-429).

2 Para el desarrollo de la vida económica en los países centrales, se requiere la explotación tanto laboral y ecológica de los países periféricos, trayendo como consecuencia una “deuda ecológica” con estos y la pauperización de los niveles de vida de sus habitantes. El concepto de “deuda ecológica” lo tomamos del sociólogo belga François Houtart, el cual consiste en la deuda que adquieren los países del norte frente a los países del sur por las externalidades (daños a la naturaleza e injusticias sociales) como consecuencia de la explotación sistemática que hacen de sus recursos naturales. Para conocer más sobre la crisis ecológica y del bien común de la humanidad (véase, Houtart, François, 2015)

Optamos por construir “ese” otro horizonte epistemológico desde la exterioridad, pero, desde la exterioridad latinoamericana, la cual permite re-pensar a la modernidad de forma crítica, descubriéndola como una reproducción de la historia particular europea, colocando a Europa como el fin y el centro de la historia mundial (Dussel, 2004).

En este trabajo se pretende presentar una crítica a la modernidad y su influencia en el derecho desde la categoría levinasiana de exterioridad, misma que fue retomada por Dussel, la cual ubicó en el contexto histórico-material del Tercer Mundo. Lo anterior, permitirá pensar al derecho desde la exterioridad, desde un locus epistemológico adecuado a la realidad latinoamericana, desde el explotado y/u oprimido de nuestros pueblos (sujeto emergente de la liberación).

Pensar al derecho desde la exterioridad, posibilita ir más allá del aparato teórico- jurídico de la modernidad cuya fuente es el pensamiento liberal, permitiéndonos enfrentar a los problemas de la modernidad desde un pensamiento liberador auténticamente latinoamericano que ha de encontrarse en la experiencia histórica y en el imaginario utópico del sincretismo cultural proveniente del mundo, negro, indígena y del pueblo oprimido. Cabe aclarar, que no se trata de negar toda forma teórica proveniente de occidente, tampoco las prácticas emancipadoras de la modernidad, sino, coincidiendo con Antonio Wolkmer, “de intentar construir un mundo de vida basado en nuevos paradigmas de legitimidad y racionalización” (Wolkmer, 2006:107). Pensar al derecho desde la exterioridad, pues, compromete a éste con los procesos de liberación y con el pleno reconocimiento de la alteridad del Otro, de la justicia y del derecho a la vida con dignidad.

Partiremos entonces, del estudio a grosso modo de la modernidad en base en los teóricos modernos – perspectiva intra-sistémica- los cuales, si bien admiten algunas consecuencias negativas de la modernidad, lo que se busca es solucionarlas con horizontes categoriales modernos, cayendo en la afirmación anterior de Boaventura de Sousa. Enseguida, daremos mayor énfasis al estudio de la modernidad desde la exterioridad, analizando las diversas propuestas encabezadas por Enrique Dussel, Walter Mignolo, Boaventura de Sousa, Santiago Castro Gómez y Aníbal Quijano, encontrando las semejanzas entre éstas, pero también distinguiéndolas. A partir de aquí, delimitaremos nuestra crítica a la modernidad con el marco categorial propuesto por Enrique Dussel, tomando a la categoría de exterioridad como parte fundamental de nuestra crítica.

Después, en el segundo punto, siguiendo con el marco categorial de Dussel, nos adentraremos al estudio histórico de la modernidad, el cual se traduce en dos etapas y se distinguen por el dominio de una civilización o región como centro geopolítico del sistema –mundo, a saber, estas etapas son: “la temprana modernidad” o “primera modernidad” y la “hegemonía

mundial de Europa” o “segunda modernidad”. Esto, permite entender mejor la evolución histórica e influencia occidental sobre el derecho latinoamericano, así como la génesis del eurocentrismo el cual llega hasta nuestros días.

En el tercer punto, presentaremos cómo la filosofía de la modernidad ha contribuido a la constitución y reproducción de la universalidad abstracta y a la des-corporalización del sujeto epistémico desde donde se enuncia la realidad. Entender al universalismo abstracto y su repercusión en el mundo jurídico, se vuelve de suma importancia para poder ajustar el derecho a la realidad material latinoamericana y visibilizar al sujeto de su enunciación.

En el cuarto punto, analizaremos la evolución del derecho en la modernidad, en base al criterio histórico enunciado en el segundo punto, tomando en cuenta que el derecho por estar inserto en la modernidad estará constituido por universalismo abstracto y el eurocentrismo.

Finalmente, expondremos la categoría de exterioridad y la aplicaremos al derecho, por consiguiente, explicaremos qué significa pensar al derecho desde la exterioridad.

### **Perspectivas de la Modernidad**

Para comprender a la modernidad y visibilizar sus consecuencias es necesario empezar con la discusión de las tendencias dominantes en su estudio, las cuales podríamos clasificar desde dos locus epistemológicos, las «perspectivas intra-modernas» en donde la modernidad puede ser explicada totalmente por referencia a factores internos de Europa y las perspectivas que parten de la exterioridad, es decir, desde las locaciones periféricas las cuales permiten re-pensarla.

Las «perspectivas intra-modernas» son encontradas tanto en pensadores como Habermas, Giddens, Taylor, Touraine, Lyotard, Rorty, así como en Kant, Hegel y en la Escuela de Frankfurt, siendo Habermas y Giddens particularmente influyentes, generando diversos estudios respecto a la modernidad y la globalización. Desde esta perspectiva, la modernidad puede ser caracterizada de la siguiente manera (Véase, Arturo, Escobar:51-86):

**Histórica:** Centrando los orígenes temporales y espaciales de la modernidad en la Europa del siglo XVII, especialmente en Francia, Alemania e Inglaterra, alrededor de los procesos de la Reforma, la Ilustración y la Revolución Francesa. Estos procesos se cristalizaron al final del siglo XVIII y se consolidaron con la Revolución Industrial.

**Sociológica:** La modernidad se caracteriza por el nacimiento de determinadas instituciones, por ejemplo, el Estado-nación y en las últimas décadas por el “desmembramiento de la vida social del contexto local y sus crecientes determinaciones por fuerzas trans-locales; y el distanciamiento espacio-tiempo o la separación de espacio y lugar, desde relaciones entre «ausentes otros» que devienen más importantes que la interacción cara a cara” (Ibidem).

Cultural: La modernidad se caracteriza por lo que Habermas describe como una creciente “racionalización del mundo de la vida”, que le es acompañada por la universalización e individuación. La modernidad introduce un orden basado en la razón (racionalismo) en el individuo (individualismo), el conocimiento experto y los mecanismos administrativos ligados al Estado.

Filosófica: La modernidad parte de la emergencia del hombre como fundamento de todo el conocimiento y orden en el mundo, dejando a un lado lo divino, propio de la edad media, y tratando de comprender la naturaleza y el dominio de ésta. Para Vattimo, “la modernidad es caracterizada por la idea de historia y su corolario, progreso y superación” (Ídem). Vattimo enfatiza la lógica del desarrollo, es decir, la creencia del progreso infinito y civilizador, como crucial para la fundación filosófica del orden moderno.

Frente a esta forma de entender a la modernidad, surge en contrapartida las perspectivas que la piensan desde la exterioridad, quienes ven a la modernidad como reproducción de la historia particular europea, colocando a “Europa como el fin y el centro de la historia mundial”.

Diversos pensadores como Walter Mignolo, Aníbal Quijano, Enrique Dussel, Santiago Castro Gómez, Boaventura de Sousa Santos, entre otros, re-piensen el proyecto de la modernidad con base en lo siguiente (Escobar, 2003:60-61):

Localizan el origen de la modernidad en la Conquista de América y el control del Atlántico después de 1492, frente a la ilustración o el final del siglo XVIII, como la historia universal europea lo enuncia;

Pensar al colonialismo y al desarrollo del sistema mundial capitalista como constitutivos de la modernidad. Esto incluye una determinación de no pasar por alto la economía y sus concomitantes formas de explotación;

Entender a la modernidad como un fenómeno intra-europeo;

La identificación de la dominación de otros afuera del centro europeo como una necesaria dimensión de la modernidad, con la concomitante subalternización del conocimiento y las culturas de esos otros grupos;

Surge una concepción del Eurocentrismo, como la forma de conocimiento de la modernidad el cual consiste en la representación hegemónica y modo de conocimiento que arguye su propia universalidad y que descansa en “una confusión entre una universalidad abstracta y el mundo concreto derivado de la posición europea como centro” (Dussel, 2000).

Tras esta serie de posiciones, emergen nociones alternativas de la propuesta eurocéntrica, que han sido desarrolladas por los pensadores antes mencionados (Escobar, 2003):

Descentramiento de la modernidad de sus alegados orígenes europeos, incluyendo un descrédito de la secuencia lineal enlazando a Grecia, Roma, la cristiandad y la Europa moderna;

Una nueva concepción espacial y temporal de la modernidad en términos del papel fundacional de España y Portugal –la así llamada “primera modernidad” iniciada con la Conquista— y su continuación en la Europa del Norte con la Revolución Industrial y la Ilustración –la “segunda modernidad”, en términos de Dussel—; la segunda modernidad no reemplaza la primera, sino que se le superpone hasta el presente;

Un énfasis en la periferalización de todas las otras regiones del mundo por esta «Europa moderna», con Latinoamérica como el inicial «otro lado» de la modernidad –el dominado y encubierto—;

Una relectura del «mito de la modernidad», no en términos de cuestionar el potencial emancipatorio de la razón moderna, sino de la imputación de superioridad de la civilización europea articulada con el supuesto de que el desarrollo europeo debe ser unilateralmente seguido por toda otra cultura, por la fuerza si es necesario —lo que Dussel denomina «la falacia desarrollista».

Finalizamos este punto con las siguientes conclusiones, partiendo en encontrar las semejanzas y distinciones que caracterizan la crítica a la modernidad desde la exterioridad. Como semejanza los diversos autores<sup>3</sup>- ya antes mencionados- coinciden en que es necesario pensar a la modernidad desde la exterioridad, es decir, desde los países periféricos para descubrir que el “mito de la modernidad” no es más que la reproducción de la historia local europea en un espacio y tiempo determinados, colocando a “Europa como el fin y el centro de la historia mundial”. Además, coinciden también que el desarrollo del capitalismo y el encubrimiento de la exterioridad son momentos constitutivos de la modernidad, trayendo como consecuencia la subalternización de los otros saberes y el despliegue de una forma de dominación y explotación basada en la idea de la raza y expropiación de los medios de producción de los nativos americanos. Es en este punto en donde surgen las distinciones, ya que dichos autores enfatizan distintos factores en la producción y funcionamiento de la modernidad, así como diversas propuestas para re-pensarla.

Por ejemplo, para Quijano la modernidad es re-pensada desde la colonialidad<sup>4</sup>, cuyo proceso clave en su constitución es la clasificación colonial

3 Entre los autores encontramos a Walter Mignolo, Aníbal Quijano, Enrique Dussel, Santiago Castro Gómez, Boaventura de Sousa Santos.

4 Para Aníbal Quijano, “la colonialidad es uno de los elementos constitutivos y específicos del patrón mundial de poder capitalista. Se funda en la imposición de una clasificación racial / étnica de la población del mundo como piedra angular de dicho patrón de poder, y opera en cada uno de los planos, ámbitos y dimensiones, materiales y subjetivas, de la existencia cotidiana y a escala” (Véase, Quijano, Anibal, 2014). Además, Quijano distingue entre colonialismo y colonialidad, para él, este último se refiere estrictamente a una estructura de dominación y explotación, donde el control de la autoridad política, de los recursos de producción y del trabajo de una población determinada lo detenta otra de diferente identidad, y cuyas sedes

y dominación en términos raciales- la colonialidad del poder- y para su superación es necesario un pensamiento decolonial que permita llevar a cabo un “giro decolonial” o “decolonizador”<sup>5</sup>. En cambio, para Dussel si bien coincide con Quijano en el despliegue de la colonialidad del poder y entiende el “giro decolonial” como un “giro epistémico”, éste opta en criticar a la modernidad desde la Filosofía de la Liberación, cuyo método analéctico permitirá partir del Otro —que es trascendental ya que está más allá de mi mundo afirmando su vida, la cual es negada en el sistema-moderno— capitalista, para negar la negación y liberarlo, haciendo posible la reproducción y producción de su vida. Para Boaventura de Sousa, inscribe su análisis partiendo de las “epistemologías del sur”, ya que, para él, existe una crisis muy profunda de la teoría crítica eurocéntrica, y esa crisis “se manifiesta en cuatro grandes áreas de interés: 1) preguntas fuertes y respuestas débiles, 2) contradicción entre medidas urgentes y cambio civilizatorio, 3) pérdida de los sustantivos, y 4) relación fantasmal entre la teoría y la práctica”<sup>6</sup>. Ade-

centrales están, además, en otra jurisdicción territorial. Pero no siempre, ni necesariamente, implica relaciones racistas de poder. El colonialismo es, obviamente, más antiguo, en tanto que la colonialidad ha probado ser, en los últimos quinientos años, más profunda y duradera que el colonialismo. Pero sin duda fue engendrada dentro de éste y, más aún, sin él no habría podido ser impuesta en la intersubjetividad del mundo, de modo tan enraizado y prolongado.” (idem).

5 No hay un término definitivo, algunos autores utilizan “Giro decolonial” o “Giro decolonizador”, no obstante, se refieren “a la transformación interior de la subjetividad colonizada, o, dicho de otra manera, a la recuperación y afirmación radical de la humanidad de sujetos a quienes se les ha negado su humanidad sistemáticamente. Esta afirmación es radical, y no sólo relativa, cuando abandona la idea normativa de humanidad y se aventura a ofrecer una concepción de lo humano a partir de la misma experiencia de sobrevivencia creativa y transformación frente a la modernidad/colonialidad. “Todo movimiento, toda rebelión, todo pensamiento que ha intentado restaurar la humanidad de los deshumanizados sin tomar la humanidad del colonizador moderno como la norma y promoviendo la generosidad y la acción conjunta entre los deshumanizados mismos y sus aliados pertenecen al pensamiento descolonizador y representan puestas en práctica diversas del giro decolonial”(Véase, Maldonado Torres, 2009).

6 Para Boaventura de Sousa, las cuatro grandes áreas de interés se resumen de la forma siguiente: La primera concierne al hecho de que vivimos en un tiempo de preguntas fuertes y respuestas débiles: Cada vez somos más conscientes de que nuestros horizontes de posibilidades están más limitados, de que quizás es necesario un cambio de civilización, sobre todo en la gestión ambiental, por ejemplo, de la cual ya no se habla en Europa por la crisis financiera, uno de los objetivos de la cual es precisamente acallar las aspiraciones ambientales; La segunda área hace referencia a las grandes contradicciones que existen en la actualidad: hace referencia a las grandes contradicciones que existen en la actualidad, y que los más jóvenes pueden sentir muy bien. Por un lado, vemos cómo las condiciones de vida actuales y las reuniones inter-gubernamentales por el cambio climático de Copenhague y de Cancún, por ejemplo, nos dan cuenta de ello traen consigo un sentimiento de urgencia por cambiar las cosas. Por el otro, y en contradicción, nos parece que los cambios tienen que ser de civilización, de largo plazo, ya que la situación actual no se resuelve en tres años; La tercera área es tenaz y tiene relación con la pérdida de los sustantivos: Durante mucho tiempo la teoría crítica tuvo palabras que sólo usaban los teóricos críticos, los pensadores de las alternativas. Hablamos de palabras como: socialismo, comunismo, luchas de clases, reificación, fetichismo de las mercancías, alienación;

más, para Boaventura, la modernidad está caracterizada por un equilibrio entre regulación y emancipación, convertidos en los dos pilares sobre los cuales se sostiene la transformación radical de la sociedad pre-moderna. Walter Mignolo también partirá de una epistemología pensada desde la periferia y desarrolla su crítica a la modernidad a partir del “pensamiento de frontera”, el tipo de pensamiento que introduce la subalternización del conocimiento y la racionalidad. “El proyecto de Mignolo es conducir una genealogía de las historias locales dirigidas a designios globales, posibilitando así otros designios desde otras historias locales que emergen del pensamiento de frontera y la diferencia colonial”. Tanto Mignolo como Santiago Castro Gómez se inscriben dentro del pensamiento que se ha denominado “decolonial”.

### **La historia de la modernidad: “temprana modernidad” y la “hegemonía mundial europea”**

Para Dussel la historia de la modernidad se traduce en dos etapas, las cuales se distinguen por el dominio de una civilización o región como centro geopolítico del sistema –mundo.<sup>7</sup> Por lo anterior Dussel identifica dos momentos de la modernidad: “la temprana modernidad” o “primera modernidad” y la “Hegemonía mundial de Europa” o “segunda modernidad”.

En la “temprana modernidad”, la modernidad es hispánica, humanista, renacentista, ligada todavía al antiguo sistema interregional de la cristiandad mediterránea y musulmana. A partir de este momento se concebirá la gestación del nuevo sistema-mundo, desde el paradigma antiguo del sistema interregional. Con el descubrimiento de América, España y Portugal despliegan su sistema- mundo a las nuevas tierras, siendo “la primera región de Europa que tiene la originaria experiencia de constituir al Otro como dominado, bajo el control del conquistador” (Dussel, 1994:17). Es en

---

eran palabras de un pensamiento crítico. En los últimos treinta años, la teoría crítica ha ido perdiendo todos los sustantivos hasta quedarse ahora con los adjetivos. Aquí estoy hablando de mis propios conceptos, y estoy haciendo autocrítica; y la cuarta y última relación fantasmal entre la teoría y la práctica: la teoría crítica ha propuesto una serie de alternativas con sujetos históricos conocidos, pero realmente quienes han producido cambios progresistas, en los tiempos más recientes, han sido precisamente grupos sociales totalmente invisibles para la teoría crítica eurocéntrica, esto es, las mujeres, los indígenas, los campesinos, los gays y lesbianas, los desempleados. Así, se ha negado el proceso histórico a un conjunto de gente, de actores que, además, no viven en las grandes ciudades urbanas, como pensábamos, siguiendo a Karl Marx. Es por eso que se produce una relación fantasmal entre la teoría y la práctica, ya que la teoría no habla con la práctica y la práctica no habla con la teoría. (Boaventura, De Sousa Santos, 2011:14-16).

<sup>7</sup> Dussel entiende por “Sistema-mundo” al “Sistema interregional”, entendiendo por región una alta cultura o civilización. A partir del sistema-mundo se interpretan los entes y el Otro partiendo de la totalidad de mis experiencias. Más adelante hablaremos del Sistema-mundo que el Doctor Dussel explicita en su Filosofía de la Liberación.

este momento cuando Europa se abre al mundo, no obstante, debemos de tener conciencia que esa Europa aún era periférica en referencia al espacio económico y cultural continental asiático.

En esta época se produce la colonialidad del poder, es decir, “el poder europeo bajo el peso de Oriente tiene por su parte su periferia colonial naciente” (Dussel, 2004): América Latina y África. Los indígenas americanos reciben el impacto de la primera globalización (conquista), se instaura el mito de la superioridad europea, así como el racismo, la explotación económica y dominación política —la colonialidad del poder—construyéndose perfectamente el “mito de la modernidad”.

Dicho mito consistirá en afirmar la superioridad cultural—europea/española— como la más desarrollada y se determina a la otra cultura —nativas americanas— como inferior, ruda, bárbara, por consiguiente, la dominación y explotación de ésta es necesaria para el bien del bárbaro que se civiliza, que se desarrolla o moderniza. Dussel nos brinda mayor claridad para entender el “mito de la modernidad”:

En esto consiste «mito de la modernidad», en un victimar al inocente (al Otro) declarándolo causa culpable de su propia victimización, y atribuyéndose el sujeto moderno plena inocencia con respecto al acto victimario. Por último, el sufrimiento del conquistado (colonizado, subdesarrollado) será interpretado como el sacrificio o el costo necesario de la modernización (Dussel, 1994).

Es así como “la temprana modernidad” se preguntará ante la conquista de América ¿Qué derecho tiene el europeo de ocupar, dominar, gestionar las culturas recientemente descubiertas, militarmente conquistadas y que están siendo colonizadas?(Dussel, 1998) la respuesta será objeto de una gran producción teórica filosófica, destacando a Ginés de Sepúlveda como promotor del “mito de la modernidad” y en defensa de los indios destacan la participación de Fray Bartolomé de las Casas, Fray Alonso de la Veracruz y Francisco de Vitoria entre otros. Sería el fraile dominico quien ante la expansión del sistema-mundo-periférico europeo sentenció que no se cuenta con el derecho y legitimidad ética alguna:

Dos maneras generales y principales han tenido los que allá han pasado, que se llaman *crístianos*, en extirpar y raer de la haz de la tierra aquellas miserandas naciones. La una por injustas, crueles, sangrientas y tiránicas guerras. La otra, después que han muerto todos los que podrían anhelar y suspirar o pensar la libertad, o en salir en los tormentos que pa-

decen, como son los señores naturales y los hombres varones (porque comúnmente no dejan en las guerras a vida sino los mozos y mujeres) oprimiéndoles con la más dura y áspera servidumbre en que jamás hombres ni bestias pudieron ser puestas [...] *La causa porque han muerto y destruido tantas y tales y tan infinito número de ánimas los cristianos, ha sido solamente por tener por fin último el oro y henchirse de riqueza en muy breves días, por la insaciable codicia y ambición que han tenido*(De las Casas, Bartolomé, 2016).

Cabe hacer mención, que toda la reflexión teórica y filosófica de mayor importancia de esta “temprana modernidad” ha pasado desapercibida por la llamada filosofía moderna.

Para Dussel la “temprana modernidad” europea, “la modernidad hispánica, humanista, dineraria, manufacturera y mercantil, se desarrolla solo con hegemonía sobre el atlántico, que todavía no es centro geopolítico del sistema-mundo” (Dussel,2004) —el cual los sigue siendo el mar de China en el sudeste asiático y el Indostán. Es una modernidad cuyo espacio mundial todavía es periférico respecto al mundo chino, musulmán e indostánico.

Es precisamente la caída del dominio de la región asiática dominadas por China y el Indostán, debido al efecto de la estructura china que impedía el ascenso de la burguesía que se tradujo en una crisis de política múltiple: bajos salarios y explosión demográfica- como consecuencia de la riqueza acumulada a partir de 1400 —que “la Revolución Industrial fue posible como fruto europeo articulado con un vacío” producido por el mercado chino—. “Este vacío trajo la posibilidad de ser llenado por una producción europea creciente que había ido preparándose desde finales del siglo XV” (Ibidem) debido a la extracción de mercancías provenientes de las colonias, sobre todo el oro y la plata que les servía como moneda de intercambio con el horizonte asiático. Es desde aquí, a partir de la Revolución Industrial —la cual ideológicamente se fundamenta en el fenómeno de la ilustración y el movimiento romántico— que Europa pasará a ser una “hegemonía mundial”, como ya se dijo, esto fue posible gracias al “ascenso de Occidente articulado con la decadencia del Este”. Dussel ubica en esta etapa al nacimiento de la “segunda modernidad” o “hegemonía mundial europea”, que con claridad no se hubiese podido dar sin la primera o la “temprana modernidad”.

Siguiendo a Dussel, la ilustración servirá para encubrir toda interpretación anterior de la antigua Europa desconectada, secundaria, periférica del mundo musulmán, chino e indostánico. Desde Hegel, Marx, Comte hasta Weber, incluyendo a Habermas, Lévinas, Foucault entre otros, el eurocentrismo brillará sin oposición. “Y dominará el mundo colonial con el «fasto

de la cultura occidental», como la expresión “desde siempre” del centro más desarrollado de la humanidad” (Ibidem:217).

En Hegel, por ejemplo, se justifica la aniquilación del Otro, como un *designio del espíritu europeo* debido a la inferioridad de los hombres de la “cultura natural”, así, la conquista de un país del Nuevo Mundo:

Se reduce a hacernos saber que se trataba de una cultura natural, que había de perecer tan pronto como el espíritu [europeo] se acercara a ella. América se ha revelado siempre y sigue revelándose impotente en lo físico como en lo espiritual. Los indígenas, desde el desembarco de los europeos, han ido pereciendo al soplo de la actividad europea. En los animales mismos se advierte igual inferioridad que en los hombres [...] Estos pueblos de débil cultura perecen cuando entran en contacto con pueblos de cultura superior y más intensa. En los Estados Unidos de Norteamérica, todos los ciudadanos son emigrantes europeos, con quienes los antiguos habitantes del país no pueden mezclarse (Robles, Fernando, 2012).

La exclusión de lo no europeo como criterio civilizador, dio a Europa dominación cultural e ideológica. “Lo no europeo terminó por desaparecer en toda consideración práctica y teórica” (Dussel, 2004). Es así como los mismos españoles y portugueses respecto de la “temprana modernidad” o los musulmanes, chinos e indostánicos respecto de su centralidad en el viejo mundo hasta el siglo XVIII, terminarán por aceptar la interpretación nord-eurocentrica<sup>8</sup>, expuesta por Hegel y reproducida por posteriores filósofos hasta la actualidad.

El universalismo abstracto de la modernidad: el surgimiento del racismo epistemológico

Entender al universalismo abstracto y su repercusión en lo concreto-material, se vuelve de suma importancia para la construcción de una teoría del Derecho que responda a la realidad material de los pueblos latinoamericanos, y que supere la visión eurocéntrica que las elites intelectuales del mundo jurídico reproducen en nuestros pueblos, ya que la filosofía de la modernidad ha contribuido a la constitución y reproducción del universa-

---

<sup>8</sup> La interpretación nord-eurocentrica se refiere en pensar a Europa como el centro y fin de la historia universal que para Hegel ha sido desde siempre. Además, para este filósofo el desarrollo histórico y cultural de las civilizaciones se explica del Este a Oeste, siendo el Oeste Europa como el máximo desarrollo del espíritu. Todo lo anterior se sintetiza en el siguiente texto de Hegel: “El espíritu Germánico es el Espíritu del Nuevo Mundo, cuyo fin es la realización de la Verdad absoluta [...] como autodeterminación [...] infinita de la libertad, que tiene por contenido su propia forma absoluta”. (Dussel, 1998:50)

lismo abstracto y a la des-corporalización del sujeto epistémico desde donde se enuncia la realidad, siendo por consiguiente eurocéntrica.

Al respecto Dussel nos brinda claridad sobre el tema:

El eurocentrismo consiste exactamente en constituir como universalidad abstracta humana en general momentos de la particularidad europea [...] La cultura, civilización, la filosofía, la subjetividad etc., moderno- europeas fueron tomadas como la cultura, la civilización, la filosofía, la subjetividad etc., sin más, humano universal abstracta (Dussel, 1998:67-68).

Siguiendo a Ramón Grosfoguel el *universalismo es abstracto en dos sentidos*: el primero (a) en el sentido de los enunciados, ya que es un conocimiento que se abstrae de toda determinación espacio temporal y pretende ser eterno, y el segundo (b), en el sentido epistémico del sujeto de enunciación, el cual es abstraído, vaciado de cuerpo y contenido, y de su localización en la cartografía de poder mundial, es un sujeto sin rostro ni localización espacio-temporal, el de la ego-política del conocimiento que ha continuado hasta nuestros días (Grosfoguel, Ramón, 2008).

Clasificar el universalismo abstracto en estos dos sentidos nos posibilita abordar mejor los planteamientos filosóficos provenientes de los principales filósofos modernos —Descartes, Kant, Hegel y Marx—, que como se mencionó líneas arriba, han contribuido en constituir la universalidad abstracta. En este punto, sólo analizaremos a cuatro filósofos los cuales hasta el día de hoy siguen siendo de gran importancia para la construcción del pensamiento moderno, nos referimos a Descartes, Kant, Hegel y Marx.

Descartes es considerado como el fundador de la filosofía moderna, entendía lo universal como un conocimiento eterno más allá del tiempo y el espacio, es decir, equivalente a la mirada de Dios —universalismo en sentido (a) — por consiguiente, todos los atributos del “Dios cristiano” quedaron localizados en el sujeto, en el “yo”. “Para poder reclamar la posibilidad de un conocimiento más allá del tiempo y el espacio, desde el ojo de Dios, era fundamental desvincular al sujeto de todo cuerpo y territorio, es decir, vaciar al sujeto de toda determinación espacial o temporal” (Ibidem:201)— universalismo en sentido (b) —. Por lo anterior, el dualismo en Descartes será eje fundamental de toda su filosofía. Dado que Descartes sitúa al sujeto individual como el fundamento de todo conocimiento —el lugar epistémico de enunciación— el monólogo interno del sujeto sin ninguna relación dialógica con otros seres humanos le permite hacer un reclamo de acceso a la verdad sui generis, es decir, como autogenerado, aislado de todas las relaciones sociales con otros seres humanos, por eso el sujeto cartesiano es denominado como solipsista.

Para Santiago Castro Gómez, con Descartes se inaugura la ego-política del conocimiento, dando paso a la filosofía del punto cero, “una filosofía donde el sujeto epistémico no tiene sexualidad, género, etnicidad, raza, clase, espiritualidad, lengua, ni localización epistémica en ninguna relación de poder y produce la verdad desde un monólogo interior consigo mismo sin relación con nadie fuera de sí” (Véase Castro-Gómez, Santiago, 2005).

En Kant, quien pretende resolver algunos de los dilemas del universalismo cartesiano, vemos la explicitación de lo eurocéntrico que en Descartes se encontraba implícito, lo anterior respecto al universalismo en sentido (b), ya que para Kant la razón trascendental solamente la tienen aquellos considerados como “hombres”. Pero ¿A quiénes consideraba Kant como hombres? Si partimos de sus escritos antropológicos (Kant, Immanuel, 2004) sabremos que la razón trascendental es masculina, blanca y europea, por lo tanto “los hombres africanos, asiáticos indígenas, sur-europeos (españoles, italianos y portugueses) y todas las mujeres (incluidas las europeas) no tienen acceso a la «razón»”. Kant al igual que Descartes mantiene el dualismo mente-cuerpo y el solipsismo cartesiano, si bien cuestiona el universalismo abstracto cartesiano— universalismo en sentido (a) — al limitarlo con la categoría espacio- temporalidad, afirma y explicita el eurocentrismo del universalismo en sentido (b).

Hegel en cambio, revoluciona la filosofía occidental durante las primeras tres décadas del siglo XIX, cuestionando el solipsismo y superando al dualismo. Al primero, lo supera situando al sujeto de enunciación en un contexto histórico-universal, mientras que al segundo lo supera al plantear la identidad del sujeto y el objeto. Hegel cuestionará el universalismo en el sentido (a), no obstante, continuará con ello y con el eurocentrismo ya explicitado por Kant en el universalismo de sentido (b).

Si queremos comprender el universalismo en el sentido (a) de Hegel, partamos en que, para el filósofo alemán, el movimiento del pensamiento va de lo abstracto a lo concreto. El desarrollo de las categorías corre paralelo a la historia universal, siendo ésta una expresión de la primera. “Las categorías o conceptos se deducen a partir de las mediaciones, contradicciones y negaciones del pensamiento y se mueven de universales abstractas hacia universales concretas” (Grosfoguel, Ramón, 2008). Por negación de categorías, Hegel no entiende desaparición de las mismas sino subsunción, es decir, que “las categorías simples se mantienen como determinaciones de las categorías más complejas”. A través de ese movimiento, Hegel pretende llegar a un Saber Absoluto válido más allá de todo tiempo y espacio.

En el método dialéctico hegeliano vemos una maquinaria epistémica que va a subsumir y transformar toda alteridad y diferencia en parte de lo mismo, hasta llegar al Saber Absoluto, siendo Europa “el inicio y fin de la historia mundial” y casualmente el representante máximo será Hegel, pues

para él, de ahí en adelante nada nuevo puede ser producido a nivel del pensamiento y de la historia humana.

El Saber Absoluto, afirmará el universalismo en el sentido (b) y continuará con el racismo epistemológico, ya que éste solo podrá ser alcanzado por un hombre-blanco-cristiano-heterosexual-europeo, y la multiplicidad de las determinaciones del Saber Absoluto son subsumidas al interior de la cosmología / filosofía occidental. Grosfoguel, sintetiza bien esta cuestión al decir que:

Nada queda fuera como alteridad en el Saber Absoluto hegeliano [...] Filosofías otras como las orientales son despreciadas y en el caso de filosofías indígenas y africanas no son dignas de ser llamadas filosofía pues el Espíritu Universal nunca pasó por allá (Ibidem:205).

Finalmente, Marx criticará el universalismo hegeliano, así como su movimiento dialéctico y pese a que le dará un giro materialista, seguirá manteniendo el universalismo en el sentido (b). Marx reconoce el movimiento de lo abstracto a lo concreto, sólo que este no es un movimiento simplemente de categorías filosóficas sino de categorías de la economía política, dichas categorías para Marx tendrán gran primacía sobre su pensamiento, además hay un movimiento anterior al elevarse de lo abstracto a lo concreto que Hegel no reconoce y Marx sí, se trata del movimiento de lo concreto hacia lo abstracto, es decir, “desde la percepción sensorial y realidad empírica situada en un momento de la evolución de la economía política y la lucha de clases hacia las categorías más abstractas” de las cuales deduce la realidad.

En este sentido, para Marx el movimiento del pensamiento en un primer momento va de lo concreto hacia lo abstracto para producir categorías simples y en segundo momento hace el retorno de lo abstracto hacia lo concreto para producir categorías complejas.

Lo que Marx mantiene en común con los filósofos anteriormente expuestos, es el universalismo en el sentido (b), ya que el sujeto epistémico desde el cual se enuncia si bien es el proletariado, no problematiza el hecho de que dicho sujeto sea europeo, masculino, heterosexual, blanco, judío-cristiano, etc. La diversidad cosmológica y epistemológica, así como la multiplicidad de relaciones de poder sexual, de género, racial, espiritual, no queda incorporada ni situada epistémicamente en su pensamiento. Grosfoguel, nos da claridad respecto a este punto:

En Marx, en el universalismo epistémico de segundo tipo [sentido (b)], el sujeto de enunciación queda oculto, camuflado, escondido bajo un nuevo universal abstracto que ya no es «el hombre», «el sujeto trascendental», «el yo», sino «el

proletariado» y su proyecto político universal es «el comunismo». De ahí que el proyecto comunista en el siglo XX fuera desde la izquierda otro diseño global imperial / colonial que bajo el imperio soviético intentó exportar al resto del mundo el universal abstracto del «comunismo» como «la solución» a los problemas planetarios (Ibidem:207).

Concluimos, destacando que cualquier propuesta que se construya a partir del universalismo global, es decir, del sistema-mundo hegemónico, no escapará de ser un diseño global-imperial, que seguirá reproduciendo al racismo epistemológico —universalismo en sentido (b)— el cual considera inferiores a todas las epistemologías no-occidentales y encubre quién habla y desde dónde se habla en las relaciones del poder global.

### **El Derecho en la modernidad**

Una vez delimitado nuestro aparato teórico -filosófico crítico de la modernidad, pasaremos al análisis del Derecho en base a ello, lo que nos posibilitará criticar al Derecho moderno desde la exterioridad latinoamericana.

Siguiendo las líneas antes expuestas, la modernidad tiene dos momentos, el primero denominado la “temprana modernidad” o “primera modernidad”, que como ya se dijo inicia desde el descubrimiento de América, resaltando que para ese momento Europa aún no se vuelve el centro geopolítico del sistema-mundo. Y el segundo, denominado “la hegemonía mundial de Europa” o “segunda modernidad”, la cual da inicio con la Revolución Francesa y es cuando gracias a la caída del Este provoca que el Occidente (Europa) se convierta en el centro de la hegemonía mundial.

La evolución histórica del derecho será entendida desde este criterio histórico moderno, y, además, por ser parte de la modernidad también estará constituida por los vicios de ésta como: *el universalismo abstracto y el eurocentrismo*.

Como se señaló con anterioridad, “la primera modernidad” se preguntará ante la conquista de América: ¿Qué derecho tiene el europeo de ocupar, dominar, gestionar las culturas recientemente descubiertas, militarmente conquistadas y que están siendo colonizadas?, la respuesta será objeto de una gran producción teórica filosófica, destacando a Ginés de Sepúlveda y Fray Bartolomé de las Casas, además de Fray Alonso de la Veracruz y Francisco de Vitoria, entre otros.

El resultado de estas controversias afectó el sentido del derecho, por eso no es extraño que el Derecho Indiano juega respecto de los nativos americanos o indios un doble rol: *de protección y sometimiento*.

Es de *protección* porque a partir de la Junta de Burgos (1512) se hace la reiteración de que “el indio es un ser libre con plenitud de derechos y capacidad”. Esta declaración va en contra de los viejos principios del Dere-

cho Medieval que considera a los “infiel salvajes” sin capacidad jurídica. Además, siguiendo a De la Torre Rangel:

Se prohíbe la esclavitud para los indios [...] Por otro lado, y ya aparece desde las Leyes de Burgos, se dictan normas de protección para los indios, tratando de contrarrestar la violencia y ambición de los conquistadores. Este Derecho proteccionista se basa en el principio de que, en justicia, se debe tratar desigual a los desiguales (De la Torre, Rangel, 2007:57).

Sin embargo, el Derecho Indiano también es de *dominación* porque si bien se consideraban a los indios como jurídicamente libres, existían otras disposiciones de derecho que colocan a los indios en un franco sometimiento, como la obligación de pagar tributos a la Corona derivada de la institución de la encomienda, que en muchas ocasiones convierte al indio en una especie de esclavo de hecho. Por lo anterior, coincidimos con Dussel cuando afirma que “América Latina quedará marcada por el legalismo perfecto en la teoría y por la injusticia y la inadecuación de la Ley en los hechos” (Dussel, 1972).

No obstante, cuando Europa se convierte en el centro geopolítico del sistema-mundo fundamentado en la ideología de la ilustración, que posibilitará el pensamiento filosófico de la Revolución Francesa, y el romanticismo alemán, aunado a la consolidación de la Revolución industrial, el derecho es transformado amparando las nuevas prácticas de la ideología burguesa.

La burguesía triunfante, postula el reconocimiento de los “derechos naturales del individuo”: libertad, seguridad jurídica y propiedad dentro de un régimen de igualdad ante la ley. En efecto:

*Por igualdad se entiende-* las “posibilidades legales, aunque no económicas para recibir educación, desempeñar cargos públicos, de contraer matrimonio, etc.” (De la Torre, Rangel, 2006,)

Se constituye un reconocimiento común de ciudadanía ante la ley.

*Por libertad se entiende-* “que existe un derecho a trabajar sin sometimiento a normas gremiales; así como el contratar trabajo, entre patrón y obrero, en los términos de las voluntades “libres” que ambos convengan” (Ídem) En el terreno político la libertad adquiere el significado de “libertad de expresión”.

*Por propiedad se entiende-* “la medida de la capacidad individual de tener un poder excluyente sobre su persona y las cosas que pueda adquirir, ajustándose a las condiciones generales de la competencia por lo que habrá de ser libre, es decir no excluida por disposiciones restrictivas del mercado” (Ídem). El titular de la propiedad será el individuo que no reconocerá limitación alguna a su derecho, el cual se declara como “absoluto, sagrado e inviolable”

*Por seguridad se entiende-* la certeza en la eficacia de sus derechos como individuo.

Este derecho moderno, que se consolida con la Revolución Francesa, parte de una concepción individualista liberal del ser humano y de la sociedad. La burguesía, quien en un principio fue consolidándose por el crecimiento de la influencia de los mercados, siendo la sociedad feudal un obstáculo para su consolidación, lucha primero por sobrevivir y después por convertirse en clase hegemónica.

En el ámbito iusfilosófico, el derecho moderno se distancia de la Escuela del Derecho Clásico Cristiano, representando una tradición Iusnaturalista distinta- iusnaturalismo moderno o racionalista- la cual es individualista y eminentemente racionalista. La Nueva Escuela del Derecho Natural cuya fundamentación filosófica será el Iusnaturalismo moderno, difundió la idea de los derechos subjetivos, que no existía en la tradición jurídico romana. Estos derechos subjetivos, comprendidos en el derecho a la libertad van alcanzar su máxima proclamación con el triunfo final de la burguesía, surgiendo así, en la Revolución Francesa perfectamente definido el sistema liberal individualista, fundamento del capitalismo moderno.

Para Jesús Antonio de la Torre Rangel, la Escuela del Derecho Natural obtiene tres resultados determinantes que caracterizarán al derecho moderno:

Primero: la igualdad de todos los hombres, al consagrar los derechos subjetivos desconocidos para el Derecho romano.

Segundo: *la codificación del Derecho en normas generales, abstractas e impersonales*, dictadas por el Estado legislador que llegará a identificar— con el positivismo del siglo XIX—Derecho con la Ley; vacía al Derecho, en consecuencia, de toda idea de justicia.

Tercero: la creación del derecho público paralelo al derecho privado, como garantizador de los derechos subjetivos y de igualdad formal, proclamados por el “Derecho Natural”.

La modernidad insertará al Derecho su carácter de *universalismo abstracto*, ocasionando que el derecho moderno este formado por normas que tienen característica de ser generales, abstractas e impersonales.

*Es general*, porque se elabora para un número indefinido de personas y de actos o hechos, los cuales se aplican durante un tiempo indeterminado- universalismo abstracto en el sentido (a). *La abstracción* implica que el legislador al momento de crear la norma no tenga presentes los casos concretos a que vaya aplicarse la misma, y por consiguiente no parta de la realidad concreta material para su enunciación —el universalismo abstracto en sentido (b) — si no que parte del sujeto abstracto, vaciado de cuerpo y contenido al cual va aplicar la norma. Como consecuencia de la generalidad

y abstracción, la norma es impersonal, ya que comprende a un número indefinido de personas a las cuales se aplica.

Finalmente, siguiendo a De la Torre, la concepción moderna del derecho es unívoca, debido a que ésta redujo al derecho a la ley que procede del Estado, por lo que se niega al pluralismo jurídico y la variedad de fuentes formales de derecho. “*Derecho es igual a la ley del Estado y la ley del Estado es igual al derecho*” (Ibidem:92).

### **Ejemplo del Derecho Moderno en México**

Será el caso mexicano que tomaremos como ejemplo para analizar la penetración del individualismo liberal – uno de los pilares del Iusnaturalismo moderno- en América Hispana. Continuando con el Derecho Indiano, tras emerger en la “temprana edad moderna” e insertarse en el surgimiento y consolidación de la “hegemonía mundial de Europa”, los nacientes Estados independientes liderados por las elites criollas, fueron introduciendo las corrientes liberales y los preceptos de la Escuela del Derecho Natural, dando paso a lo que Walter Mignolo, enuncia como la “doble conciencia criolla”:

[...] Mignolo está convencido que el principio de doble conciencia es la característica del imaginario del mundo moderno-colonial desde las márgenes de los imperios. Para él, la emergencia del «hemisferio occidental» marcó la inserción de los criollos descendientes de europeos en el imaginario colonial [...] El criollo blanco afirmará su diferencia en relación a Europa en términos políticos o culturales más nunca fenotípicos [...] La especie dirigente es, antes que nada, la que viene de afuera, la que no se parece a los autóctonos, a los otros (Martínez, Andrade, 2009).

La “doble conciencia criolla” generada por los proyectos independentistas de principios del siglo XIX, e influenciados por la Ilustración europeizante, encuentra su proyección en el imaginario de la Otriedad indígena, evaluada como minusválida y atrasada por las distintas elites —blancas o mestizas— en el poder.

Es así, como el Derecho Indiano será interpretado desde los preceptos de la Escuela del Derecho Natural, manifestándose en los nuevos ordenamientos elaborados por las elites emancipadas de origen criollo y mestizo, ya con las características de la juridicidad moderna: *generalidad, abstracción e impersonalidad*.

En México, el triunfo definitivo del derecho moderno se logra con la promulgación de la Constitución de 1857, prototipo de ley fundamental de corte liberal, en donde se enuncia la igualdad ante la ley y la seguridad frente a la misma.

Para De la Torre Rangel, el liberalismo jurídico produjo en México:

Las leyes de desamortización; la constitución de 1857; aparejada a ésta, una interpretación individualista del Derecho por los tribunales; y las leyes sobre baldíos. Este Derecho privatizó la propiedad agraria, fueron funestas las consecuencias para las comunidades indígenas y los pequeños propietarios pobres. (De la Torre Rangel, 2006:88)

La ley de Desamortización, tenía como objetivo acabar con la acumulación excesiva de las tierras sobre todo por parte de las comunidades eclesiásticas y lograr así su circulación mercantil. Lo anterior se manifiesta en la ley expedida por el entonces presidente Ignacio Comonfort:

Todas las fincas rústicas y urbanas que hoy tienen o administran como propietarios las corporaciones civiles o eclesiásticas de la República, se adjudicarán en propiedad a los que las tienen arrendadas, por el valor correspondiente a la renta que en la actualidad pagan, calculada como rédito al seis por ciento anual [...] Bajo el nombre de corporaciones se comprenden todas las comunidades religiosas de ambos sexos, cofradías y archicofradías, congregaciones, hermandades, parroquias, ayuntamientos, colegios, y en general todo establecimiento o fundación que tenga el carácter de duración perpetua o indefinida[...] Desde ahora en adelante, ninguna corporación civil o eclesiástica, cualquiera que sea su carácter, denominación u objeto, tendrá capacidad legal para adquirir en propiedad o administrar por sí bienes raíces, con la única excepción que expresa el artículo 8o., respecto de los edificios destinados inmediatamente y directamente al servicio u objeto de la institución [...] (Procuraduría Agraria, pp. 614-632)

No obstante, esta desamortización si bien tocó los bienes eclesiásticos los cuales eran en suma excesivos, también tocó a los ayuntamientos y a las comunidades indígenas, privándolas de personalidad jurídica. “La propiedad comunal indígena fue desamortizada con iguales procedimientos y los pueblos fueron despojados de sus antiguas propiedades” (De la Torre Rangel, 2006), terminando así la protección a las propiedades comunales de los pueblos que el Derecho Indiano les otorgaba.

La igualdad, la generalidad y la abstracción del derecho moderno quedaron definitivamente consagrados con la juridicidad individualista liberal mexicana.

### El derecho desde la «exterioridad latinoamericana»

La exterioridad, es una categoría que permite ajustar al derecho a la realidad latinoamericana. Esta puede ser definida como el ámbito desde donde el Otro ser humano, como libre e incondicionado a mi sistema y que no es parte de mi mundo, *se revela*.

Dussel piensa al Otro como originariamente lo piensa el filósofo lituano Emmanuel Lévinas. Sólo que para Dussel el Otro de Lévinas cae en lo equívoco y él propondrá al inequívocamente Otro<sup>9</sup>.

Lévinas entonces, propone pensar al Otro de la forma siguiente:

El Otro no es Otro con una alteridad relativa como, en una comparación, las especies, aunque sean últimas, se excluyen recíprocamente, pero se sitúan en la comunidad de un género, se excluyen por su definición [...] La alteridad del Otro no depende de una cualidad que lo distinguiría del yo [...] Y sin embargo, el Otro no niega pura y simplemente el Yo: la negación total, cuyo intento y tentación es el asesinato, remite a una relación previa[...] El Otro permanece infinitamente trascendente, infinitamente extranjero, pero su rostro, en el que se produce su *epifanía* y que me llama, rompe con el mundo que puede sernos común[...] (Lévinas, 2002:207-208).

Para Dussel, la exterioridad al igual que Lévinas, es permanecer infinitamente trascendente al Otro, es una metáfora espacial, el ser humano en cualquier sistema- mundo del Otro es siempre trascendental, está más allá del ser, más allá de la comprensión de mi mundo, porque yo no tengo la totalidad de las experiencias del mundo del Otro, sería imposible, por eso es infinitamente extranjero. El Otro es la alteridad de todo sistema posible, más allá de lo “mismo” que la totalidad es.

Desde esa totalidad capitalista del sistema-mundo hegemónico, cuyo fundamento es el valor que se valoriza, se niega la alteridad del Otro tomando su exterioridad para incorporarlo a la totalidad dominante (subsumirlo) como mediación. El Otro deja de ser Otro y es subsumido en “lo mismo”, pasando a ser un “ente” al que puedo dominar o explotar. La totalización de la exterioridad es la expansión dialéctica-dominadora de lo “mismo”, que “asesina” al Otro y lo totaliza en lo “mismo”, es decir, lo subsume<sup>10</sup> en lo “mismo” que es la identidad del sistema.

---

<sup>9</sup> Lévinas habla siempre del Otro como “absolutamente Otro”, tiende entonces hacia la equívocidad. Por otra parte, nunca ha pensado que el Otro pudiera ser el indio, un africano, un asiático. El otro, para nosotros, es América Latina con respecto a la totalidad europea; es el pueblo pobre y oprimido latinoamericano con respecto a las oligarquías dominadoras y sin embargo dependientes. (Véase, De la Torre Rangel, 2001: 89).

<sup>10</sup> Subsumir, es una categoría de la Filosofía de la Liberación de Dussel y significa la negación que hace el sistema de la corporalidad del ser humano y lo incorpora a este como mediación de su fundamento, Dentro de la subsunción se encuentra la alienación, es un momento de éste.

Por ejemplo, la existencia del pobre o del indígena, pensada desde la totalidad dominante, sólo puede explicarse como parte de una totalidad a la que no han sido capaces de integrarse adecuadamente, son diferentes de la clase dominante y el sistema da por natural la existencia de ellos. En cambio, si privilegiamos el pensamiento desde la exterioridad latinoamericana, veremos que los rostros de ambos aparecen ajenos a esa totalidad, pues poseen una especificidad radical, que, como tal, no pueden hacer más que poner en cuestión al sistema que los excluye e introducir la novedad para crear una totalidad radicalmente nueva.

Por consiguiente, pensar desde la exterioridad implica un compromiso abierto e inmediato a favor de aquel que con su palabra o con el gesto significativo nos interpela y nos llama a asumir el compromiso ético que permita ser Otro al Otro, de lo anterior se desprende una Ética de la Alteridad, basada en la responsabilidad que tengo por el Otro y la conducta que le es debida, pues la relación entre el Yo viviente y el Otro, es el nexo fundante de la justicia.

Dussel nos señala ya los pasos en su obra la ética de la liberación:

Primero: oír la voz del Otro, para ello se requiere de ser ateos del sistema (descubrir su fetichismo) y respetar al Otro como Otro, como es lo único sagrado y digno de respeto sin límite. Segundo: hacerse cargo del Otro, hacerse responsable. Se expone al hombre justo a los ataques del sistema, que se siente atacado por su apertura, exposición y gratuidad. Es visto como el destructor del orden.

Tercero: praxis de liberación. Aquí ya la acción liberadora se dirige al Otro, simultánea de un trabajo a su favor (Dussel, 2011:68).

Ese *saber oír*, deviene necesariamente en un *saber interpretar*, mismo que no se reduce a una mera contemplación teórica sobre el Otro como víctima, pobre o excluido, sino que significa la irrupción de una praxis de liberación que, como tal, trata de modificar las condiciones generales de la opresión, es también un *saber servir*.

Hasta aquí, podemos dar respuesta a lo que significa pensar al derecho desde la exterioridad y por qué desde la exterioridad latinoamericana.

Como ya habíamos mencionado en la introducción, pensar al derecho desde la exterioridad posibilita enfrentar a los problemas de la modernidad desde un marco categorial distinto al moderno, una revalorización de las epistemologías que son exteriores a la totalidad como el pluralismo jurídico – superando al universalismo en sentido (a)- que transgreda a la totalidad dominante, comprometiendo al derecho con los procesos liberadores y con el pleno reconocimiento de la alteridad del Otro, de la justicia y del derecho

a la vida con dignidad, es decir, corporalizando al sujeto que es el inequívocamente Otro- superando el universalismo en sentido (b).

Si partimos de esta fundamentación propuesta, descubriremos que el Otro –sujeto del derecho- no es ya un “yo” cerrado (ego cartesiano) sino más bien un “yo abierto”. En este contexto como nos lo marca el Doctor Rosillo (Rosillo Martínez, 2013), la subjetividad moderna (ego cartesiano) es parte de la totalidad que sólo reconoce derechos a los mismos, no al inequívocamente Otro al que la totalidad considera extraño, ajeno y hasta peligroso para el sistema. Ese Otro, aunque exija las mismas necesidades de los mismos es catalogado de delincuente; por eso se criminalizan las protestas y las luchas sociales, por eso las praxis de liberación se reprimen.

Pensar la exterioridad desde América latina, permite corporalizar al sujeto de la acción, partiendo de un sujeto histórico, material y concreto, posibilitando enunciar al derecho desde las víctimas del sistema, desde el inequívocamente Otro, es decir, desde los indígenas, negros, mujeres, obreros, campesinos, ancianos, etc., desde todo aquel que gracias a las condiciones materiales de nuestros pueblos le son negados su producción, reproducción y desarrollo de vida en comunidad. A este Otro, que en justicia se le deben cosas y conductas, se le debe su derecho, y entre el Otro, y el inequívocamente Otro -persona negada, la víctima del sistema-mundo- existen iguales derechos comunes en su reconocimiento, pero en donde al inequívocamente Otro le son negados en la eficacia histórica de esos derechos.

## Conclusión

Como vimos, la filosofía de la modernidad ha contribuido a la constitución y reproducción de la universalidad abstracta y a la des-corporalización del sujeto epistémico desde donde se enuncia la realidad. Siendo por consiguiente eurocéntrica, pues la cultura, civilización, filosofía y subjetividad de la modernidad europea fueron tomadas como lo humano universal. Por consiguiente, el pensamiento de la modernidad dotó al derecho su carácter de universalismo abstracto, ocasionando que el Derecho moderno este formado por normas que tienen característica de ser *generales, abstractas e impersonales*.

Por lo anterior, presentamos una crítica al Derecho moderno desde la exterioridad, la cual posibilita pensar al derecho desde un locus epistemológico adecuado a la realidad latinoamericana. Dando paso a una revalorización de las epistemologías que son exteriores a la totalidad como el pluralismo jurídico, y a un compromiso por parte del derecho con los procesos liberadores y con el pleno reconocimiento de la alteridad del Otro, de la justicia y del derecho a la vida con dignidad, es decir, con la corporalización del sujeto – un sujeto histórico, concreto y material- pensando al derecho desde el inequívocamente Otro.

## Bibliografía

ARTURO, E. (2003) Mundos y conocimientos de otro modo. El programa de investigación de modernidad/colonialidad latinoamericano. *Tabula Rasa*, (1), pp. 51-86.

DE LAS CASAS, B. (2016). *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*. Recuperado de <http://aix1.uottawa.ca/~jmruano/relacion.pdf>

CASTRO-GÓMEZ, S. (2005). *La poscolonialidad explicada a los niños*, Colombia, Editorial Universidad del Cauca.

DE LA TORRE RANGEL, J.(2007). *El uso alternativo del derecho por Bartolomé de las Casas*, San Luis Potosí, CEDH, UASLP, CENEJUS, CRT.

----- (2001). *Derechos Humanos desde el Iusnaturalismo Histórico Analógico*, México, Porrúa.

----- (2006). *El derecho como arma de liberación en América Latina*, San Luis Potosí, UASLP, CENEJUS, CEDH.

DUSSEL, E. (2000). *Europe, Modernity, and Eurocentrism*. Napanla.

----- (2004). “Sistema-mundo y transmodernidad” en *Modernidades coloniales*, México, El Colegio de México.

----- (1994). *El encubrimiento del indio: 1492. Hacia el origen del mito de la modernidad*, México, Cambio XXI.

----- (1998) *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*, Madrid, Trotta.

----- (1972). *Historia de la Iglesia en América Latina*, Barcelona, Nova Terra.

----- (2011). *Filosofía de la Liberación*, México, FCE.

GROSGOUEL, R. (2008). Hacia un pluriversalismo transmoderno decolonial. *Tabula Rasa*. Buenos Aires.

HOUTART, FRANÇOIS (2015). *El bien común de la humanidad*, San Luis Potosí, UASLP-CENEJUS-Mispat.

KANT, I.L (2004). *Antropología*, Madrid, Alianza Editorial.

LÉVINAS, E. (2002). *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad*, Salamanca, Ediciones sígueme.

----- (2009). *Humanismo del otro hombre*, México, XXI.

MALDONADO TORRES, N. (2009). “El pensamiento filosófico del giro descolonizador”. In: Dussel Enrique, Mendieta, et al., (Coord), *El pensamiento filosófico latinoamericano, del Caribe y latino [1300-2000]*, México, Siglo XXI, CREFAL.

MARTÍNEZ ANDRADE, L. (2016). “La reconfiguración de la colonialidad del poder y la construcción del Estado-nación en América Latina”, en *Amérique Latine Histoire et Mémoire. Les Cahiers ALHIM*. Recuperado de <http://alhim.revues.org/2878>

PROCURADURÍA AGRARIA (2016). *Ley de Desamortización de Bienes de Manos Muertas*. Recuperado de <http://www.pa.gob.mx/publica/MARCO%20LEGAL%20PDF/LEY%20DESAM%20BIE%20MAN%20MUER.pdf>

QUIJANO, ANÍBAL, (2014) “Colonialidad del poder y clasificación social” en *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*, Buenos Aires, CLACSO.

ROBLES, FERNANDO (2012) “Epistemologías de la Modernidad: entre el etnocentrismo, el racionalismo universalista y las alternativas latinoamericanas”. *Cinta de Moebio*, (45).

ROSILLO MARTÍNEZ, ALEJANDRO (2013). *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*, México, ITACA.

SALAMANCA SERRANO, ANTONIO (2011). *Teoría socialista del Derecho (Iusmaterialismo)*. Tomo II, Ecuador, Editorial Jurídica del Ecuador.

BOAVENTURA, SOUSA SANTOS (2005). *El milenio del huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Madrid, Trotta.

----- (2011). *Epistemologías del Sur*, Madrid, Trotta.

WOLKMER CARLOS, ANTONIO (2006). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, San Luis Potosí, UASLP, CEDHSLP, ILSA.

## **La Prueba Pericial**

### **Consideraciones sobre la prueba pericial y su valoración en la decisión judicial**

**Por Martorelli Juan Pablo**

Sumario: I.- Introducción. II.- La pericia como medio de prueba. Rol e imparcialidad del perito. Dictamen pericial. III.-Valoración del informe pericial en la decisión judicial. IV.- Palabras de cierre.

#### **I.- Introducción**

El inicio de un proceso judicial en donde se plantean hechos controvertidos, las partes interesadas deben acercarse al expediente todos los medios de prueba que intentan valerse para alcanzar la pretensión que persiguen. Como el juez no tiene un conocimiento directo de los hechos, la ley le posibilita conocerlos por medio de estas herramientas legales denominadas medios de prueba.

Siempre que no hubiere conformidad entre las partes respecto de los hechos alegados o existieren hechos controvertidos, el juez debe decretar la apertura a prueba o recibir la causa a prueba (art.358, CPCCBA). Abierta la etapa de prueba, se deberán realizar todas las diligencias necesarias para que el juez pueda, a través de estos medios, conocer y apreciar indirectamente los hechos.

Los medios de prueba pueden definirse como las herramientas legales para la comprobación de la verdad de aquellos hechos controvertidos, del cual se pretende hacer valer un derecho dentro de un proceso. Dentro de dichos medios se encuentra la prueba pericial.

La pericia como actividad consiste principalmente en "la aplicación de los conocimientos del experto a un supuesto concreto, emitiendo un parecer, evacuando una opinión o facilitando una información"(Flores, 2005:128). La peritación es una actividad procesal desarrollada, en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del juicio, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos o científicos, que se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes del común de la gente. "lo que distingue a la pericia del resto de los medios de prueba es que la pericial intenta lograr la convicción del tribunal respecto de hechos técnicamente complejos, o sobre aspectos especializados de hechos determinados" (Idem:132).

La prueba pericial se enmarca, dentro de lo que se denomina la prueba científica, la que goza de un alto poder de fiabilidad. La valoración que el juez efectúa del informe de peritos se realiza conforme a las reglas de la sana

crítica, y sin que por ella esta prueba deba prevalecer sobre el resto de las pruebas allegadas al proceso, valorándose la misma en su conjunto.

En este trabajo me propongo abordar los aspectos concernientes a la prueba pericial y su valoración para el arribo de la decisión judicial.

## **II.- La pericia como medio de prueba. Rol de imparcialidad del perito. Dictamen pericial**

### **1.- la prueba pericial como actividad procesal**

En todo proceso con hechos controvertidos, las partes para poder lograr su pretensión ofrecen diferentes medios de prueba, contemplados en la ley y los códigos de procedimientos, como armas para conseguir convencer al juez del litigio. Un efectivo acceso a la justicia está dado por procurar una igualdad de armas entre los litigantes. Por tanto, el "acceso" no significa, únicamente, reconocer cada vez en mayor medida los derechos sociales fundamentales, sino que constituye la columna vertebral de todo el derecho procesal civil de hoy en día (Capelletti, 1983:21).

Es decir, que en la indagación de los hechos controvertidos, la prueba es un aspecto esencial de la función jurisdiccional, y de la vida del proceso.

Dentro de los medios de prueba receptados por nuestros códigos de rito, para poder lograr una apreciación consciente y razonable de los hechos por parte del juzgador es casi imposible sin la aplicación de algún conocimiento técnico o científico. Y la forma más común de acercar este conocimiento al órgano jurisdiccional es a través de la prueba pericial. Es por ello que los sistemas procesales contemplan la participación de profesionales o técnicos, conocedores y estudiosos en profundidad de un tema, que pueda aportar su saber al órgano judicial para establecer una verdad (idealmente objetiva), ya sea por el uso de pruebas técnicas o por medio de la experiencia, que determinan un hecho.

A través de la doctrina se ha señalado que el peritaje es la actividad realizada por personas especialmente calificadas, distintas e independientes de las partes y del juez del proceso, por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante el cual se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o entendimiento escapa a las del común de las gentes. Es una prueba ilustrativa sobre alguna materia técnica, que escapa al conocimiento del magistrado (Falcón, 2003:4).

El perito es el tercero, calificado y capacitado técnicamente idóneo, quien es llamado a dar su opinión y dictamen fundado en un proceso, acerca de la comprobación de hechos cuyo esclarecimiento requiere conocimientos especiales sobre determinada actividad, técnica o arte, del cual es ajeno el juez.

## 2.- El rol del perito y la garantía de imparcialidad

La cuestión del rol que desempeña un perito en el marco de un proceso, se radica en que los mismos proporcionan sus conocimientos técnicos como consecuencia de su preparación profesional, ellos no han presenciado el suceso ni tienen referencias de ello, sino que son meros portadores de un conocimiento científico o artístico puestos al servicio de la justicia, no tiene que transcribir observaciones concretas del suceso objeto de investigación.

Es por esto que los peritos deben ser titulados, es decir, deben poseer un título oficial habilitante, que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Sólo cuando la pericia se refiera a materias no comprendidas en títulos profesionales oficiales se admite el informe de peritos no titulados, que habrán de ser nombrados entre “personas entendidas” en la materia de que se trate. Lo dicho es relevante, porque a la prueba de peritos están asociados una serie de problemas que no se presentan cuando se trata de la aplicación de otros medios de prueba y a los que debe buscarse solución siempre considerando el objetivo final de la institución, su valoración.

Carnelutti (1990) hacía alusión a la importancia que revestía el hecho de distinguir los peritos de los testigos, estableciendo que el testigo solo relata, refiere, narra hechos; en tanto que el perito expresa juicios debido a algún conocimiento propio de su profesión y que el juzgador desconoce, considerando además que

el perito es un sujeto, el testigo es un objeto del proceso; el uno y el otro proporcionan al juez noticias, pero el origen de estas es diverso: la ciencia del perito se forma en el proceso, y la ciencia del testigo fuera del proceso, en el sentido de que el primero actúa para lograrla en cumplimiento de un encargo del juez y el segundo sin encargo alguno. (565)

La prueba pericial se encuentra regulada en los artículos 457 y siguientes del Código de Procesal Civil, en donde se enmarca legalmente el rol de dicho medio de prueba, el sistema de nombramiento de los peritos, aceptación de su cargo y la forma en que deben evacuar el informe pericial.

La imparcialidad es un elemento esencial del debido proceso, que afecta la actitud del juez con las partes, incidiendo específicamente en la forma en que el juez ejerce su obrar a los casos que se le someten. La exigencia de un actuar imparcial también se hace extensiva a todo aquel que de una u otra forma intervenga en el proceso, es decir, a los testigos, a los peritos. El perito debe mantener su independencia de criterio y el dictamen ser imparcial. Los vínculos personales con las partes y el interés económico

que pueda tener en el resultado de la causa, son motivos serios para dudar de la sinceridad del perito. Lo que se busca a través de la garantía de la imparcialidad, es que no se desvirtue en el proceso su figura de tercero, evitando que por determinadas circunstancias, pueda llegar a dictaminar la cuestión favoreciendo a una de las partes, dejándose llevar por sus vínculos de parentesco, amistad, enemistad, interés en el objeto del proceso o estrechez en el trato con uno de los justiciables, sus representantes o sus abogados, siendo causales de recusación, remoción u apartamiento (conf. Art.462,463,468 y concordantes CPCCBA).

La finalidad de la prueba de peritos, consiste en acreditar los hechos que fundamentan las pretensiones de las partes en el proceso, con la particularidad, de que el objeto de la prueba pericial son hechos que no son del común saber de las partes o del juez, de modo que el perito, mediante su informe o dictamen, proporciona al tribunal los conocimientos técnicos necesarios para la valoración de los hechos objeto de la controversia. Se garantiza el mínimo necesario de imparcialidad científica, objetiva, que debe concurrir en el trabajo de examen y emisión del dictamen pericial, cuando el perito actúa conforme con los criterios válidos y vigentes en la disciplina que se trate y los aporta al órgano judicial para su valoración.

### 3.- El dictamen pericial

La etapa del dictamen implica la exteriorización de la actividad del perito a través de un escrito donde vuelca todo su saber en la materia para la cual se lo solicita. Se denomina dictamen pericial o simplemente pericia, a la presentación judicial del perito en la que responde al cuestionario efectuado en el proceso y emite su opinión fundada como profesional, en los casos en que le hubiera sido solicitada.

El dictamen pericial puede dividirse en tres partes: 1) el Encabezamiento (con el objeto, el destinatario y la presentación del profesional); 2) el Cuerpo del escrito (con el detalle de las diligencias periciales, incluyéndose el dictamen), y 3) el Párrafo final (con el petitorio y el cierre de estilo). Asimismo, si resultase conveniente, el perito puede adicionar párrafos aclaratorios y anexos que formarán parte del dictamen. Para cumplir dicha diligencia tendrá que llevar a cabo actividades para a) verificar e informar sobre hechos que requieren conocimientos especiales que escapan a la cultura común del juez y de las personas, explicando sus causas y efectos; b) suministrar las reglas técnicas o científicas de la experiencia especializada de los peritos para formar la convección del juez sobre tales hechos.

A éstas actividades se le debe agregar una etapa previa, en la cual el perito organiza las tareas que llevará a cabo para cumplimentar las funciones encomendadas.

El profesional en la materia deberá preparar, redactar y presentar el escrito judicial que contenga el resumen de las actividades procesales cumplimentadas y de los procedimientos técnicos realizados de conformidad con la normativa vigente a los puntos de pericia requeridos.

En primer lugar, el dictamen pericial debe cumplir las normas exigidas para todos los escritos judiciales (art. 118, CPCCBA) y en caso de dictámenes presentados por los peritos de listas resultan aplicables, las reglas señaladas para los escritos judiciales (Pto. 21, Ac. 2524). El informe pericial contendrá la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que los peritos funden su opinión (art. 472, CPCCBA).

Es por ello que constituye un requisito sustancial que el perito sea experto e idóneo para el desempeño de su encargo, para poder lograr la eficacia probatoria de su dictamen. El juez debe determinar concretamente los puntos (puntos de pericia) sobre los cuales ha de versar el dictamen si es de oficio, y si procede a propuesta de parte (perito de parte) podrá remitirse a los puntos que éstas indiquen para demostrar o probar su pretensión. El hecho objeto de la pericia debe tener relación con la causa y la pericia debe ser útil para probar ese hecho controvertido, como también otros casos que tengan características similares. Esto significa que el dictamen debe ser conducente, pertinente y significativo.

En documento pericial el perito debe seguir un orden de exposición lógico y homogéneo, propio de una metodología o saber científico para que las partes y el juez se introduzcan en el tema en una forma razonada. De esta manera, las conclusiones será una consecuencia lógica de las motivaciones expuestas por el perito. A tal fin, éste debe presentar toda la actividad realizada de una manera ordenada, utilizando una estructura adecuada para la especialidad y los usos judiciales.

El dictamen por si mismo debe poder satisfacer los requerimientos de las partes y del juez, esclarecer todos los aspectos técnicos vinculados con la causa y en tal sentido ayudar a dilucidar los hechos controvertidos. En el mismo debe consignarse la firma y sello del profesional interviniente dando cumplimiento a lo receptado por los ordenamientos procesales y reglamentos administrativos (art. 118 inc. 3°, CPCCBA y Pto. 2, Ac. 2514).

### **III.-Valoración del informe pericial en la decisión judicial**

#### **1.- La Valoración del dictamen**

El dictamen pericial no es vinculante para el juez; o sea, no lo obliga y tiene libertad a la hora de valorarlo, pudiendo abstenerse de considerarlo, mediante decisión debidamente fundamentada.

Si el juez considera que los hechos afirmados en las conclusiones son absurdos o imposibles, está autorizado a rechazarlo, si luego de una crítica rigurosa, razonada y de conjunto, las conclusiones del dictamen son dudosas o inciertas o no concordantes con las que arrojan otras pruebas de igual o superior valor, no se puede tener plena eficacia probatoria y no debe tener en cuenta el dictamen del perito. Por el contrario, si el juzgador considera que, los fundamentos y las conclusiones del dictamen reúnen todos los requisitos de lógica, de técnica, de ciencia, de equidad, de validez, de eficacia, que para el caso pueden exigirse, y no existen otras pruebas mejores o iguales en contra, no puede rechazarlas sin incurrir en arbitrariedad.

Para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia el dictamen del perito oficial es idóneo per se para formar convicción y que su opinión debe prevalecer, en principio, sobre la del perito de control o perito de parte, que como tal ha sido designado para defender los intereses de quien lo propone, premiando la objetividad y fundamentación científica y técnica y/o empírica del dictamen, por encima del sujeto que la haya emitido. La aptitud epistemológica de la opinión nos suministra un estándar valorativo, una guía imprescindible para establecer su valor probatorio.

Si el juez basa su decisión en la pericia oficial, no debe agregar ninguna fundamentación a la misma. En cambio, para apartarse de la pericia oficial el magistrado tiene que dar a saber cuáles son las razones de entidad suficiente que justifiquen su decisión. Esta valoración queda en la libre convicción del juzgador, siempre bajo las reglas de la sana crítica racional.

En palabras del Dr. Soria, ministro de la SCBA, viene a recordarnos que las opiniones periciales deben encontrarse tan fundadas desde la perspectiva científica, técnica o artística de que se trate, como las sentencias desde el punto de vista jurídico:

La idoneidad subjetiva del perito, el haber obtenido un grado universitario, técnico u artístico no es motivo suficiente para que los jueces deban acatar su opinión; a opinión experta se sostiene en su aptitud epistemológica y no en la autoridad que emana de la calificación técnica de quien la emite (Provenzani, 2013: S/P).

## **2.-Los Sistemas de Valoración**

En este marco, y siguiendo la tradición doctrinaria, los sistemas de valoración son construcciones teóricas que regulan la forma de indagación de los hechos dentro del proceso, que se manifiestan en la determinación de las formas y los medios por los cuales se puede arribar a una cierta verdad de los hechos y el modo de valorar esos medios.

Metodológicamente es más acertado hacer una triple distinción entre los sistemas de valoración, -prueba legal o tasada, un sistema de íntima convicción, y de libre valoración o sana crítica- que no necesariamente se presentan de manera “pura” en cada legislación, por lo que es concebible que se presenten características de sistemas diversos en un mismo procedimiento; o que distintos sistemas de valoración puedan coexistir en distintos procedimientos, dentro de una misma legislación.

Sistema de prueba legal o tasada: Este sistema se caracteriza por “la producción de reglas que predeterminan de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada tipo de prueba” (Taruffo, 2002:387). El legislador no sólo determina cuáles son los medios probatorios que se podrán rendir en el proceso, sino que también establece de manera previa el valor que cabe asignar a cada uno de ellos, reduciendo de esa forma la labor del juzgador. Es propio de los sistemas inquisitivos.

Sistema de íntima convicción: A diferencia del sistema de prueba legal, éste se caracteriza por la inexistencia de toda norma legal tendiente a regular el valor probatorio que el juez debe asignar a los medios de prueba y que no impone al juez la obligación de fundamentar su decisión haciendo explícitas las razones que la han motivado.

Sistema de libre valoración o sana crítica: Este sistema supone la autonomía del juez al momento de valorar la prueba, pero siempre sujeto a límites interpuestos por las reglas de la lógica y las máximas de experiencia.

### **3.- Sistema de la Libre Valoración o Sana Crítica y su fuerza probatoria**

El carácter racional de este sistema radica en las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, entendidas como criterios de valoración racionales -únicos aptos para fundar el juicio sobre el hecho- se encuentran esencialmente asociados al sistema de libre valoración de la prueba. Son justamente estos lineamientos los que sirven de guía y límites para la función probatoria que realiza el juez en el proceso y los que permiten diferenciar a la libre valoración de la mera arbitrariedad subjetiva (Taruffo, 2002: 401).

Se debe entender por máximas de experiencia como definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, independiente del caso concreto a decidir en el proceso y de sus circunstancias singulares, ganadas mediante la experiencia, pero autónomas respecto a los casos particulares de cuyas observaciones se tratan, las cuales pretenden valer para otros casos (Taruffo, 2002: 26) Son conclusiones extraídas de casos anteriores a través de la experiencia y de una metodología inductiva que comparten caracteres comunes.

En referencia a las reglas de la lógica, el maestro M. Taruffo, las define como los conocimientos intrínsecamente universales que deben siempre aplicarse en el curso del desarrollo procesal (Taruffo, 2002: 26). Quiere decir que las conclusiones se puedan extraer lógicamente de las premisas utilizadas, y su valoración tengan la suficiente coherencia interna y permita arribar a la verdad de los hechos.

Al tratar a los conocimientos científicamente afianzados como criterios de racionalidad, quiere decir que son leyes científicas, que provienen del procedimiento inductivo y la observación empírica. Estas leyes cobran relevancia al encontrarse fundamentadas por un método propio e independiente a un razonamiento inductivo realizado por un juez a partir de los conocimientos que él mismo domina.. Las leyes científicas son independientes de los casos concretos y de las observaciones llevadas a cabo por el juez, mientras que las máximas de experiencia pueden no sólo ser utilizadas, sino también construidas por el órgano juzgador en base a sus propias observaciones.

Según lo prevé el art. 474 CPCCEBA, la prueba será apreciada por el juez con aplicaciones de las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la competencia de los peritos, uniformidad o disconformidad de sus opiniones, principios científicos en los que se fundan. Es decir la libertad con que cuentan los jueces para apreciar el dictamen y apartarse del mismo, no implica reconocer en ellos absoluta discrecionalidad.

Cierto es que por más categórica y unánime que sea el dictamen, carece de fuerza vinculante para el juez, salvo el supuesto excepcional del dictamen de los peritos psiquiatras en el juicio de insania cuando los tres expertos coincidan en la capacidad -que no podrá ser desestimado por el juez- el apartamiento de las conclusiones de los expertos deben encontrar apoyo en razones serias, fundadas, demostrando que la opinión de los peritos se halla reñida con los principios lógicos o máximas de experiencia, o bien que existan en el proceso otras constancias probatorias provistas de mayor eficacia para acreditar los hechos controvertidos.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en la causa "Martínez, Néstor Fabián c/ Farinella, Norberto s/ diferencias salariales" ha sostenido que

...el perito no puede tener otra misión que la de asesorar al juez en punto a la apreciación de los hechos para que se requiere el conocimiento especializado de una ciencia o industria: todo aquello que rebase esa función auxiliar, resulta carente de valor de convicción... (SCBA, L 67909 S 11-5-1999)

Este sistema de valoración de la prueba en el proceso, es el modelo de valoración que mejor se relaciona con un concepto de proceso judicial racional y moderno, con el fin de arribar a la verdad de los hechos controvertidos y que permite el control de las decisiones jurisdiccionales.

#### **IV. Palabras de cierre**

El juez requiere cada vez con mayor frecuencia el aporte que en determinadas materias pueda ofrecerle un experto en el tema, sobre algún conocimiento científico o técnico que sirvan para establecer la verdad sobre ciertos hechos controvertidos. El peritaje constituye un auxilio a la administración de justicia, ya que el perito actúa como un intermediario que facilita noticias sobre el estado de una cosa y en donde no se proporciona prueba alguna (Carnellutti, 2000: 73). Por ello todos los sistemas procesales contemplan la participación de profesionales o técnicos, conocedores en profundidad de un tema, que puedan servir al órgano judicial para establecer una verdad, ya sea por medio de la experiencia o de pruebas técnicas, que determinan un hecho.

La labor pericial comprende las fases de examen, deliberación y conclusión, dichas fases deben ser practicadas personalmente por los peritos y su eficacia probatoria surgirá del dictamen fundado fruto de la deliberación plural y razonada. Según se halla encomendado la tarea a más de un perito o peritos de parte o que la actividad ha sido realizada por el perito oficial.

En este sentido se ha dicho que si el juez basa su decisión en la pericia oficial, no debe agregar ninguna fundamentación a la misma. En cambio, para apartarse de la pericia oficial el magistrado tiene que dar a saber cuáles son las razones de entidad suficiente que justifiquen su decisión. Esta valoración queda en la libre convicción del juzgador, siempre bajo las reglas de la sana crítica racional.

El dictamen no debe ser solo la opinión de un experto, sino que debe hallar un sustento científico, de modo tal de suministrar al juez o tribunal los elementos conducentes al sostén de las conclusiones, mediante la utilización de palabras claras y convincentes que permitan su comprensión y razonamiento.

La fuerza probatoria de la pericia y su valoración, está establecida por el art. 474 CPCCBA, el juez o tribunal no está obligado a ceñirse estrictamente a las conclusiones del dictamen, siendo el mismo no vinculante, pero no significa que pueda apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del experto, para lo cual deberá dar razones de entidad suficiente.

(...) así como la aceptación de las conclusiones no supone la declinación de sus facultades, el apartamiento del juez frente al dictamen pericial no es más que otra alternativa le-

gal autorizada por el art. 474 CPCCBA; y del mismo modo así como el dictamen pericial no es imperativo ni obligatorio, pues ello convertirá al perito- auxiliar del juez – en autoridad decisoria dentro del proceso, la obligatoriedad de dar razones suficientes para evitar que el apartamiento represente el ejercicio de su sola voluntad, constituye para el juzgador el límite a su ejercicio de ponderación de la prueba (Hitters, SCBA, Ac 71624 15-3-2000).

El magistrado debe fundar su discrepancia en elementos de juicio objetivos, que le permitan apartar la opinión del experto. Debe demostrar que el dictamen se halla sujeto a los principios lógicos o máximas de la experiencia o que existen en el proceso existen otros elementos probatorios que dan mayor convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos.

Por último se puede decir que el perito oficial o perito de lista, es una figura esencial, como auxiliar técnico del juez; ya que beneficia a las partes en el acceso a la justicia, dando la posibilidad de que ambas puedan acceder al medio de prueba pericial en igualdad de condiciones para poder lograr la pretensión a través de los hechos sujetos al examen pericial. La función del juez como la de todos los operadores del derecho, no es más que un desafío constante por la búsqueda de la verdad de los hechos controvertidos traídos por las partes al proceso con el fin de alcanzar el valor justicia.

## Bibliografía

FLORES. P. (2005). *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia.

CAPPELETTI, M Y GARTH, B. (1983). *El acceso a la Justicia*, ed. Col. Abog. La Plata, Buenos Aires.

FALCÓN, E. (2003). *Tratado de la prueba*, t. 2. Astrea, Buenos Aires.

PROVENZANI, C. (2013). “Prueba pericial y motivación” en *La Ley*, Thomson Reuters, Buenos Aires.

TARUFFO, M. (2006) *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, Madrid, España.

CARNELUTTI, F. (2000) *La prueba Civil*. Ed. Depalma, Buenos Aires.

## **La imprescriptibilidad de las acciones civiles por daños y perjuicios emanadas de delitos de lesa humanidad (Una mirada crítica sobre el fallo “Villamil” de la C.S.J.N.)**

**Por Díaz Martínez Guillermo Andres**

*“Queda claro, entonces, que se trata ésta, de una institución más cercana a la seguridad jurídica que a la justicia.”*

Botassi Carlos en *Les a humanidad, responsabilidad civil del Estado y prescripción*

### **I.- Introducción**

El presente artículo tiene por objeto principal realizar un análisis de la aplicación que tiene la institución de la prescripción liberatoria, respecto a las acciones civiles resarcitorias por daños y perjuicios derivadas de los delitos de lesa humanidad perpetrados en nuestro país.

El abordaje de esta temática obedece a que la jurisprudencia nacional se ha mostrado contradictoria en torno a aceptar que la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad se hace extensiva a la acción civil que emanan de estos ilícitos internacionales.

Recurriendo a diversas fuentes, como la doctrina, la jurisprudencia, disposiciones legales y convenciones e instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, entre otras, planteo la improcedencia de la prescripción civil, inaplicable ante situaciones de violaciones manifiestas a los Derechos Humanos, para eludir la responsabilidad del Estado y los represores condenados.

### **II.- Posiciones**

1.- Posición negatoria: la posición negativa respecto a la imprescriptibilidad de la acción civil por daños emanados de los delitos de lesa humanidad se expresa tanto en jurisprudencia como en la doctrina, a saber:

a.- Jurisprudencia: A fin de ilustrar la posición negatoria en la jurisprudencia nacional, podemos referirnos a los siguientes fallos más relevantes: Los tribunales hace un tiempo ya habían establecido “dos posturas contrapuestas: 1º) el criterio de la prescriptibilidad de la acción civil; y 2º) la contraria, que postula que la acción resulta imprescriptible”(Montilla, 2016: 2).

La primera posición “fue sostenida por la Corte Suprema en la causa “Larrabeiti Yáñez”, del 30-10-07. El Máximo Tribunal estimó que la acción civil que reclamaba resarcimiento podía prescribir, pues “es inadmisibles el argumento según el cual la acción para reclamar el resarcimiento patrimonial derivado de la desaparición forzada de personas es imprescriptible porque nace de delitos de lesa humanidad, pues la primera atañe a materia dis-

ponible y renunciable, mientras que, desde la óptica del reproche penal, la persecución se funda en la necesidad de que los crímenes de esa naturaleza no queden impunes, es decir, en razones que exceden el interés patrimonial de los particulares afectados” (Montilla, 2016: consid. 5°).

Es decir, estos jueces sostenían que, “al tratarse de una cuestión puramente patrimonial, tal reclamo reviste los caracteres de disponibilidad y renunciabilidad, lo que tornaría aplicable las normas de prescripción de derecho común (Olivares, CSJN, 1988).

Luego, el día 28 de marzo de 2017, la C.S.J.N. en un fallo reciente y muy polémico reafirmo la doctrina del caso “Larrabeiti Yáñez”.

Se trata de la causa “Villamil, Amelia Ana c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios (CSJ 203/2012 (48-V)/CS1)”, en donde se “dictó una sentencia en la que el voto de la mayoría fue firmado por los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Carlos Rosenkrantz, mientras que los jueces Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti opinaron en disidencia. Mediante el voto conjunto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz, la Corte Suprema concluyó que dichas reclamaciones no son imprescriptibles y que, por ende, para dar lugar a una sentencia condenatoria por la responsabilidad del Estado, las acciones están sometidas a las disposiciones que establecen el plazo de prescripción dentro del cual deben ser útilmente promovidas. Los jueces Maqueda y Rosatti votaron en disidencia sosteniendo que esta clase de acciones eran imprescriptibles, fundando sus opiniones en mediante sendos votos individuales” (Centro de Información Judicial, 2017).

Ahora bien, en “el caso ya existía un precedente “Larrabeiti Yáñez», dictado en 2007 y suscripto por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi y Argibay (Fallos: 330:4592)-, el que resulta de aplicación directa al caso y al que se remite. Allí se diferenciaron ambas situaciones, sobre la base de que la acción para reclamar el resarcimiento patrimonial es materia disponible y renunciable, mientras que la imprescriptibilidad de la persecución penal en materia de lesa humanidad se funda en la necesidad de que los crímenes de esa naturaleza no queden impunes, es decir, en razones que exceden el interés patrimonial de los particulares afectados. En suma, se sostuvo que en un caso está en juego el interés patrimonial exclusivo de los reclamantes, mientras que en el otro está comprometido el interés de la comunidad internacional, de la que Argentina es parte, en que tales delitos no queden impunes, lo que impide cualquier asimilación de ambos tipos de casos y, por lo tanto, que se declare la imprescriptibilidad de las acciones de daños como la aquí intentada. La opinión de la mayoría dejó en claro que no existía al momento en que la prescripción de la acción operó -16 de noviembre de 1995- ninguna norma que dispusiera esa solución. Agregó que tampoco resultaría aplicable al caso la imprescriptibilidad fijada

en el artículo 256 *in fine* del Código Civil y Comercial, en virtud de lo dispuesto expresamente por el artículo 2537 del mismo cuerpo legal (Centro de Información Judicial, 2017).

b.- Doctrina: Si bien “Entre la doctrina predomina la posición de considerar que la acción de resarcimiento civil por los delitos de lesa humanidad resulta imprescriptible...” (Montilla, 2016: 2), no por ello vamos a dejar de analizar la posición negativa sobre la cuestión.

Entre los doctrinarios de la tesis negatoria encontramos la visión de Aída Kemelmajer de Carlucci que nos dice

(...) un nuevo paso, muy peligroso en mi opinión, se ha dado a favor de la imprescriptibilidad en un caso en el que se demandando a un particular, a quien se sindicó como cómplice de los delitos de lesa humanidad ... Por mi parte, no me animo a vaticinar la imprescriptibilidad, especialmente, frente a lo dispuesto por las Reglas de UN, antes transcriptas, que expresamente aceptan la prescriptibilidad, si bien señalando que el plazo no debe ser angustiante (Kemelmajer, 2013).

Por otra parte, Ricardo Guibourg refiriéndose a una posible respuesta de la CIDH sobre el tema, nos dice “Se ha pronunciado sobre la imprescriptibilidad de la acción penal, pero no sobre la civil. Es difícil decir qué es lo que resolvería, pero el impulso justiciero que se advierte en el derecho internacional humanitario permite conjeturar una aceptación de la imprescriptibilidad” (Montilla, 2016: 2). Guibourg alerta, entonces, sobre el problema de la eliminación de las garantías, a la manera del derecho penal del enemigo, que puede extenderse a un “derecho civil del enemigo.

Dice Guibourg (2012) que “no se pretende defender a tales enemigos, que también son los nuestros, pero como cada uno tiene sus propios grupos de enemigos, tratemos de reconstruir un derecho general en el que las preferencias morales del intérprete, buenas o malas, desempeñen un papel menos trascendente que el que se le asigna crecientemente”.

Edgardo López Herrera (2016) al respecto dice que “no es posible aplicar esa especie de paralelismo de las formas, ni es cierto que la imprescriptibilidad penal provoque una imprescriptibilidad civil. Incluso los autores que propugnan la imprescriptibilidad de la acción civil reconocen que “los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen universalmente [...] la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, incluyendo la desaparición forzada de personas y el derecho de las víctimas, de la cual no necesariamente se sigue que las consecuencias civiles de tales crímenes de Derecho Internacional no podrían estar sujetas a prescripción”.

Además, López Herrera (2016) nos dice que “La prescripción penal y la civil, si bien ambas son extintivas, una de la pena y de la acción penal y la otra de la acción civil, son distintas, porque las acciones que extinguen también lo son”.

Y continúa:

La diferencia más sustancial es que la prescripción penal de delitos de lesa humanidad, por el principio de personalidad de la pena, declara imprescriptibles acciones o penas inseparables de la persona. Dicho de otra manera, en la prescripción penal, aun de las acciones imprescriptibles, hay un claro límite final de la acción penal que es la muerte del imputado. En cambio, en las acciones civiles rigen dos principios distintos: el de la transmisibilidad del crédito y de la deuda y el de la posibilidad de accionar contra otros responsables. Si fuese cierta esta relación entre la imprescriptibilidad penal y civil, deberíamos aceptar que cuando el imputado muere la acción civil comienza a prescribir, lo que no es cierto si la persona sigue desaparecida, como tampoco lo es que si se encuentran los cadáveres de las víctimas, la acción penal del delito de lesa humanidad de desaparición forzada de personas inicia su prescripción (Herrera, 2016).

Declarar imprescriptible una acción de daños, nos dice López Herrera (2016)

quiere decir que es posible reclamar los daños no sólo al autor de la desaparición sino también a sus herederos y a los responsables y obligados a garantizar su conducta, en especial al Estado, que ya ha ofrecido una reparación a las víctimas en cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos, reparación que está sujeta a plazos de caducidad.

Asimismo, López Herrera dice que sobre este punto se ha pronunciado por primera vez la Corte Suprema en el caso anotado, y ha dicho que este tipo de acciones civiles de daños no son imprescriptibles. Así, en el consid. 5 del voto de la mayoría, conformada por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi y Argibay, claramente se dice que

(...) no es atendible el argumento en virtud del cual la acción para reclamar el resarcimiento patrimonial es imprescripti-

ble porque nace de delitos de lesa humanidad, imprescriptibles desde la óptica del reproche penal. Ello es así porque la primera atañe a materia disponible y renunciabile, mientras que la segunda, relativa a la persecución de los delitos de lesa humanidad, se funda en la necesidad de que los crímenes de esa naturaleza no queden impunes, es decir, en razones que exceden el interés patrimonial de los particulares afectados (conf. Fallos 311:1490).

López Herrera (2016) dice que “En nuestra opinión, el fallo tiene notables aciertos, y sólo hemos disentido en el inicio del curso de la prescripción... “Con este fallo quizás haya un ahorro en las indemnizaciones a pagar.”

En este caso la C.S.J.N:

sabe que los hermanos Larrabeiti Yañez pueden cobrar la indemnización prevista en la ley 24.411. No sólo ellos pueden hacerlo sino también cualquier otra víctima, aun si no inició acción de daños hasta la fecha por la prórroga contenida en la ley 26178. Dicho de otro modo: la Corte está muy al tanto de que no deja a nadie sin una reparación a cargo del Estado. No interesa que no sea integral, pero es una indemnización de daños al fin, que en la medida en que no sea confiscatoria con la relación a los daños sufridos será constitucional

Finalmente alega López Herrera (2016) que

Con este nuevo criterio difícilmente pueda demandarse al Estado por la acción común de daños. Además, muchas de las acciones iniciadas dos años después de conocido el informe de la Conadep se verán destruidas por la prescripción. Las víctimas sólo tienen el camino de la reparación administrativa y tarifada, mientras no se decida no renovar los plazos de caducidad. Es eso o la nada. Como dice la canción, el Estado ahora tiene la sartén por el mango y el mango también. Con “Larrabeiti Yañez” son las mayorías políticas del Congreso las que decidirán hasta cuándo se puede solicitar este tipo de beneficios

**2.- Posición afirmativa:** la posición afirmativa de la imprescriptibilidad de la acción civil por daños emanados de los delitos de lesa humanidad, también se ve reflejada tanto en la jurisprudencia como en la doctrina:

a.- Jurisprudencia: Los fundamentos a favor de la imprescriptibilidad de la acción civil por daños fueron sostenidos por varios tribunales inferiores.

La Cámara Nacional del Trabajo, en su sala V, mediante sentencia del 2 de febrero de 2012 dictada “en los autos “Ingeniero contra Techint”, falló considerando que la acción dirigida contra una persona jurídica resultaba imprescriptible. El Tribunal, con argumentos liminares de los doctores Arias Gibert y Zas, entre otras razones, estimó que al ser el delito de lesa humanidad imprescriptible y, por lo tanto, que los autores, consejeros o cómplices pueden ser perseguidos penalmente por una acción imprescriptible, ninguna razón existe para que el resarcimiento del daño causado resulte prescriptible, máxime si esta correlación entre prescriptibilidad de la acción penal y de la acción civil es contemplada incluso por la norma del art. 3982 bis del cód. civil en su redacción de la ley nacional 17.711” (Montilla, 2016: 2).

Comentando el fallo, Montilla Zavalía nos dice que “Asimismo, la mayoría de los jueces argumentó que si los crímenes no son susceptibles de prescripción, al no distinguirse en la *convención* entre la acción resarcitoria o punitiva, el principio de imprescriptibilidad debe aplicarse a ambos tipos de acciones, pues, de lo contrario, se condenaría a las personas de existencia visible y se permitiría que las personas de existencia ideal (insusceptibles de condena penal) gocen de los bienes que el crimen ha provocado (del voto del Dr. Enrique Néstor Arias Gibert – mayoría).” (Montilla, 2016: 2).

Los jueces referidos también

juzgaron que el instituto de la prescripción liberatoria es una disposición de derecho interno de gradación inferior a la constitucional, y que cede irremediamente frente a una norma de carácter internacional receptada en la Constitución Nacional, de manera tal que, con respecto a las indemnizaciones derivadas de los delitos de lesa humanidad, no es aplicable plazo alguno de prescripción, ya que las fuentes del derecho internacional imperativo consideran como aberrantes la ejecución de cierta clase de actos y sostienen que, por ello, esas actividades deben considerarse incluidas dentro del marco normativo que procura la persecución de aquellos que cometieron esos delitos; según el *corpus iuris* del derecho internacional, los crímenes de lesa humanidad constituyen en

sí mismos graves violaciones a los derechos humanos y afectan a la humanidad toda, son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y su dignidad (Montilla, 2016: 2):

Por último,

se juzgó que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad es un principio derivado tanto del derecho internacional consuetudinario cuanto del convencional; la interpretación del alcance del mencionado principio no debe limitarse a las normas consagradas en este último, por lo tanto, el hecho de que los textos de las normas internacionales interpretadas desde una perspectiva estrictamente literal conlleven la limitación del alcance del principio a la acción penal no obsta a una hermenéutica extensiva (Montilla, 2016: 2).

La sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata en el caso “Villamil” (JA 2007-III-647), en análoga visión “se expidió que juzgó que la acción resarcitoria de los daños derivados de delitos de lesa humanidad no pueden separarse de la pretensión jurídicamente demandable; debido a ello “no resulta aplicable plazo de prescripción alguno”. Para así decidir, la Cámara (voto del Dr. Fleicher al que adhirió el Dr. Schiffrin) citó en apoyo de la imprescriptibilidad de la acción civil lo resuelto por la Corte IDH en la causa “Almonacid Arellano y otros c. Chile”, del 26-9-06, en la cual se resolvió que la obligación estatal de reparar los daños posee carácter accesorio respecto del delito de lesa humanidad que los ha generado y no puede ser modificada o incumplida invocando disposiciones de derecho interno” (Montilla Zavalia, 2015)

Entonces, en esa oportunidad se afirmó, que “ninguna duda cabe acerca de que el instituto de la prescripción liberatoria es una disposición de derecho interno, de gradación inferior a la constitucional. Y por ser de derecho interno, cede irremediabilmente frente a una norma de carácter internacional receptada en la Constitución Nacional. De manera tal que, con respecto a las indemnizaciones derivadas de delitos de lesa humanidad, no es aplicable plazo alguno de prescripción, ya sea si la acción se iniciare a partir de lo que establece el art. 29 del cód. penal, o si se intentare en sede civil” (Montilla Zavalia, 2015).

Además, vale tener presente, que los precedentes jurisprudenciales anteriormente citados fueron seguidos y sostenidos por varios tribunales federa-

les de Argentina, tales como en las causas conocidas coloquialmente como “Oesterheld”<sup>1</sup>, “Bozzi”<sup>2</sup>, “Ragone”<sup>3</sup> y “Toledo de Ygel”<sup>4</sup>, entre otras más.

El día 3 de marzo de 2017 el Procurador Fiscal Dr. Víctor Abramovich dictamino que “La eficacia temporal de la imprescriptibilidad de las acciones derivadas de delitos de lesa humanidad prevista en el mencionado artículo 2.561 del Código Civil y Comercial de la Nación es determinada por el principio general establecido en el artículo 7 de ese código. En este sentido, entiendo que no es aplicable el artículo 2.537, que establece que “Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior [...]”. En efecto, tal como expuse, el artículo 2.561 no modifica los plazos de prescripción, sino que directamente excluye de la regla de la prescripción a las consecuencias civiles de los ilícitos más aberrantes para la conciencia universal en consonancia con los principios internacionales. Por ello, ese supuesto no se encuentra comprendido por el artículo 2.537 que rige la aplicación en el tiempo de las modificaciones de los plazos de prescripción. De acuerdo con el artículo 7 y con la doctrina de la Corte Suprema, la ley aplicable a las relaciones y situaciones jurídicas que se constituyan en el futuro, a las relaciones y situaciones jurídicas existentes en cuanto no estén agotadas, y a las consecuencias que se encuentren en curso o no se hayan consumido bajo el régimen anterior (Fallos: 327:1139, “Cordero”; 338:706, “D.L.L., V.G.”; 339:349, “Terren”).”<sup>5</sup>

En la causa “Villamil”<sup>6</sup>, los jueces Maqueda y Rosatti votaron en disidencia enrolándose de esa manera en la posición que acepta la imprescriptibilidad de las acciones civiles por daños y perjuicios derivadas de los delitos de lesa humanidad.

---

1 “Oesterheld, Diana Irene s/ su secuestro y desaparición. Incidente de apelación”, Expte. 50.656/08, sentencia del 19-06-2008.

2 Juzgado Federal N° 2 de Mar del Plata, Expte. 77331/8: “Bozzi, Carlos c/Estado Nacional s/ Daños y Perjuicios Ordinario”, de fecha 2010.

3 Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta, Expte. N° 3115/09: “c/HERRERA, Rubén Nelson; HERRERA, Pedro Javier; GENTIL, Miguel Raúl; MULHALL, Carlos Alberto; ZANETTTO, Jorge Héctor; GUIL, Joaquín y SORAIRE, Andrés del Valle s/Encubrimiento en concurso ideal con el tipo penal de omisión de represión de delincuentes; homicidio calificado en dos hechos en concurso real y lesiones; coacción agravada y lesiones, en perjuicio de Miguel Ragone, Santiago Catalino Arredes y Margarita Martínez de Leal”, de fecha 12/12/2011.

4 Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, Expte. T-99/12: “Toledo de Ygel, María Elena s/ Denuncia”, de fecha 19-12-2013.

5 CNT 9616/2008/1/RH1; “Ingenieros, María Gimena c/Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional s/ accidente-les especial”, dictamen del Procurador Fiscal Víctor Abramovich, de fecha 03-03/2017.

6 En línea en: Centro de Información Judicial. En línea en: <http://www.cij.gov.ar/nota-25380-La-Corte-Suprema--por-mayor-a--ratific--su-precedente-sobre-la-prescripci-n-de-acciones-civiles-contra-el-Estado-en-juicios-de-lesa-humanidad.html>

El magistrado Maqueda en su voto disidente reconoció el derecho de las víctimas de delitos de lesa humanidad a obtener del Estado la reparación de los daños causados sin sujeción a plazo alguno de prescripción (Centro de Información Judicial).

Maqueda dijo que esta declaración de imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias tuvo fundamento en las normas y principios del sistema internacional de protección de los derechos humanos, que recepta la propia CN, y que fueran ya aplicados en la jurisprudencia desarrollada por la C.S.J.N. al declarar la imposibilidad de amnistiar, indultar o declarar la prescripción penal en materia delitos de lesa humanidad (Centro de Información Judicial).

También resaltó que estos postulados fueron recogidos por el legislador en el nuevo CCyCN al adecuar a ellos la legislación infraconstitucional (Centro de Información Judicial).

Maqueda, en su voto, sostuvo que del derecho internacional consuetudinario, receptado por la Constitución Nacional al momento de su sanción, y de las normas del derecho convencional a las que la reforma constitucional de 1994 les dio esa misma jerarquía, se deriva que el Estado argentino ha asumido un fuerte compromiso internacional en virtud del cual la garantía de la tutela judicial efectiva de los derechos humanos comprende tanto el derecho de las víctimas y sus familiares al conocimiento de la verdad y el castigo penal de los autores de delitos de lesa humanidad como el de obtener una reparación de los daños sufridos (Centro de Información Judicial).

El juez Maqueda, advirtió que tanto la acción de daños y perjuicios como la penal derivan de un mismo crimen internacional. Por lo tanto, reconocida la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad desde la óptica penal, por constituir éstos serios actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, sería inadmisibles sostener que la reparación económica a cargo del Estado de las consecuencias de esos crímenes pueda quedar sujeta a algún plazo de prescripción (Centro de Información Judicial).

Maqueda destaca que la fuente de la responsabilidad en materia de delitos de lesa humanidad se encuentra en las normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que persiguen la protección de un bien jurídico que se halla en un plano superior: la dignidad humana (Centro de Información Judicial).

El juez Maqueda concluye en que la acción indemnizatoria que puede derivarse de esos delitos tiene carácter humanitario y que, en consecuencia, por sobre los objetivos que persigue el instituto de la prescripción debe primar la obligación asumida por el Estado Argentino de garantizar la reparación a las víctimas, de forma tal que se asegure su realización como seres humanos y se restaure su dignidad (Centro de Información Judicial)..

El juez Rosatti, en su voto en disidencia, sostuvo que si es imprescriptible la persecución de los delitos de lesa humanidad -consecuencia penal-, como ya lo ha sostenido la Corte en diversos precedentes, debe ser imprescriptible también el derecho de las víctimas para reclamar la reparación pecuniaria -consecuencia indemnizatoria-, cuando los daños estén debidamente acreditados (Centro de Información Judicial).

Fundamentó esta conclusión en que resulta irrazonable y absurdo que el mismo Estado (si bien no el mismo Gobierno), causante de un perjuicio de la magnitud propia de los delitos de lesa humanidad, se escude en el instituto de la prescripción liberatoria para no cumplir con una obligación única, indiscutible y de naturaleza esencialmente reparatoria, que aunque pueda ser intelectualmente separable de su aspecto penal, *es moralmente indisoluble*.

El juez Rosatti sustentó su voto disidente en el “principio general” que establece el artículo 19 de la CN, según el cual se “prohíbe a los ‘hombres’ perjudicar los derechos de un tercero”, principio que –como ha dicho la Corte reiteradas veces- se encuentra “entrañablemente vinculado a la idea de reparación”; y en diversas disposiciones internacionales, tales como el Conjunto de Principios Actualizados para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad (Comisión de Derechos Humanos, Naciones Unidas, E/CN.4/2005/102/Add.1), en el que se destaca la necesidad de adoptar medidas nacionales e internacionales para que, en interés de las víctimas de violaciones de los derechos humanos, se asegure conjuntamente el respeto efectivo del derecho a saber que entraña el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a obtener una reparación, sin los cuales no puede haber recurso eficaz contra las consecuencias nefastas de la impunidad (Centro de Información Judicial).

Finalmente, el juez Rosatti invocó los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 60/147, por el que se reconoce que, al hacer valer el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones, la comunidad internacional hace honor a su palabra respecto del sufrimiento de las mismas, los supervivientes y las generaciones futuras, y reafirma los principios jurídicos internacionales de responsabilidad, justicia y estado de derecho (Centro de Información Judicial).

## b.- Doctrina: Al respecto, Morlachetti dice que

(...) es a partir de su obligación básica de respetar y de asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos que el Estado debe garantizar el acceso igual y efectivo a la justicia; a la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; y el acceso a información pertinente sobre los abusos y los mecanismos de reparación. Y es en esta inteligencia de que la reparación integral impuesta por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (LA 1994-B-1615) y la normativa internacional debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio a fin de no incurrir en responsabilidad internacional, que la acción civil o administrativa que persiga la reparación de las víctimas en casos de crímenes de lesa humanidad no debería estar sujeta a prescripción (Morlachetti, 2013).

## Botassi (2013) dice que así

(...) como quedó superado el debate respecto de la vindicta penal el tema todavía registra algún grado de controversia con relación a la posibilidad de prescripción de la acción (mal llamada “civil”) indemnizatoria. En este terreno las aguas están divididas, registrándose posturas partidarias de la extinción de la acción a los dos años de ocurridos los hechos por aplicación del artículo 4037 del Código Civil (salvo naturalmente circunstancias excepcionales de suspensión o interrupción) sin que falten quienes piensan que la imprescriptibilidad de la pena se extiende a la acción indemnizatoria. Nos enrolamos decididamente en la segunda postura, no sólo porque desde el punto de vista axiológico es la que mejor atiende a la posición de la víctima sino también por estrictas razones jurídicas(...)

## Continua Botassi (2013) afirmando con total claridad que

(...) Consideramos que tanto la responsabilidad penal como la reparatoria resultan inescindibles debido a que la obligación de los Estados no se agota con el juzgamiento y condena de los culpables del ilícito sino que se extiende al deber de resarcir a las víctimas. Sobre todo si se advierte que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone

en su artículo 27 que los Estados partes no pueden invocar reglas de derecho interno para desconocer sus compromisos internacionales. Diferenciar los aspectos penales y los civiles de los delitos de lesa humanidad, para concluir que la reparación de los daños queda burlada debido al transcurso del tiempo, hace incumplir la obligación internacional de compensar a las víctimas del terrorismo de Estado antes recordada, habilitando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”

Para concluir su análisis, Botassi (2013) nos dice que

(...) parece evidente que desde la óptica de los objetivos y funciones del Estado la prescripción extintiva de los derechos individuales debe admitirse excepcionalmente cuando resulte equitativa por dirimir conflictos dudosos según las circunstancias de la causa. En materia de delitos de lesa humanidad, en cambio, probada la autoría y responsabilidad de agentes estatales en sentido amplio (incluyendo que participaron de los hechos dañosos), retornando con las penurias conocidas el Estado de Derecho no resulta éticamente tolerable, ni jurídicamente procedente, privar de compensación a quienes soportaron gravísimos daños morales, psíquicos, espirituales y también patrimoniales.

En una obra imprescindible para esta cuestión, Carlos Alberto Díaz (2006) sostuvo con acierto que

(...) el principio resarcitorio es el elemento per se de la imprescriptibilidad. No es el penal, porque éste es finito, se agota con la desaparición de los responsables fácticos e ideológicos de la barbarie. En cambio los Estados responsables persisten en el tiempo más allá de la vida de los genocidas. En consecuencia, la cualidad que hace a la existencia de la imprescriptibilidad es la resarcitoria porque al presuponerse la perpetuidad de los Estados modernos ésta se extiende ilimitadamente en el tiempo... porque es el Estado en definitiva quien por acción u omisión ha provocado el daño resarcible (137).

Por otra parte, Eduardo Jiménez (2010) sostuvo con razón

(...) que la prescripción no puede separarse sin más de la pretensión jurídicamente demandable (CSJN, Fallos: 308:1101). En consecuencia, cuando nos encontramos ante un reclamo indemnizatorio generado por un accionar ilícito cuya acción penal debe considerarse imprescriptible por derivar de la comisión de un delito de lesa humanidad, y dado que en estas cuestiones, la acción civil es una consecuencia del hecho ilícito mencionado, con cierta dosis de accesoriedad que sella su suerte, sobre todo teniendo en cuenta el régimen del derecho internacional en vigor respecto de ésta cuestión, esta última acción debe considerarse también imprescriptible

Jiménez concluye diciendo “Entiendo que los términos de la norma son suficientemente precisos como para afirmar que las acciones (también las civiles a fin de obtener las reparaciones pertinentes) son imprescriptibles (Cfr. Gelli, María Angélica)”

Jorge Rubén Afarian al respecto nos dice que “De esta manera, finaliza una discusión como la vigente en “Olivares”, en la que la Corte Suprema entendió que: “Ninguna de las normas del Pacto de San José de Costa Rica establece la imprescriptibilidad de las acciones civiles de indemnización de perjuicios ocasionados por la privación de la libertad que tenga lugar en desmedro de los principios aceptados por el pacto.” (CSJN, 1988).

No se trata “de la primera norma positiva que lo establece explícitamente para ciertos delitos: el art. 36 de la Constitución Nacional, producto de la reforma de 1994, impone las sanciones del art. 29 a quienes, como consecuencia de “actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático” -actos insanablemente nulos-, “usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o de las provincias, los que responderán civil y penalmente por sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles” (Jiménez, cita Online: AR/DOC/5585/2010).

Como puede apreciarse

(...) contamos con una norma de similares características incluso en la Carta Magna de la Nación, y desde hace más de dos décadas. El artículo del nuevo Código Civil y Comercial sólo viene a completar la exigencia constitucional de una reparación integral ante vejaciones y violaciones de derechos fundamentales, más aún luego de la reforma constitucional de 1994, con la inclusión de los nuevos derechos y garantías, además los tratados y declaraciones de derechos humanos

con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22)” (Jiménez, cita Online: AR/DOC/5585/2010)

Continúa diciendo Afarian que “Tan solo por citar un ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en su artículo 63, inciso 1º, establece el derecho a una justa indemnización a la parte lesionada” (Jiménez, cita Online: AR/DOC/5585/2010).

Afarian con claridad dice que “La idea del instituto de la prescripción es sustentada por, entre otros valores, la seguridad jurídica y la estabilidad de los negocios. Empero, cuando de violaciones de Derechos Humanos se trata, estas dos consideraciones son peligrosas ” (Jiménez, cita Online: AR/DOC/5585/2010).

Dice Afarian que “Concuerdo con Juan Justo cuando dice: “La idea de que la seguridad jurídica puede preservarse mediante la conservación de actos de lesa humanidad parece desatender que nuestra forma de convivencia se asienta en que la certeza de las relaciones y la seguridad jurídica se garantizan mediante el respeto de los derechos humanos, con lo cual disociarlos no parece conteste con una firme convicción en pos del Estado de Derecho ” (Jiménez, cita Online: AR/DOC/5585/2010).

Finalmente, Afarian afirma que “No puede predicarse la seguridad jurídica cuando ésta sustenta resultados injustos y contrarios a los mayores de derechos de las personas. La prescripción civil es utilizada cuando la relación se sustenta en la igualdad contractual de las partes (como la celebración de un contrato de compraventa o la locación de un inmueble), y no, como en estos casos, cuando estamos frente a casos de terrorismo de Estado ” (Jiménez, cita Online: AR/DOC/5585/2010).

Al respecto, en la doctrina chilena encontramos la posición de Mario Campos Poblete, Gonzalo Aguilar Cavallo y Carlos Céspedes Muñoz.

El primero de los mencionados, nos dice con toda razón al referirse al Código Civil chileno, cuando expresa que “Ello es aplicable a las relaciones entre particulares, o de estos con el Estado en el plano doméstico, pues el CC no fue elaborado para regir la responsabilidad internacional del Estado que se origina con los crímenes de lesa humanidad ” (Campos :155)

Asimismo, vale tener presente la posición brillante del jurista Aguilar Cavallo, quien fundamenta su argumentación en seis pilares concretos para afirmar la imprescriptibilidad de las acciones civiles por daños derivadas de crímenes de lesa humanidad, a saber:

Primero: Principio de Derecho Internacional Convencional<sup>7</sup>: El art. 29 del Estatuto de la CPI señala que “los crímenes de la competencia de la

---

7 Aguilar Cavallo, Gonzalo, Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno”, en Revista Ius et Praxis, año 14 n° 2. Talca, Chile: Universidad de Talca, 2008, pp. 178.

Corte no prescribirán”, observa el autor que no se distingue entre la acción civil o penal, siendo ambas imprescriptibles (Campos :155).

Segundo: El falso argumento de la seguridad jurídica: Aguilar Cavallo (2008:178) se pregunta si la seguridad y certeza jurídica, fundamentos de la prescripción, son para las víctimas y sus familiares o para los victimarios. Ello lleva a revisar si la prescripción es una institución absoluta en el ámbito de los ordenamientos jurídicos, a lo cual debemos esgrimir que “la prescripción no es una institución universal. Existen sistemas jurídicos, como por ejemplo los anglosajones, que no la conocen o al menos no le dan un carácter general”<sup>47</sup>. En esta línea, debemos entender que los crímenes contra la humanidad se enmarcan en el DIDH, que tiene por eje central la dignidad de la persona humana, donde el bien jurídico protegido está en un plano superior (Aguilar Cavallo, 2008:156).

Tercero: Principio de coherencia(Aguilar Cavallo, 2008:182) : Si de un mismo hecho nacen ciertas acciones, darles un tratamiento distinto no guarda coherencia, por lo tanto, si de los crímenes contra la humanidad derivan acciones, civil y penal, ambas deben tener la misma suerte, es decir, se excepcionan de la prescripción extintiva. Este fundamento es rebatido por quienes señalan que desde la época de la codificación ambas acciones han sido reguladas de forma distinta, y están establecidas con objetivos diferentes. La acción penal lleva a cabo el juicio de reproche desde la perspectiva de la culpabilidad, busca la paz social y, por otro lado, la acción civil es la proyectada a establecer la responsabilidad del infractor y recibir la reparación del daño, que será para la satisfacción del ofendido. Sin embargo, desde la óptica de los crímenes internacionales se les debe dar un trato igualitario, debido a que los bienes jurídicos protegidos van más allá de la paz de una sociedad y de la propiedad de un ciudadano, se ampara la dignidad de la humanidad completa (Aguilar Cavallo, 2008:182).

Cuarto: Enfoque centrado en las víctimas y en la humanidad (Aguilar Cavallo, 2008:183): Aguilar Cavallo expresa que el derecho penal interno está centrado en el reo, pero el DPI está elaborado en torno a la víctima, por lo cual, frente a los crímenes internacionales, los jueces nacionales deben realizar un análisis y aplicación de las normas de una forma diferente. Esta concepción obedece a “un cambio de la cuestión moral dentro del derecho, el cual fue iniciado por la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, que es la primera piedra de un derecho universal” (Poblete Campos, 2008:157).

Quinto: Principio finalista (Aguilar Cavallo, 2008:182) : La persecución de los crímenes de lesa humanidad tiene un fin preventivo, uno sancionador y uno reparador, frente a los cuales, si opera la prescripción civil, no permitirá que se cumplan a cabalidad los citados fines. Estos obedecen a “la relación del derecho internacional junto a la moral, que parece haber lleva-

do a una legalización necesaria de la misma –tal es la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad– una justificación moral del poder, en nombre de un buen derecho” (Poblete Campos, 2008:159).

Sexto: Principio de la reparación integral (Aguilar Cavallo, 2008:183): Este principio es un tema de vital importancia, se traduce en un derecho para el afectado y una obligación para el infractor de los DD.HH., y se posiciona como el medio palpable de la represión de los crímenes contra la humanidad. La reparación integral presenta múltiples funciones, a saber; disuadir, sancionar, ejemplificar, y, sobre todo, restablecer el orden quebrantado cuando sea posible, o de una forma sustitutiva. Zaffaroni nos enseña que “invocar la simple prescripción civil para negar cualquier derecho de reparación o de restitución en caso de crímenes contra la humanidad cometidos siglos anteriores no es una mera cuestión de neutralización del reclamo, sino un verdadero escándalo jurídico” (Poblete Campos, 2008:183).

A su turno, Céspedes Muñoz (2011) nos dice

Finalmente y para el evento de existir alguna duda sobre si aplicar el régimen del Derecho Internacional Humanitario o del Código Civil, debe estarse al estatuto más beneficioso para la víctima, aplicando el principio *pro homine*, que en materia de responsabilidad extracontractual se denomina *pro damnato* o *favor victimae*. El principio *pro damnato* es un principio tendencial del Derecho de Daños que persigue asegurar la correspondiente indemnización a las víctimas, más que moralizar la conducta de los autores de los daños. Este principio se materializa en la siguiente máxima: “... por regla general, todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona, deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado solo frente al daño...” (147)

Este principio, dice Céspedes Muñoz, “no es más que la aplicación de otro de mayor entidad, que erige a la defensa del más débil en la principal preocupación del Derecho moderno, como lo denominaba JOSSE RAND en su trabajo “La protección de los débiles por el derecho” (Céspedes Muñoz 2011: 148).

Por lo tanto, concluye Céspedes Muñoz, “atendida la naturaleza de los crímenes de lesa humanidad, no se aprecian razones para dejar a los ofendidos solos con su sufrimiento: se impone, en consecuencia, el deber de indemnizar. Es decir, se protege a la parte más débil: la víctima de tales delitos” (Céspedes Muñoz 2011: 148).

### III.- Conclusión

Como corolario, luego de analizadas las dos posturas doctrinarias y jurisprudenciales existentes sobre la imprescriptibilidad de las acciones civiles resarcitorias por los daños derivados de los delitos de lesa humanidad, y también haber examinado las normativas respectivas, entiendo que todos los argumentos a favor de la prescripción de dicha acción han sido claramente rebatidos y puestos en crisis, tal como lo demuestra el último fallo de la CSJN en donde 3 de los 5 integrantes votaron a favor de la postura negatoria y los otros 2 por la contraria, lo que devela que la cuestión lejos de cerrarse se encuentra en pleno debate.

Además, con la incorporación del art. 2.561 in fine al nuevo CCyCN, que establece la imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias derivadas de los crímenes contra la humanidad, en concordancia con el art. 7 del mismo código, queda definitivamente esclarecido que el Estado argentino decidió no apartarse del ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, la posición adoptada es la que, como antes ya se ha afirmado, entiendo que permite compatibilizar con mayor ductilidad las prescripciones del derecho interno argentino con las normas internacionales que el Estado argentino debe observar en lo relativo al deber de reparar adecuadamente un daño frente a la vulneración de una obligación internacional.

A pesar de ello, resulta pertinente formular una especificación adicional, o sea, considero que reconocer la imprescriptibilidad de la acción civil resarcitoria resultante de los daños producidos como consecuencia de la comisión de delitos de lesa humanidad constituye una ajustada aplicación a la cuestión en estudio del Principio *Pro Homine*.

Esto es, de aquel criterio hermenéutico que comprende a todo el derecho de los Derechos Humanos que manda acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria (Pinto Mónica, 2004: 163)

Más concisamente, entiendo que la posición descripta constituye una manifestación del imperativo jurídico internacional de proporcionar una tutela más refinada de las personas.

En suma, y como dijo el Juez Maqueda en la causa “Villamil”, el deber estatal de indemnizar los daños causados por los delitos de lesa humanidad cometidos por el Terrorismo de Estado en las décadas del 70 y 80 en nuestro país no están sujetas a plazo de prescripción alguno.

#### IV.- Bibliografía

ABRAMOVICH VÍCTOR (2017). CNT 9616/2008/1/RH1; “Ingenieros, María Gimena c/Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional s/ accídete-les especial”, dictamen del Procurador Fiscal de fecha 03-03/2017.

AFARIAN, J. R. (2016). “Imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias conexas a crímenes de lesa humanidad”, en *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, Buenos Aires, Año 1, Número 3, Abril – Julio 2016, ISSN 2448-5128.

AGUILAR CAVALLO, G. (2008). *Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno*, en Revista *Ius et Praxis*, año 14 n° 2. Talca, Chile: Universidad de Talca.

BOTASSI, C. A. (2013). “Lesía humanidad, responsabilidad civil del Estado y prescripción”, en *La Ley 2013-C, 643*, Cita Online: AR/DOC/1397/2013.

CÉSPEDES MUÑOZ, C. (2011). “Imprescriptibilidad de la acción civil derivada de la comisión de crímenes de lesa humanidad”. *Sentencia Excma. Corte Suprema de 08 de abril de 2010*, en Revista de Derecho y Ciencias Penales N° 16 (131-150), 2011, Universidad San Sebastián (Chile), ISSN 0718-302X, pp. 146-147.

DÍAZ, C. A. (2006). *La imprescriptibilidad Penal y Resarcitoria de los Crímenes de Lesa Humanidad*, Librería de la Paz, 2006, con Prólogo de Adolfo Pérez Esquivel.

GUIBOURG, R. (S/A). *Imprescriptibilidad de la responsabilidad civil por crímenes contra la humanidad*, La Ley -LL 2012-B-161-.

JIMÉNEZ, E.P. (2010). “Acerca de la imprescriptibilidad de las acciones civiles para reclamar daños y perjuicios derivados de delitos de lesa humanidad”, en *La Ley RCyS2010-IX,84*, Cita Online: AR/DOC/5585/2010.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2013). “Las medidas de reparación en las sentencias en las que la Argentina resultó condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sumario XII. La cuestión de la prescripción de la acción para reclamar la indemnización de los daños causados por ataques a los derechos humanos”, en *La Ley Online*, Thomson Reuters, Cita Online AP/DOC/135/2013.

LÓPEZ HERRERA, E. S. (S/A). “La Corte Suprema de la Nación rechaza la imprescriptibilidad de la acción de daños sufridos por los familiares de desaparecidos durante la dictadura”, en *La Ley*, Thomson Reuters, Cita Online: 0003/013600.

MARINO, M. D. (2017). “Imprescriptibilidad de la acción resarcitoria derivada de los crímenes de lesa humanidad y genocidio” en Línea en <http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacion->

[codigos/ponencias/lamatanza/pdf/LM\\_009\\_MARIA\\_DANIELA\\_MARI-NO\\_VI.pdf](#).

MONTILLA ZAVALÍA, F.A. (2016) “La acción de responsabilidad derivada del delito de lesa humanidad a la luz del Código Civil y Comercial y el régimen de responsabilidad del Estado”, en *El Derecho*, Buenos Aires, 27/04/2016, ISSN 1666-8987, N°13.944, Año LIV, ED 267.

MORLACHETTI, A. (S/A). “Crímenes de lesa humanidad. El deber internacional de la reparación integral y la imprescriptibilidad de la acción civil”, en *La Ley*, Thomson Reuters, Cita Online: 0003/013312.

POBLETE CAMPOS, M. (2011). “La prescripción de las acciones reparatorias civiles emanadas de los crímenes de lesa humanidad”, en *Derechos y Humanidades*, Talca Chile, ISSN 0716-9825, N° 18.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (1988). “Olivares, Jorge A. c. Gobierno Nacional”, 16/08/1988.

CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA (2006). Sala II, “*Villamil, Amelia Ana c/ Estado Nacional s/ Daños y perjuicios*”, 23/11/2006, JA 2007-III-647.

JUZGADO FEDERAL N° 2 DE MAR DEL PLATA, Expte. 77331/8: “*Bozzi, Carlos c/Estado Nacional s/ Daños y Perjuicios Ordinario*”, de fecha 2010.

“*Oosterheld, Diana Irene s/ su secuestro y desaparición. Incidente de apelación*”, Expte. 50.656/08, sentencia del 19-06-2008.

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE SALTA, Expte. N° 3115/09: “*c/HERRERA, Rubén Nelson; HERRERA, Pedro Javier; GENTIL, Miguel Raúl; MULHALL, Carlos Alberto; ZANETTO, Jorge Héctor; GUIL, Joaquín y SORAIRE, Andrés del Valle s/Encubrimiento en concurso ideal con el tipo penal de omisión de represión de delincuentes; homicidio calificado en dos hechos en concurso real y lesiones; coacción agravada y lesiones, en perjuicio de Miguel Ragone, Santiago Catalino Arredes y Margarita Martínez de Leal*”, de fecha 12/12/2011.

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE TUCUMÁN, Expte. T-99/12: “*Toledo de Ygel, María Elena s/ Denuncia*”, de fecha 19-12-2013.

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE CATAMARCA, TOCF, Expte. N° 16/12 Mirtha Clerici y otros s/ solicita medidas procesales (N° 4148/04)”, Sentencia de fecha 08/10/2013.



## LEGISLACIÓN

REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN | Año 2 N° 4 | Invierno 2017

PORTADA: SERGIO MICHAEL ÁLVAREZ |  
DE LAS MÁRGENES Y OTRAS ORILLAS.

OBRAS A LA VENTA

## Figuras De Fuego

Una mujer incandescente, con voz tenaz y escarpada, canturrea un tango-opera. Es una melodía pétrea mezcla de humo y vapor.

Sentada en el umbral de los abismos se desnuda desde el centro hacia afuera. Los pechos le cuelgan hasta la cintura, allí los espera su niña para comérsela desde afuera hacia el centro, de puro amor. Chorrea su silueta, desmembrada de perfiles y perímetros.

Unos perros, ardiendo de escorias, le aúllan a la muerte.

El miedo, empapado en cenizas, transpira en mi cuerpo.

Las formas se abandonan tironeadas por la gravedad.

La niña se vuelve obesa, flácida, ciega de fuego. Su cuerpo se degrada y se transforma. Estalla su corazón de piedra derretida y en una partícula de la entraña, desierta de testigos, parpadea una flauta que se fuma el último ardor de la melodía.

Los perros pierden el aullido y sus gargantas son hogueras sin sonido y sin color.

De entre las sombras de los truenos se desprenden las infinitas formas de un hombre apasionado. Se le estiran los dientes, se le achican los ojos y se le resbalan los sentidos hasta la punta de los pies.

La niña, los perros y los hombres pierden las costumbres. Fluyen por una ladera dejando la huella del espíritu de sus formas. Del instante. Son gotas que invierten sus formas y caen sin dudar de su destino. Los sorprende la sal y son ellos mismos solo en el fondo del mar.

Se les inflaman las retinas y se transforman en la esencia de una cripta profunda, azul, ciega y silenciosa.

## Derecho y Política- Política y Derecho: cuando las políticas de ajuste impactan en las relaciones de familia<sup>1</sup>

Por Herrera Marisa<sup>2</sup>

### Palabras introductorias

Se dice que el esfuerzo vale la pena; que no hay peor lucha que la que no se libra o la que se abandona; que no hay oportunidades únicas; todos estos dichos populares caben para el momento en el que escribo el presente trabajo cuya primera versión más reducida, formará parte de una obra colectiva que estamos elaborando un grupo de científicos argentinos comprometidos, ocupados y preocupados por la realidad actual. ¿Qué ha sucedido en los últimos tiempos con los Derechos Humanos como columna vertebral de todo el ordenamiento jurídico nacional y, en definitiva, de todos los subsistemas que integran una sociedad: la cultura, la educación, la salud, la justicia, la ciencia y tantas otras?

Colocar en jaque los Derechos Humanos ha implicado, en sustancia, un claro desorden o desorganización de ciertos cimientos que se creían sólidos, inamovibles e incuestionables. ¿Este es un artículo político? Seguro. ¿Un artículo jurídico? También. Sucede que lo jurídico es político o lo político es jurídico; ambos coquetean, interactúan, se mezclan, lo cual hace que la lectura del derecho sea más compleja y rica a la vez.

En esta oportunidad, quisiera destacar cómo las decisiones políticas adoptadas desde los últimos días de diciembre del 2015 hasta la actualidad afectan la aplicación del derecho en clave de derechos humanos, focalizándose en las relaciones de familia que desde hace tiempo se lo entiende constitucionalizado y convencionalizado tal como surge de los arts. 1 y 2 del Código Civil y Comercial (CCyC)<sup>3</sup>. Es cierto que desde un primer acer-

---

1 Una primera versión más reducida de este trabajo ha sido presentada para integrar una obra colectiva cuyo título tentativo es "Escritos urgentes sobre ciencia, educación y justicia. Reflexiones frente al avance neoliberal", elaborada por los integrantes del Grupo Ciencia y Técnica Argentina (Adrián Paenza; Alberto Kornblihtt; Ana Franchi; Andrea Gamarnik; Andrés Kreiner; Carolina Mera; Daniel Filmus; Diego Hurtado; Diego Tatian; Dora Barrancos; Eduardo Dvorkin; Emmanuel Alvarez Agis; Federico Robledo; Felix Requejo; Fernanda Beigel; Graciela Morgade; Hugo Aimar; Jorge Aliaga; Jorge Geffner; José Paruelo; Juan Pablo Paz; Luis Alberto Quevedo; Marcelo Ruiz; Marisa Herrera; Mirta Susana Iriondo; Noé Jitrik; Osvaldo Uchitel; Pablo Nuñez; Raquel Chan; Roberto Salvarezza; Rolando González-José; Sandra Carli) y publicada por la editorial Punto de Encuentro en alianza con la Universidad Nacional de Avellaneda.

2 Investigadora Independiente, CONICET. Profesora, Facultad de Derecho UBA y Facultad de Economía y Ciencias Jurídicas de la UNLP. Integrante del Grupo Ciencia y Técnica Argentina.

3 Como se explicita en los Fundamentos que acompañaron al entonces Anteproyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial, antecedente directo del texto civil vigente desde el 01/08/2015: "La mayoría de los códigos existentes se basan en una división

camiento, se podría aseverar que los principales ámbitos afectados habrían sido el derecho penal y el derecho laboral, fácil y sintéticamente comprobada en la elocuente frase “este modelo no cierra sin represión”; entendida esta última noción en su acepción primaria, es decir, como afección a la integridad física; y también como restricción al derecho a la dignidad a través del trabajo como factor básico de inclusión social. Sin embargo, desde una perspectiva más profunda, no se puede dejar de observar cómo las relaciones de familia también habrían sufrido un claro retroceso producto de la degradación del tejido social a raíz de la reconceptualización del rol del Estado en el que los Derechos Humanos en acto, no tienen un lugar de relevancia sino sólo en los papeles a través de un logo como resabio de la denominación que ya traía algún Ministerio<sup>4</sup>.

Varios debates que se entendían sorteados vuelven a la escena jurídica de un modo un tanto perverso, es decir, mediante propuestas demagógicas y con poco espacio para intercambios verdaderamente plurales. El proyecto presentado por el Poder Ejecutivo en junio de 2017 de “libertad religiosa”<sup>5</sup>

---

tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina (...) Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”. Se trata, ni más ni menos, de un modo diferente de razonar y pensar el derecho civil y comercial fundado más en la ponderación que en la subsunción como método tradicional de pensar el Derecho, siempre teniéndose en cuenta los derechos humanos comprometidos.

4 ¿Acaso la propuesta para integrar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del abogado defensor de represores durante la última dictadura cívico militar, Carlos Horacio de Casas por parte del Estado Argentino que fuera rechazada por la OEA, no ha sido una prueba elocuente, entre tantas otras?

5 Proyecto de ley 0010/PE/2017 presentado el 12/06/2017. En especial, la preocupación máxima gira en torno al texto de los arts. 7 y 8. El art. 7 se refiere a la objeción de conciencia institucional y lo hace de una manera extremadamente amplia al sostenerse: 1) que “La buena fe del objetor se presume por la disposición a cumplir una prestación alternativa razonable, o por la existencia de una norma obligatoria expresa impuesta por la entidad religiosa a la que pertenezca de modo comprobado el objetor”; 2) que “El objetor no podrá recibir sanción ni sufrir discriminación alguna por el ejercicio de su derecho” y 3) que la objeción de conciencia puede ser ejercido en una gran cantidad de ámbitos como: “prestación del servicio militar, cumplimiento de tareas profesionales en el ámbito sanitario, sometimiento a tratamientos médicos, homenaje activo a símbolos patrios, juramentos, actividad laboral o escolar en días de fiesta o descanso religioso; ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 8° de la presente Ley en materia de adecuación razonable en los ámbitos pertinentes”; articulado este último que se refiere a la “adecuación razonable” de un supuesto derecho como lo es la objeción de conciencia, que de por sí tiene límites indefinidos o indeterminados; por lo cual es proclive a habilitar y justificar el incumplimiento de una gran cantidad de obligaciones jurídicas que repercutirían en flagrantes violaciones a los derechos humanos de las mujeres así como de toda persona que no profese culto alguno.

que pretende cambiar el paradigma constitucional de neutralidad estatal y la consecuente defensa por un Estado Laico, hacia uno que defienda la objeción de conciencia institucional para, en definitiva, dar por tierra una gran cantidad de derechos conquistados, como todos los que involucran a grupos sistemáticamente discriminados, como las personas LGBTI o las mujeres y el acceso a la interrupción del embarazo en los casos permitidos por la ley de conformidad con lo interpretado de la entonces Corte Federal en el resonado caso FAL<sup>6</sup>, cuando también la máxima instancia judicial del país se movía en aguas guiadas por los Derechos Humanos. Como bien se asevera en una nota de repudio elaborada por la Alianza de Abogadas/os por los Derechos Humanos de las Mujeres<sup>7</sup>, espacio que reúne a más de 200 abogadas/os de todo el país, dirigida a los diputados y diputadas integrantes de las comisiones Relaciones Exteriores y Culto; Legislación Penal y Presupuesto y Hacienda por ser las que deben tratarlo:

Los conceptos de Estado de Derecho y laicidad estatal o estado laico están entrelazados y uno no es posible sin el otro. El desarrollo, avances y consolidación de la obligada perspectiva de Derechos Humanos a la que estamos obligadas/os en virtud de nuestro texto constitucional, encuentra entre sus cimientos la defensa por la neutralidad religiosa. De este modo, el Estado no puede argumentando defender una falsa 'libertad religiosa', imponer determinadas preferencias y privilegios a ciertos credos, obligando a las personas y comunidades a seguir principios y reglas propias de religiones a las que no adhieren ni practican. Precisamente, la laicidad impone un deber de neutralidad estatal, por la cual el Estado no impone o promueve determinados cultos<sup>8</sup>; nota que culmina expresando: "Por estas razones basadas en la justicia social y como personas y colectivos comprometidos/as con la defensa de los derechos humanos en un ámbito plural y democrático que hemos forjado en nuestro país, solicitamos a las y los diputados/as de la Nación integrantes de las comisiones mencionadas, rechazar de plano la propuesta enviada por el Poder Ejecutivo Nacional, en virtud de la afectación directa y cabal a los derechos fundamentales que tal iniciativa implica para amplias franjas de la población argentina, en especial, para las mujeres, niñas/os y adolescentes, así como toda persona que no adhiera a culto alguno (Ciencia y Técnica Argentina, 2017).

---

6 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13/03/2012, "F., A.L. s/Medida autosatisfactiva", SJA 2012/05/23-3 Cita Online: AP/JUR/55/2012.

7 Quien firma este artículo integra esta Alianza.

En esta misma lógica crítica del contexto político y su impacto directo en la actuación de la Corte Federal se podría citar el retroceso que significa colocar en debate la legislación salteña en lo relativo a la educación religiosa en las escuelas públicas. ¿Acaso era un tema para abrir a la presentación de *amicus curiae*<sup>8</sup> y a audiencias públicas o, directamente, dictar sentencia y poner fin a un debate ya sorteado hace tantísimos años? ¿Sobre la base de qué vara la máxima instancia judicial federal abre o cierra debates judiciales que presume son de interés social? En esta misma línea, cabría preguntarse por qué el caso Muiña (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2017) no obtuvo el mismo tratamiento que el caso Castillo (Corte de Justicia de la Provincia de Salta, 2014) proveniente de una Corte provincial como la salteña, ancestralmente muy conservadora como la provincia en sí. Como es sabido, texto y contexto se retroalimentan y en esta línea, se podría aseverar que cada lugar tiene la corte que se merece; es decir, que el poder político decidió tener.

Lo que aquí se pretende visualizar es la interacción entre política y derecho a través de situaciones concretas que protagoniza el derecho civil, el que tampoco ha podido ni puede escapar de los embates de la política. ¿Acaso es casualidad la intención del Ministerio de Justicia de la Nación de modificar el CCyC a sólo dos años de su puesta en vigencia mediante la conformación de un grupo de trabajo integrado por juristas de reconocida trayectoria en grandes estudios jurídicos, académicos cercanos al poder eclesiástico y profesores conocidos por sus posturas conservadoras y, como era de presumir, en su gran mayoría varones?

---

8 Merecen destacarse dos *amicus curiae* presentados. Uno pertenece al profesor Laferriere, muy cercano al Arzobispado y acérrimo opositor a todas las leyes de ampliación de derechos en el campo de las relaciones de familia como la ley de matrimonio igualitario, identidad de género, muerte digna, cobertura en técnicas de reproducción asistida y como era de presumir, la regulación del Libro Segundo del CCyC. Este autor afirma: “es mi intención poder aportar reflexiones que contribuyan a la decisión de la causa en el sentido de sostener la constitucionalidad de la Constitución de Salta, de su legislación y de sus prácticas, de modo que se asegure el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme sus convicciones, lo que incluye la posibilidad de que reciban educación religiosa en las escuelas públicas”. En esta línea, este autor puntualiza que “la mención a Dios en el preámbulo y el explícito texto del artículo 2 de la Constitución Nacional, señalan una hermenéutica constitucional compatible plenamente con el reconocimiento de Dios y su lugar en la vida y las prácticas de la República Argentina”. Asimismo, entiende que “privar a los niños de la enseñanza religiosa conduce al analfabetismo porque, sin conocer nada sobre las religiones, le resultará muy difícil a un niño entender y disfrutar muchas obras de arte, y tantas referencias, directas e indirectas, que se han a las Sagradas Escrituras y a las tradiciones religiosas en la vida social”. El otro *amicus* corresponde al ex ministro de la Corte Federal, Rodolfo Barra, cuya afinidad con la Iglesia Católica es conocida. Ambos defienden, como era fácil de presumir, la obligación de la educación religiosa en las escuelas públicas salteñas.

Sí, es cierto, se trata de un artículo un tanto diferente a tantísimos otros. A mi entender, en los tiempos que corren, se necesita redoblar los esfuerzos por desenmascarar ciertos principios tan falaces como perversos que han rodeado al Derecho: que es “apolítico”, insípido, inodoro e incoloro como el agua. Todo lo contrario.

En definitiva, este artículo pretende colaborar a la necesaria deconstrucción del derecho, en el que es básico mostrar todas sus facetas; lo que dice, pero en especial, lo que silencia; lo que muestra, pero en particular, lo que esconde; lo que aún muchos académicos del derecho le tienen terror: aceptar que “*las facultades de Derecho son lugares intensamente políticos*” como afirma de manera elocuente y sabia el profesor norteamericano Duncan Kennedy (2004: 117).

### Cuando Ajuste, Estado y Derecho se contraponen

De manera harto sintética, es dable afirmar que las políticas neoliberales<sup>9</sup> se caracterizan, entre otras cosas, por revalorizar, endiosar y dejar ser y hacer a las grandes corporaciones transnacionales; a la par o ello es condición necesaria y suficiente para forjar un fuerte repliegue del Estado en su rol de garante último y esencial de los derechos humanos de todos los ciudadanos<sup>10</sup>.

Siguiéndose a Cantamutto y Schorr, investigadores del CONICET y miembros de la Sociedad de Economía Crítica al preguntársele acerca de cuál es el modelo económico del gobierno de la Alianza Cambiemos, responden que

Los datos oficiales permiten identificar un rumbo claro aunque no exento de contradicciones. No deben confundirse los titubeos y los pedidos de disculpas con una falta de orienta-

---

<sup>9</sup> Que algunos autores califican de un neoliberalismo “periférico” como lo asevera Hurtado al destacar que “A diferencia del neoliberalismo de países desarrollados como EE.UU., Gran Bretaña o Alemania -los ‘países normales’ en el ideal ahistórico macrista-, que sostienen con inversión pública masiva una intensa actividad científico-tecnológica como motor de la competitividad de sus economías, el neoliberalismo periférico de la alianza Cambiemos, en asociación con los grupos económicos empresarios de naturaleza financiera y oligopólica en sectores de procesamiento de materias primas, necesita elevar la desocupación a un 15% y bajar los “costos laborales” a través de una ley de ‘flexibilización laboral’. Es decir, la caída del salario real, el deterioro de las condiciones laborales y una menor cobertura de seguridad social, indemnizaciones, vacaciones, etc., paradójicamente aumentarían la competitividad de las empresas” (Hurtado, Diego, “Neoliberalismo periférico y ‘sociedad de des conocimiento’”, disponible en: <http://www.oetec.org/nota.php?id=2370&area=1>, compulsado el 08/05/2017).

<sup>10</sup> Modificar la redacción en términos de igualdad y no discriminación dejándose de lado el masculino que ha sido el que ha guiado y guía la escritura formal como informal, ha sido también uno de los tantos debates generados durante la época de extensión o ampliación de derechos en el que la perspectiva de género ha ocupado un lugar protagónico en ese entonces.

ción; ocurre que el rumbo elegido encuentra trabas sociales, que, aunque le hacen modificar el ritmo, no consiguen cambiar la dirección (...) Los ejes centrales de este rumbo son la apertura y la desregulación de la economía, que producen un severo ajuste social. No se trata del abandono del rol regulatorio del Estado, sino de su orientación en un sentido específico a favor de los intereses sectoriales bien concretos (Cantamutto, 2017:6).

He aquí entonces dos reflexiones a modo de disparadores.

La primera, contrariamente a lo que exponen los autores, sí sería pertinente hablar de “*abandono del rol regulatorio del Estado*” en el campo de los derechos humanos, en especial, de los derechos civiles y sociales porque, precisamente, su ampliación impactaría de modo negativo en intereses sectoriales bien concretos; véase como ejemplo lo que está aconteciendo en el campo del derecho a la salud<sup>11</sup>, en el que la mayor cobertura es vista como un “gasto” y de allí, toda la reestructuración profunda en diferentes niveles -tanto institucional como de recursos humanos- en la atención de la salud mental para estar a tono con la ley nacional de salud mental (ley 26.657) por imperio y fuerza de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad que a fines del 2014 adquirió jerarquía constitucional, y fue reafirmada en el nuevo Código Civil y Comercial; observándose un frustrante desarme de toda política de “desmanicomialización” a tono con el modelo social de la discapacidad pensada en la persona en su individualidad e identidad. Aquí la falta de regulación o cambio en la orientación regulatoria del Estado es sinónimo de darle la espalda a un grupo social claramente, vulnerable.

La segunda, se vincula a las “trabas sociales” a las que se alude. ¿En qué medida las limitaciones, frenos y contraofensivas sociales no son consecuencia de los derechos conquistados durante el kirchnerismo y reflejo de una transformación cultural en sentido amplio -también cabe para la ciencia y tecnología- “inconclusa”?

Repliegue del Estado y activismo social en los campos más sensibles o de cara a las personas (¿el tan vapuleado “populismo”?) constituyen la fricción que cuan nudo conductor, motoriza el presente artículo focalizado en los retrocesos y ciertas perplejidades en el cruce ¿perverso? entre neoliberalismo y derechos humanos civiles y sociales, destacándose que caracterizar de “humanos” a los derechos civiles y sociales puede ser una redundancia,

---

11 Se recomienda la lectura ácida de las múltiples entrevistas y artículos en el primer número de la Revista Soberanía Sanitaria, nro. 1, junio 2017, disponible en:<http://revistasoberaniasanitaria.com.ar/>, compulsado el 25/07/2017.

pero en las épocas que corren, tal reiteración forma parte de la no centralidad de los derechos humanos en la agenda pública de hoy.

Es sabido que el Estado se encuentra integrado por tres poderes, los cuáles se encuentran íntimamente entrelazados entre sí; en el que la decisión de uno impacta de manera directa en los demás a través de diferentes tipos de vínculos, más o menos visibles y más o menos aceptables, desde la media de lo políticamente correcto<sup>12</sup>. En este contexto, la degradación del lugar del Estado se la puede analizar a la luz de la “bipolaridad” observada en el comportamiento del Poder Legislativo. Por un lado, un fuerte desarrollo legislativo en contra de los intereses de las personas con una colaboración activa por parte de sectores que se podrían sintetizar bajo la noción ya asimilada de “opo-oficialistas” y por el otro, una agobiante baja en la calidad institucional medida sobre la base del grado y tenor de los proyectos de ley que se presentan y debaten en la “Casa del pueblo”.

¿Cómo avanzar en proyectos que profundicen la perspectiva de Derechos Humanos en un contexto en el que el corazón de esta mirada sintetizada bajo las palabras de “Memoria, Verdad y Justicia” se encuentra en franco retroceso, al punto de volver a colocar en la escena mediática la nefasta y perversa “Teoría de los dos demonios”, o en tela de juicio el número 30.000, con todo lo que ello significa, avalada por la máxima instancia judicial del país<sup>13</sup> y con la bendición de la Iglesia Católica?

¿Cómo poder siquiera, proponer ideas que puedan alcanzar formato de ley en diferentes cuestiones pendientes sobre determinados colectivos sociales sistemáticamente invisibilizados y discriminados que encontraron su espacio en la agenda pública de la denominada “docena ganada” (Herrera, 2016: 289-317), cuando el eje está puesto en la noción de “seguridad” y la consecuente mayor represión estatal? En este sentido, puestas en escena como la baja de la edad de punibilidad y la consecuente actualización de debates espasmódicos y demagógicos en torno al lema que se defiende de “No a la baja”; o en el mismo sentido – también a raíz de un caso doloroso se logró la sanción en fecha 5/07/2017 de una ley que modifica el régimen de ejecución de penas para los autores de delitos violentos, es decir, que los condenados por homicidios, robos con armas de fuego y violaciones

12 Como ejemplo, el avance contra la destitución de juicios solicitado de manera explícita por quien encabeza el Poder Ejecutivo, véase: “Desde el Pro piden juicio político para el juez Rafecas”, *Parlamentario*, 22/06/2016, disponible en: <http://www.parlamentario.com/noticia-92869.html> y “Piden juicio político a dos jueces que avalaron el aumento bancario”, *Perfil*, 21/02/2017, disponible en: <http://www.perfil.com/politica/trabajo-pidio-el-juicio-politico-de-los-jueces-que-avalaron-la-paritaria-bancaria.phtml>, compulsados el 03/05/2017.

13 Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, 03/05/2017, “Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro si recurso extraordinario”, op.cit.

dejarían de gozar del beneficio de las salidas transitorias y la libertad condicional; son hechos políticos -en definitiva, culturales desde una idea más compleja y profunda de este término- que giran sobre un interrogante clave: “¿Más cárcel y qué?”, colocándose en tela de juicio

desde la perspectiva de género, vemos varios problemas. Se hace evidente que el proyecto se presenta para dar una respuesta rápida ante las múltiples demandas que surgieron a partir del femicidio de Micaela, cometido por un hombre que cumplía una condena por violación y que estaba en libertad condicional, por lo que es una respuesta aislada y acotada ante una problemática que excede el marco punitivista, aunque no lo exime y que requiere un abordaje mucho más integral. Insistir con que el derecho penal es la única alternativa para enfrentar la violencia contra las mujeres, niñas y adolescentes es un error. El derecho penal sólo se hace efectivo cuando la violencia se ha manifestado sobre nuestros cuerpos. Un abordaje más eficiente sería considerarlo como una herramienta con la que contamos las mujeres, en el marco de muchas otras políticas públicas, que deberían existir para prevenir y erradicar la violencia de género, así como dispositivos de acción que resuelvan los problemas materiales de las mujeres que atraviesan situaciones de violencia y que les brinden alternativas y opciones. A su vez, se hace urgente que el Poder Judicial incluya la perspectiva de género y que se presenten iniciativas de paridad para los altos cargos dentro del Judicial, así como capacitaciones de calidad e importancia sobre la problemática. Actualmente el Poder Judicial trabaja con nula percepción del riesgo en el que nos encontramos las mujeres y suele incurrir en revictimizaciones basadas en estereotipos de género que poca relación tienen con la realidad (...) En un sistema patriarcal donde el machismo es ley, queda claro que quienes violan y matan a las mujeres no están incumpliendo las leyes, por el contrario, las están enunciando y exponiendo. Por eso, en lugar de destinar recursos a endurecer las penas, el Estado debería, por empezar, abocarse a impulsar la paridad de género en las listas legislativas; debido a que resulta casi cínico que las leyes destinadas a defender la vida, los derechos, las libertades y la integridad de las mujeres, se debatan en un espacio integrado en su mayoría por varones sin perspectiva feminista (59% 29 mujeres y 43 varones) y a diseñar políticas públicas y de capacitación desde

todos los espacios, con el fin de que no tengamos que morir para que se exija “justicia” en nuestro nombre” (Comunicado de la Red de Mujeres, 2017).

Es así que con una baja expectativa pero un claro compromiso social, varias activistas, académicas e investigadoras sociales elaboraron un proyecto de ley, la “Ley Micaela”<sup>14</sup> que, defendiendo una línea preventiva y no represiva, dispone en su art. 1: *“Establécese la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres, para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías.”*

¿Será entonces que las políticas neoliberales bregan más por salidas superficiales y efectistas en términos electorales más que por soluciones reales, en las que se utiliza a colectivos vulnerables como los adolescentes y las mujeres como excusa para lograr un mayor “orden”, es decir, endurecer las penas?

Tampoco se ha podido avanzar en conflictivas que pretendieron ser resueltas en una ley especial como aconteció con la cuestión del embrión no implantado o in vitro que tanta polémica generó durante el debate del nuevo Código Civil y Comercial en su art. 19 dedicado a establecer cuándo comienza la existencia de la persona humana. Al respecto, cabe recordar que este articulado, en su versión original, mantenía la redacción del Código velezano fundado en la noción de concepción siendo este el término que utiliza la Corte Americana de Derechos Humanos en su art. 4.1. Ahora bien, en el caso de técnicas de reproducción humana asistida se aclaraba que la concepción se producía recién con la implantación del embrión en la persona y, por lo tanto, el embrión no implantado no podía ser considerado persona. En otras palabras, la necesidad de diferenciar “fecundación” que es la unión entre óvulo y esperma, de “concepción” que acontece cuando el embrión anida y comienza a desarrollarse dentro del cuerpo de la persona. Esta propuesta fue quitada por presión de la Iglesia Católica y como solución de consenso, se decidió que una ley especial regulará todo lo relativo al embrión<sup>15</sup>. Así se hizo en un proyecto de ley (581 y 4058-D-14, OD 1003) que fue aprobado en la Cámara de Diputados el 12/11/2014

14 1776-D-2017 presentado por el bloque del FPV.

15 Para profundizar esta cuestión no pudo ser abordada a la altura de las circunstancias tampoco en la gestión anterior ver entre otros: Herrera, Marisa; Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lamm, Eleonora, “Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima” en LA LEY 27/11/2014, 1 Cita online: AR/DOC/4369/2014; Herrera, Marisa; Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lamm, Eleonora, “El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH” en LA LEY 28/12/2012, 1 Cita Online: AR/DOC/6204/2012 y Herrera, Marisa; Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lamm, Eleonora “El embrión no implantado - Proyecto de Código unificado. Coincidencia de la solución con la de los países de tradición común” en LA LEY 10/07/2012, 1 Cita Online: AR/DOC/3340/2012.

en el que se pretendía cerrar el círculo de la regulación de un tema que parecería ser sensible por los aspectos éticos que comprometen las técnicas de reproducción asistida. ¿En qué sentido se regulaba la cuestión del embrión, en especial, lo relativo a su destino? De manera amplia, es decir, permitiéndose todos los destinos posibles, esto es: 1) criopreservación para posteriores tratamientos de la pareja o persona; 2) donación para terceros, 3) donación para investigación y 4) decidir el cese de la criopreservación o sea, su descarte por elección libre de las personas que se someten a estas prácticas y por alguna razón no quieren hacer uso de los demás destinos. ¿Qué sucedió con ese proyecto en la Cámara de Senadores? Por pedido de quienes lo impulsaban -un grupo de investigadores, organizaciones de pacientes, médicos y demás profesionales que trabajan en la temática- en una reunión mantenida en Casa de Gobierno, decidieron que el proyecto no sea tratado y, por lo tanto, que pierda estado parlamentario. ¿Cuál fue la razón para que los propios impulsores del proyecto de ley breguen por su caída? La propuesta gubernamental de que una organización de la sociedad civil del Opus Dei se hiciera cargo de los embriones existentes en el país. Nunca se había tenido una respuesta estatal de este tenor y ante este contexto, se apeló a un dicho que suele ser escuchado en los pasillos de ámbitos jurídicos: *“es mejor no tener ley, que tener una mala ley”*. ¿Acaso si los embriones in vitro según el gobierno son persona, no deberían hacerse cargo ellos de estas “personitas” como garante último de los derechos humanos de los ciudadanos y no una organización no gubernamental? El conocido y en su momento bien criticado “onegeísmo”, pareciera ser otro principio clave del actual neoliberalismo periférico.

Es así como todo el esfuerzo y consenso logrado durante la gestión anterior en alcanzaren la Cámara de Diputados la aprobación de una normativa laica en un tema como la reproducción asistida en el que la religión suele adquirir un rol central o determinante, se diluyó casi de manera instantánea después de una reunión en el hábitat cotidiano donde transcurre y discurre el Poder Ejecutivo. En fecha 02/03/2017 se presentó un nuevo proyecto, igual de progresista que el anterior en lo que respecta al embrión no implantado y más extenso al abarcar otras cuestiones que en su momento no pudieron ser consensuadas. ¿Este nuevo proyecto se convertirá en ley durante esta gestión? La respuesta negativa se impone; su presentación sólo responde a la necesidad y el compromiso de seguir colocando en la agenda legislativa voces progresistas que se animen a dar el debate por un ordenamiento jurídico laico, en la misma sintonía del camino que se comenzó a gestar y construir hace algunos años cuando se sancionaron leyes absolutamente rupturistas que se animaron a poner en crisis “lo natural” o “lo dado”, es decir, nociones ancestrales como heterosexualidad, patriarca-

lismo, y potestad; leyes destinadas a una determinada clase social: media, blanca y educada.

Como bien lo asevera Alicia Ruiz en un artículo titulado “Mujeres y Justicia” en el que critica de manera acertada la noción “Todos” que suelen utilizar las leyes:

Entre esos “todos” no están los pobres, ni los inmigrantes, ni los desocupados, ni aquellos a los que por su color de piel, por su creencias religiosas, por su opción sexual, por su ideología política, por su adicción, por estar acusados de un delito o por haber sido condenados, por estar en prisión o por haber salido de ella, por estar enfermos sin atención o por haber sido aislados en una institución médica, por ser un niño o un adolescente con “problemas de conducta o “en situación de calle”, etc. La lista sería interminable; en ella están los “desechables” (según Balibar), los excluidos, los negados, los perseguidos a los que justamente el derecho debería amparar. El horizonte luminoso de la igualdad es apenas perceptible. Una ilusión que sostiene malamente el imaginario de la modernidad frente a un mundo oscuro y opaco, habitado por individuos sin identidad ni reconocimiento, a los que se procura invisibilizar, desconocer y olvidar. Seres vulnerables de “vulnerabilidad extrema” hacia los cuales solo se dirigen, casi siempre, y en el mejor de los casos, miradas indiferentes (encubiertas a veces de un manto de piedad definitivamente hipócrita) o disfrazadas bajo alguna forma de “asistencialismo” (Ruiz, 2017 en línea).

Precisamente, una de las grandes conquistas en materia de derechos civiles y sociales en el sentido más profundo y amplio del término “social” que incluyen los derechos civiles y políticos, ha sido desenmascarar esa idea impersonal, escéptica e hipócrita de presumir que somos todos iguales y que ese “Todos” nos iguala, sin atreverse a mirar las desigualdades y actuar en consecuencia. Accionar que, en la gran mayoría de las veces, involucra un rol activo por parte del Estado desde sus tres poderes, el legislativo al reconocer las diferentes identidades, el judicial al intervenir de manera supletoria ante cualquier incumplimiento y el ejecutivo, el más comprometido a través de la implementación de diferentes políticas públicas.

En este contexto adverso, cabe preguntarse cuál es el rol de las ciencias sociales. ¿Acaso el impulso y expansión de la investigación social no se relaciona de manera directa con el contexto sociopolítico en el cuál se desarrollan? En esta línea argumental, es entendible que se vuelva a una falsa disyuntiva entre ciencias duras y ciencias blandas, o de una manera más

mediática, entre ciencia “útil” e “inútil” como lo expusieron a modo de diálogo forzado dos medios periodístico del *establishment*, cuando aseveraron que “El Conicet decidió darles prioridad a los investigadores ‘más útiles’ para el país” (Sigal, 2017) y al poco tiempo, otro le respondió preguntándose “¿Ciencia ‘inútil?’ Por qué la investigación básica, humana y social es estratégica” (Kukso, 2017). ¿Cómo caímos de manera regresiva, a esta vieja y perimida disyuntiva? Al igual que “caímos de la educación pública”, estas caídas forman parte, marcan y delimitan una determinada época.

Esto lo expone de manera precisa Carolina Mera quien al preguntarle sobre

¿Para qué sirven las ciencias sociales? ¿Por qué, todavía en 2017, hay que justificar la importancia de sus contribuciones en las dinámicas de la sociedad? ¿Por qué los grupos hegemónicos construyen campañas de desprestigio que las ubican como blanco principal? ¿De qué manera su enfoque contextual, histórico y desmitificador incomoda al poder? Y, por otra parte, ¿qué lugar ocupan las mujeres en el sistema científico? ¿Es cierto que si bien hay mejores posibilidades, los puestos de jerarquía se reservan para los hombres?”. Se responde con absoluta convicción que partiéndose de la idea de que “Pertenecemos a un capitalismo brutalmente excluyente y productor de desigualdades en todos los planos. Una realidad que constantemente interpela a las ciencias sociales y las invita a producir conocimientos para modificar el presente” es que “la reflexión científica, crítica y comprometida incomoda al poder siempre que obliga a nuestros representantes a diseñar estrategias que nada tienen que ver con las respuestas inmediatas. Justamente los grupos económicos concentrados son los responsables de promover la seguridad vía la represión y el control, la medicalización, la estigmatización de los migrantes como “chivos expiatorios” en momentos de crisis, recesión y ajuste. De este modo nadie puede decir que las ciencias sociales no sirven, por el contrario, son muy útiles para pensar un mundo desde una perspectiva que al sistema capitalista, neoliberal y hegemónico no le conviene (Mera, 2017).<sup>16</sup>

Esto mismo habría acontecido -en buena hora y a lo mejor con menor fuerza que en otros ámbitos sociales- en el mundo jurídico a la luz de la bandera de los Derechos Humanos.

---

16 Reportaje a Carolina Mera en <https://www.pagina12.com.ar/52444-la-reflexion-cientifica-critica-incomoda-al-poder> compulsada el 26/07/2017.

## Hacia una agenda de resistencia propositiva: los logros como fortaleza y escudo

Una buena sobredosis de producción legislativa han marcado a los gobiernos kirchneristas; solo por hacer un brevísimos paneo en orden ascendente: la ley 25.871 de Migraciones; la ley 25.778 que le otorga jerarquía constitucional a la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad; la ley 25.929 que obliga a las obras sociales y prepagas a cubrir determinadas prestaciones por embarazo y derivado del parto y post parto; la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes; la ley 26.130 que reconoce el derecho a acceder a la ligadura de trompas y vasectomía de derechos de la relación médico paciente; ley 26.150 que crea el Programa de Educación Sexual Integral; la ley 26.165 de “Reconocimiento y Protección al refugiado”; la ley 26.206 de Educación Nacional; la ley 26.227 que crea el Consejo Federal de la Juventud; la ley 26.298 que aprueba la Convención Internacional para la Protección de las Personas contra las Desapariciones Forzadas; la ley 26.390 que prohíbe el trabajo infantil y protege el trabajo adolescente; la ley 26.485 de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales; la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual; la ley 26.529 de “Derechos de los pacientes en su relación con los profesionales e instituciones de la salud”; la ley 26.618 conocida como “ley de matrimonio igualitario”; la citada ley 26.657 de “Derecho a la protección de la salud mental”; la ley 26.682 que regula el régimen jurídico de la medicina prepaga; la ley 26.742 conocida como “ley de muerte digna”; la ley 26.743 de identidad de género; la ley 26.776 que amplía el derecho al voto al permitir de manera optativa a los adolescentes desde los 16 años; la ley 26.842 para la “prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas”; y la ley 26.862 de acceso integral a las técnicas de reproducción asistida<sup>17</sup>. Aquí sólo se citan una veintena de cuerpos normativos que permiten advertir de manera contundente, el tenor de los debates que ellos han generado y en especial, la ampliación y profundización de los derechos humanos en sus diferentes facetas y vertientes, sin poder dejar de lado lo que ha implicado para la vida cotidiana de las personas en un lapso nada desdeñable -desde el nacimiento o incluso antes, hasta la muerte- como lo es el Código Civil y Comercial tras 144 años de vigencia de una legislación absolutamente vetusta, anacrónica, individualista, patrimonialista y elitista. U otras decisiones políticas elocuentes como lo fue darle autonomía al de-

17 Para tener un panorama más amplio sobre las conquistas legales adquiridas durante el gobierno de Néstor y CFK se recomienda compulsar: 10 años de Políticas Públicas para la Inclusión y la Igualdad. Compendio Normativo 2003-2013, Dirección Nacional de Registro Oficial. Secretaría Legal y Técnica. Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 2013.

sarrollo científico y tecnológico al crear por Decreto 21/2007 el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva.

Los derechos y consecuente empoderamiento que emanan de estas y tantas otras leyes, han cumplido un papel central en esta etapa nacional y popular, signada por una fuerte dosis de una triple “r”: ruptura, resistencia y relato. No por nada somos protagonistas de una sociedad que defiende con el cuerpo la política de derechos humanos bajo el lema de “Memoria, Verdad y Justicia”, tal como se lo ha visto en una Plaza de Mayo que rebalsaba de hombres y mujeres agitando con fuerza en el aire pañuelos blancos a modo de un verdadero “grito humano” en contra del nefasto fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuya composición actual es producto también de una determinada época.

En esta misma línea sobre lo que significa, involucra o implica el valor social que emana de diferentes “gritos humanos”, cabe traer a colación la lucha que yace detrás de la consigna “Ni una menos” que también es producto de los debates que se han generado gracias al lugar de relevancia que ha tenido la cuestión de género en la agenda pública durante el gobierno k.

Como síntesis de este movimiento y movilización social (¿cuánto habrá tenido de útil la investigación social en todo esto?), cabe traer a colación las palabras de la reconocida filósofa norteamericana Judith Butler en “Cuerpos aliados y luchas políticas. Hacia una teoría performativa de la asamblea”:

(...) podría pensarse que estas manifestaciones multitudinarias no eran más que una forma de expresar el rechazo colectivo a la precariedad impuesta en términos sociales y económicos. Pero en realidad son mucho más que eso. Lo que vemos cuando los cuerpos se reúnen en la calle, en la plaza o en otros espacios públicos es lo que se podría llamar el ejercicio performativo de su derecho a la aparición, es decir, una reivindicación corporeizada de una vida más visible” (Butler, 2017: 31)

podría agregarse, de una vida más dignamente vivible<sup>18</sup>. Este derecho a la aparición de diferentes “Todos”, visibilizado, gestado y profundizado durante la “docena ganada” es consecuencia, entre otras causas, de un desarrollo de las ciencias sociales activo y activista, en el que pudieron coexistir y retroalimentarse distintos modos y niveles de investigación; en el que también se pudo salir de la falaz contraposición entre teoría y práctica, in-

---

18 Butler, Judith, *Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría de la performatividad*, Paidós, Buenos Aires, 2017, p. 31.

investigadores de “escritorio” o de “elite” e investigadores de “campo” o “militantes” en el sentido más puro del término, es decir, investigadores que defienden las banderas de justicia social, independencia económica y soberanía política en el campo de la ciencia y técnica, siendo que todo desarrollo científico no puede estar desligado de un determinado modelo de país.

¿Por qué será que el término “popular” ha tenido tanto rechazo en ciertos ámbitos como el Derecho y la Ciencia? Es cierto que en este último se avanzó mucho entre el 2003-2015, en especial, desde la creación del Ministerio de Ciencia y Tecnología a tal punto que en el tercer piso del edificio del CONICET ubicado en el Polo Científico se aloja un Programa denominado “Popularización de la Ciencia e Innovación”. ¿Acaso las facultades de derecho más recientes, las creadas en dicho período no habría venido a intentar romper con esa lógica elitista, jerárquica y un tanto hipócrita, que tipifican a la enseñanza del derecho y, en definitiva, a la formación de lxs abogadx? Solo cabe traer a modo de ejemplo, una noticia que acaparó durante varios días la atención de varios medios de comunicación como lo fue haber logrado el título de abogadx personas que son primera camada de profesionales, de condiciones sociales adversas para alcanzar una formación universitaria<sup>19</sup>. Una vez más, fácil se advierten las consecuencias de modelos antagónicos, inclusivos o exclusivos en el acceso a la educación universitaria y a una determinada formación, en el que lo popular forma parte del contexto de vida y a la par, de un modo de ver, entender, transmitir y vivir el Derecho.

## Nuevos desafíos

### 4.1. Cuando las voces apocalípticas ya son un recuerdo

¿Qué nos ha deparado la práctica judicial en las relaciones de familia a dos años de vigencia del CCyC? Varios aportes y en especial, interesantes enseñanzas para quienes hemos tenido la responsabilidad de generar un fuerte y necesario debate que se puede sintetizar en la clara puja auspiciada por la doctrina internacional de los derechos humanos entre un derecho de familia en singular -tradicional y conservador- y un derecho de las familias plural -inclusivo y progresista-.

A modo de primera y rápida conclusión. Fácil se puede observar que la nueva regulación civil y comercial no generó ningún “caos” como vati-

---

<sup>19</sup> En este sentido, véase: “Mi hijo el doctor”, Página 12, 02/07/2017, disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/47613-mi-hijo-el-doctor>; Emilia Vexler, “La historia de la empleada doméstica que se recibió de abogada para ayudar a su marido preso”, Clarín, 06/07/2017, disponible en: [https://www.clarin.com/sociedad/empleada-domestica-recibio-abogada-ayudar-marido-preso\\_0\\_SyEoHTjVZ.html](https://www.clarin.com/sociedad/empleada-domestica-recibio-abogada-ayudar-marido-preso_0_SyEoHTjVZ.html); “La caja negra de las universidades nacionales”, LA NACIÓN, 09/10/2016, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1945372-la-caja-negra-de-las-universidades-nacionales>, compulsados el 25/07/2017.

cinaban tantísimos autores aferrados a un derecho y, en definitiva, a una sociedad que ya no existe; siendo la actual absolutamente dinámica, compleja y contradictoria en diferentes sentidos y direcciones. Incluso nada de lo que se pregonaba sucedió en un aspecto puntual como lo es el derecho transitorio que tanto preocupó a uno de los representantes de ese derecho perimido como lo es Julio Rivera quien esgrimió varios reparos críticos en torno a la regulación propuesta en el art. 7 del CCyC. Básicamente y como síntesis para entender el porqué de tal resistencia, este autor coloca en crisis el término “progreso”. En este sentido, aseveró que

no todo lo que se presenta bajo el rótulo ‘progreso’ es tal. La gran ventaja del progresismo es la denominación que recubre de anticipado valor a ideas que en realidad muchas veces se demuestran después nocivas. Más dudas acarrea este presunto “progreso” si —como se ha visto en ciertas presentaciones del Cód. Civ. y Com.— para imponer ese “progreso” se muestra un hacha que simboliza el modo en que ha de abrirse la cabeza de los abogados y jueces para que les entren algunas de las ‘buenas nuevas ideas’ (Rivera, 2015:1)

En primer lugar, se observa que este autor tendría muy poco sentido del humor. Comenta Kemelmajer en varias de sus charlas una anécdota que compromete a una amiga jurista uruguaya quién con ironía, cuenta que debe dormir con un hacha en la mesa de luz para poder reconocer y aceptar todos los cambios vertiginosos que acontecen en la realidad contemporánea; y que abriéndose la cabeza con la ayuda de ese objeto ha podido comprender y entender el medio en el que tiene que interactuar. Se trata de una manera elocuente y a la vez, pedagógica de decir lo que ha expresado de manera poética y tan elocuente Ricardo Güiraldes -frase muy citada por la mencionada Kemelmajer en varias de sus conferencias dictadas en el marco del debate del entonces Anteproyecto de reforma-: “...Huir de lo viejo. Beber lo que viene. Tener alma de proa”. Sin lugar a duda, varios doctrinarios/as se niegan a llevar adelante un acto de valentía como el que propone el recordado autor de “Don Segundo Sombra” y, en definitiva, también lo hace la legislación civil y comercial en la regulación de las relaciones de familia.

Puntualmente, en lo que se refiere al derecho transitorio receptado en el art. 7 del CCyC -siendo una de las excepciones a la regla que allí se propone el tema particular de la filiación derivada por técnicas de reproducción asistida en una de las disposiciones transitorias de la ley 26.994 (art. 9)-, Rivera afirma:

La abrupta entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (en adelante “CCyC”) es causa de infinitas preocupaciones, dudas y controversias. No puedo dejar de señalar que Aída Kemelmajer de Carlucci —cuyos siempre agudos comentarios y observaciones debo agradecer pues señalan mis errores y me obligan a seguir estudiando el tema— cree en cambio que la aplicación del nuevo Código es más sencilla de lo que algunos comentarios agoreros —entre ellos los míos— anticipaban. Con el máximo respeto por nuestra colega creo que su optimismo nace de una visión parcial, la de los profesores, y quizás la de algunos jueces. Los abogados hemos —por un lado— sumado infinitas dudas sobre la extensión e interpretación de algunos textos cruciales (los contratos de opción, las facultades de los jueces para modificar los contratos aun de oficio, la adecuación de los conjuntos inmobiliarios, la satisfacción de las obligaciones en moneda extranjera, los recursos contra el laudo arbitral, etc., etc.), lo cual —por cierto— es lo que sucede siempre que entra en vigencia una nueva ley y se requiere de tiempo para que se consoliden las interpretaciones (Rivera, 2015:149)

Esta afirmación podría ser analizada desde diferentes ángulos, aquí solo nos interesa contrarrestarla con la realidad judicial que, en definitiva, es la que parecería que le interesa al autor que más allá de ejercer la profesión y como bien se dice como “todos los caminos conducen a Roma”, cualquiera sea el lugar desde donde se hable, todos confluyen en la práctica judicial. Desde esta óptica, la jurisprudencia nacional no le devuelve en espejo lo que vaticinaba el autor; todo lo contrario. La cuestión que más debate habría generado en la doctrina como lo es el cambio de sistema de divorcio causado a uno incausado, fue aceptado casi unívocamente por todos los tribunales del país, excepto la Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza que al poco tiempo la Corte Suprema de Justicia de Mendoza se encargó de aclarar y cerrar un debate que quedó en absoluta soledad y ya sorteado<sup>20</sup>.

20 En esta línea ver, entre otros: Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, 02/03/2017, “B. V. c/ O. S. s/ divorcio vincular contradictorio”, El Dial online Cita: MZ5748; Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, 06/02/2017, “M.G. c/ S.C.S. s/ divorcio vincular contencioso”, Microjuris online Cita: MJ-JU-M-102823-AR | MJJ102823 | MJJ102823; Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, 11/03/2016, “P. M. A. del R. c/ A., J.A. s/ divorcio vincular contencioso – división de sociedad conyugal”, LLGran Cuyo 2016 (agosto), 7 Cita online: AR/JUR/13582/2016 y Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, 22/03/2016, “M. F. A. c/ A. I. s/divorcio vincular contencioso”, Microjuris online Cita: MJ-JU-M-97396-AR | MJJ97396.

La misma suerte corrió la cuestión de la obligación alimentaria, en particular, qué sucede con aquellas cuotas alimentarias establecidas en el marco de un divorcio culpable a favor del cónyuge inocente bajo la nueva legislación civil y comercial que derogada el régimen de divorcio causado (subjetivo como objetivo) y por lo tanto o como consecuencia de ello, desaparece del texto legal los alimentos como sanción al cónyuge culpable. La jurisprudencia no observó un acalorado debate como se vaticinaba, sino que en la actualidad es conteste en sostenerse que tales obligaciones quedaron extinguidas desde el 01/08/2015<sup>21</sup>. Una vez más, Rivera esgrimió su crítica a esta postura jurisprudencial que ha tenido buena recepción en la doctrina al aseverar que

más allá de la opinión de Roubier y del evidente cambio de modelo de familia matrimonial y de los deberes causados en ella, así como de la supresión de la noción de culpa en el divorcio, el crédito alimentario reconocido al amparo de la legislación anterior subsiste, pues su privación por la nueva legislación afectaría la garantía constitucional de la propiedad. Y si se concretara la privación de tal crédito, ello comprometería la responsabilidad del Estado por acto lícito<sup>22</sup>; por lo tanto, sostiene que “ese crédito es inconstitucional (Rivera 2017: 1)

¿Un crédito puede ser declarado “inconstitucional”? ¿Y una ley -el CCyC- ser declarado tal por no mantener una obligación que era entendible

---

Asimismo, varios trabajos han comentado la cuestión como ser: Ciolli, María Laura y Albornoz, María Claudia del V., “Interpretación del artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación en el divorcio incausado”, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2016-1, 25 Cita Online: AR/DOC/4084/2015; Culaciati, Martín Miguel, “La aplicación inmediata del Código Civil y Comercial a los divorcios en trámite sin sentencia firme”, LLBA 2015 (diciembre), 1190 Cita Online: AR/DOC/3608/2015; Hayes, Ricardo Rubén Enrique y Pandiella Molina, Juan Carlos, “Divorcio vincular contencioso. Aplicación del Código Civil y Comercial”, LLGran Cuyo 2015 (diciembre), 1165 Cita Online: AR/DOC/4060/2015; Molina de Juan, Mariel F., “No hay más inocentes ni culpables en el divorcio argentino”, LA LEY 18/05/2016, 5 Cita Online: AR/DOC/1494/2016 y Yuba, Gabriela, “La aplicación del art. 7 del Código Civil y Comercial en un caso de divorcio”, DFyP 2015 (octubre), 93 Cita Online: AR/DOC/3211/2015.

21 Recomendamos compulsar como primer fallo en este sentido y por ende, el que marcó el rumbo de la cuestión en la jurisprudencia nacional el dictado por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 01/12/2015, “M. L., N. E. c. D. B., E. A. s/ alimentos” (LA LEY 30/05/2016, 4 Cita Online: AR/JUR/70851/2015) y los comentarios generados en la doctrina: Castro, Verónica A., “Alimentos devenidos de la culpabilidad en un divorcio causado”, RCCyC 2016 (julio), 79 Cita Online: AR/DOC/1114/2016 y Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Molina de Juan, Mariel F., “La obligación alimentaria del cónyuge inocente y el derecho transitorio. cuando las piezas se van acomodando”, LA LEY 30/05/2016, 4 Cita Online: AR/DOC/1550/2016.

en el marco de un sistema que buscaba vencidos y vencedores en una cuestión tan compleja como íntima como lo son las relaciones matrimoniales?<sup>22</sup>

En definitiva, fácil se puede concluir una vez más que “todos los caminos conducen a Roma”; que la cuestión del derecho transitorio no es una crítica a este tema pasajero ya que con el tiempo va perdiendo interés práctico, sino que detrás de él se esconden las mismas críticas que generó la regulación de las relaciones de familia en el entonces Anteproyecto y ahora CCyC; es decir, la necesaria y sana tensión entre lo nuevo y lo viejo, un derecho de familia pacato, elitista, para unos pocos y un derecho de las familias, con la riqueza y la complejidad que se derivan de las relaciones de afecto en un país del tercer mundo en el que los derechos sociales, económicos y culturales, en el que las diferentes identidades están -y en buena hora- muy presentes.

## 4.2. Cuán fuerte es el envión progresista

### 4.2.a. Una quita que toma un protagonismo ascendente

Siguiéndose con el principio de realidad y la imagen que nos devuelve el espejo jurídico al cual nos debemos enfrentar, entiendo interesante destacar dos temáticas que cada vez alcanzan un lugar de mayor preponderancia e interés en la doctrina y jurisprudencia nacional. Nos referimos a la figura de la gestación por sustitución y la denominada “triple filiación” y la consecuente puesta en crisis de un principio central en el derecho filial tradicional. Aquí nos focalizaremos en el primero: en la gestación por sustitución (GS) desde una perspectiva crítica como la que siempre se ha seguido, es decir, pretendiendo problematizar qué hay detrás o por delante de las normas o las propuestas legislativas, qué intereses las movilizan, qué facetas se excluyen o silencian y qué tensiones generan.

Como bien se lo define en uno de los cuatro proyectos que se encuentran en la Cámara de Diputados al momento en que se redacta el presente ensayo, la GS “*constituye un procedimiento de técnicas de reproducción médicamente asistida por medio del cual una persona, denominada gestante, lleva adelante un embarazo con el fin de que la persona nacida tenga vínculos de filiación con una persona o pareja denominada comitente/s con quien/es la gestante posee lazos afectivos*”<sup>23</sup>.

22 Se recomienda estar atentos a las conclusiones que se arriben en la comisión de familia de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil a realizarse en la ciudad de La Plata, ya que estas voces conservadoras se harán sentir con fuerza como reacción a todos los avances que han operado en el derecho argentino en los últimos años y en el que cabe colocar como hito normativo la ley 26.618; en lo personal, de gran orgullo legislativo nacional.

23 Art. 3 del proyecto 5759-D-2016 que quien suscribe ha formado parte del equipo interdisciplinario de redacción presentado por un grupo de diputados del FPV, encabezado por la chaqueña Analía Rach Quiroga.

Si bien esta figura pretendía ser regulada en el texto civil y comercial y así lo propuso el entonces Anteproyecto de Reforma, esta iniciativa quedó trunca durante el debate parlamentario por presión de dos actores antagónicos: la Iglesia Católica -actor social opositor por naturaleza a todos los avances o progresos legislativos en el campo de las relaciones de familia- y voces provenientes del feminismo más radical. Como se suele decir en política, a veces los extremos se parecen, concluyen o se unen, si bien por argumentos bien disímiles, pero con resultados o conclusiones similares.

Ahora bien, qué ha sucedido desde entonces. En primer lugar, cabe un reconocimiento a aquella iniciativa frustrada porque gracias a ella, el tema no sólo ha sido instalado -y por ende, visibilizado- en el derecho argentino, sino que también habría marcado un modo de tratamiento de la temática en el que se pretendía desde sus orígenes, proteger a la mujer gestante reconociendo que es la persona más vulnerable de todos los protagonistas en las historias de GS; incluso, más que el niño o niña que pudiera nacer de esta especial técnica de reproducción asistida, ya que en este caso, el niño o niña aún no ha nacido y por lo tanto, la persona más débil en la primera etapa de la GS es la gestante. Más aún, centrándose en el niño o niña ya nacido de este modo, cabría preguntarse cuál es la incidencia en la construcción de vínculos de afecto genuinos y transparentes plataformas legales que permitan relaciones claras, seguras y previsibles en tal edificación de parentalidades contemporáneas.

La segunda cuestión que vale destacar, gira en torno a un principio que ha estado muy presente a modo de cimiento en la redacción del ahora vigente CCyC, me refiero al principio de realidad. Si bien cuando se estaba redactando el Anteproyecto sólo se tenía conocimiento del primer planteo judicial de GS realizado en el país y al poco tiempo, el segundo caso que terminó siendo por cuestiones procedimentales o formales, la primera sentencia sobre esta temática, el sentenciado por el Juzgado Nacional en lo Civil nro. 86 de Capital Federal en fecha 18/06/2013<sup>24</sup>; lo cierto es que hasta la actualidad ya se cuentan con un total de 19 precedentes que dan cuenta<sup>25</sup>,

24 Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 86, 18/06/2013, “N.N. o D. G., M. B. M. s/ inscripción de nacimiento”, LA LEY 01/07/2013, 2 Cita Online: AR/JUR/23081/2013

25 Además del mencionado primer fallo, le han seguido los restantes 18 precedentes que de manera ascendente son los siguientes: 1) Juzgado de Familia, Gualeguay, 19/11/2013, “B.M.A. c. F.C.C.R. s/ ordinario” (LA LEY 2013-D, 195 Cita Online: AR/JUR/89976/2013); 2) Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7, Rosario, 2/12/2014, “XXX s/ maternidad por sustitución” (RDF 2016-III, 135 Cita Online: AR/JUR/90178/2014); 3) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 102, 18/5/2015, “C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/ impugnación de maternidad” (LA LEY 2015-C, 522 Cita Online: AR/JUR/12711/2015); 4) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 83, 25/6/2015, “N.N. O s/ inscripción de nacimiento” (La Ley Cita Online: AR/JUR/24326/2015); 5) Juzgado Familia Nro. 1, Mendoza, 29/7/2015, “A. C. G. y otro s/ medida autosatisfactiva” (ED 264, 409 Cita online: AR/JUR/28597/2015); 6) Juzgado de Familia Nro. 1, Mendoza, 15/12/2015, “C.M.E. y .J.R.M. s/ inscripción naci-

de manera elocuente, que la GS es una realidad social instalada en la jurisprudencia y doctrina nacional<sup>26</sup>.

---

miento” (disponible en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/fa-pcial-juz-flia-no1-men-doza-gestacion-por-sustitucion/>, compulsado el 25/7/2017); 7) Juzgado de Familia Nro. 9, Bariloche, 29/12/2015, “autos reservados” (La Ley Cita online: AR/JUR/78613/2015); 8) Juzgado Familia Nro. 7, Lomas de Zamora, 30/12/2015, “H. M. y otros s/ medidas precautorias art. 232 del CPCC” (LA LEY 02/05/2016, 6 Cita online: AR/JUR/78614/2015); 9) Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5, Rosario, 27/05/2016, “S. G. G. y otros s/ filiación” (RDF 2017-I, 121 Cita online: AR/JUR/37971/2016); 10) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 7, 15/06/2016, “A.R.C. y otros c/C.M.J. s/impugnación de filiación” (Inédito); 11) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 4, 30/06/2016, “S.T.A. y otro s/inscripción de nacimiento” (Inédito); 12) Juzgado de Familia Nro. 2, Moreno, 04/07/2016, “S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categorizar” (La Ley Cita Online: AR/JUR/42506/2016); 13) Juzgado de Familia Nro. 3, General San Martín, 22/08/2016, “M.I.M. y otros s/autorización judicial” (Inédito); 14) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 8, 20/09/2016, “B. B. M. y otro c/ G. Y. A. s/ impugnación de filiación” (Microjuris online MJ-JU-M-100901-AR | MJJ100901 | MJJ100901); 15) Juzgado de Familia Nro. 12, Lomas de Zamora, 03/10/2016, “G.M.C. y otro c/ W.B.A.V. s/rectificación de partidas” (Inédito); 16) Juzgado de Familia Nro. 7, Lomas de Zamora, 30/11/2016, “B. J. D. y otros s/ materia a categorizar” (La Ley Cita Online: AR/JUR/85614/2016); 17) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 81, 14/06/2017 (Rubinzal Online Cita: RC J 3934/17) y 18) Juzgado de Familia Nro. 7, Viedma, 06/07/2017, “Reservado s/ autorización judicial” (Microjuris online Cita: MJ-JU-M-105310-AR | MJJ105310 | MJJ105310).

26 Vastísimo es el material bibliográfico al respecto, sólo para citar los publicados durante los años 2016-2017 citamos los siguientes: Escudero de Quintana, Beatriz, “Análisis jurisprudencial sobre gestación por sustitución: reflexiones en torno a la situación de la madre portadora”, El dial online Cita: DC2324; Feldstein de Cárdenas, Beatriz, “La doctrina del tribunal europeo en materia de maternidad subrogada: análisis de un fallo ejemplar”, El dial online Cita DC2308; Gómez Hais, Dante D., “Gestación por sustitución. Necesaria existencia de una ley especial en la Argentina”, Microjuris online Cita: MJ-DOC-10756-AR| MJD10756; González, Andrea, Melón, Pablo y Notrica, Federico, “La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada”, Microjuris online Cita: MJ-DOC-7570-AR | MJD7570; Herrera, Marisa, Lamm, Kemelmajer de Carlucci, Aída, Eleonora y De la Torre, Natalia, La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso “Paradiso y Campanelli c. Italia”, La Ley 13/03/2017, 6 Cita Online: AR/DOC/610/2017; Herrera, Marisa y De la Torre, Natalia, “La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa”, La Ley 03/11/2016, 1 Cita Online: AR/DOC/3039/2016; Jáuregui, Rodolfo G., “La gestación por sustitución y la laguna del Código Civil y Comercial. Un fallo que explora una solución posible”, LLLitoral 2016 (agosto) , 3 Cita Online: AR/DOC/2296/2016; Monzón, José M. “El «sí» judicial a la maternidad subrogada. Análisis del fallo «H. M. y otro/a» del Juzgado de Familia N.º 7 de Lomas de Zamora”, Microjuris online Cita: MJ-DOC-9850-AR| MJD9850; Notrica, Federico, “Gestación por sustitución nacional: Derecho y realidad”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2016-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016, pp. 215-256; Notrica,F, Curti, P, Cotado, F, “La figura de la gestación por sustitución”, en Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, Volumen 11, Número 39, 2017, disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472017000100008](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100008), compulsado el 25/7/2017 y Yuba, Gabriela, “Gestación por sustitución y regulación normativa”, RCCyC 2016 (noviembre) , 113 Cita Online: AR/DOC/3298/2016..

Ahora bien, cuál es la razón por la que en épocas de franco retroceso en la ampliación de derechos, incluidos los derechos civiles de tinte familiares, un tema tan polémico como vanguardista vuelva ser parte del debate o se la incluya en la agenda pública legislativa.

Una respuesta sencilla que se podría ensayar se centra en el lugar protagónico de los medios de comunicación. Nos explicamos mejor. El caso del conductor Marley y de la vedette Salazar, habrían vuelto a poner en escena el tema de la GS. Si bien ambos casos tratan de procedimientos realizados en el exterior, ello habría disparado también el abordaje del tema en sí que compromete también las situaciones ascendentes o cada vez de mayor presencia de GS a nivel nacional. Sucede, que justo a la par, se dictó y difundió con fuerza la sentencia número 19 de GS nacional dictada por el Juzgado de Familia de Viedma en fecha 06/07/2017<sup>27</sup>. Se trata de un supuesto que justamente, sigue la misma lógica del Anteproyecto y del proyecto 5759-D-2016 (reafirmado por copia textual, del proyecto presentado por Carrizo, el 3202-D-2017), es decir, involucra un pedido de autorización judicial previa al procedimiento de GS solicitado por una pareja conformada por dos hombres y la íntima amiga de uno de ellos quién sería la persona que llevaría adelante la gestación con óvulo proveniente de banco y el esperma de uno de los miembros de la pareja que quieren ser padres. Este fallo es el cuarto de autorización judicial y también el cuarto que compromete a una pareja de varones.

En este contexto en el que la realidad social se impone magnificada por el poder de los medios de comunicación<sup>28</sup>, es que la cuestión volvió a tener

27 Juzgado de Familia Nro. 7 Viedma, 06/07/2017, op.cit.

28 Como síntesis del poder mediático, vale hacer un breve panorama por la prensa escrita y destacar los diferentes titulares que generaron el caso de Marley, Salazar y el fallo de Viedma por ser los eventos más recientes en la temática en análisis: "Marley papá y el boom de los "vientres en alquiler"", Infobae, 04/06/2017, disponible en: <http://www.infobae.com/salud/ciencia/2017/06/04/marley-papa-y-el-boom-de-los-vientres-en-alquiler/>; "Marley será papá por alquiler de vientre: "Se va a llamar Mirko", Tiempo de San Juan, 01/06/2017, disponible en: <http://www.tiempodesanjuan.com/espectaculos/2017/6/1/marley-sera-papa-alquiler-vientre-se-llamar-mirko-178431.html>; "Alquiler de vientre: la vía que eligieron Marley y Luciana Salazar para tener un hijo", Caras, 11/07/2017, disponible en: <http://caras.perfil.com/2017-07-11-144483-alquiler-vientre-la-via-eligieron-marley-luciana-salazar-hijo/>; "Marley será papá mediante un alquiler de vientre en EE.UU.", La nueva, 01/07/2017, disponible en: <http://www.lanueva.com/aplausos/904821/marley-sera-papa-mediante-un-alquiler-de-vientre-en-estados-unidos.html>; "Marley será padre: "Hice un alquiler de vientre", EL DIA, 01/07/2017, disponible en: <http://www.eldia.com/nota/2017-6-1-23-4-35-marley-sera-padre-hice-un-alquiler-de-vientre-espectaculos>; "El médico de Luciana Salazar reveló por qué será mamá a través del alquiler de vientre: "Ella tiene trombofilia, por eso la subrogación"", Ciudad magazine, 11/07/2017, disponible en: [http://www.ciudad.com.ar/espectaculos/medico-luciana-salazar-revelo-que-sera-mama-traves-alquiler-vientre-ella-tiene\\_85701](http://www.ciudad.com.ar/espectaculos/medico-luciana-salazar-revelo-que-sera-mama-traves-alquiler-vientre-ella-tiene_85701); "¿Por qué Luciana Salazar eligió el método de subrogación de vientre para ser madre?", Teleshov, 11/07/2017, disponible en: <http://www.infobae.com/teleshov/infoshow/2017/07/11/por-que-luciana-sa>

su espacio en el debate parlamentario. A los dos proyectos presentados en el 2016 y que aún mantienen estado parlamentario como lo son el proyecto 5700-D-2016 encabezado por la diputada Araceli Ferreyra del Movimiento Evita y el 5759-D-2016 encabezado por la diputada Analía Rach Quiroga del Frente para la Victoria -ambos presentados el 31/08/2016-; de manera más reciente y a raíz de estas situaciones mediatizadas se presentó el 14/06/2017 el proyecto 3202-D-2017 por el diputado Lipovetsky del PRO y posteriormente, el 10/07/2017 el proyecto 3765-D-2017 de la radical Carla Carrizo que integra la Alianza Cambiemos.

Para poder comprender con mayor exactitud los debates jurídicos y en el fondo, políticos que se dirime al analizar la GS en el derecho nacional, cabe poner de resalto dos consideraciones. La primera, el proyecto presentado por el Movimiento Evita a través de la diputada Ferreyra y el del diputado Lipovetsky han sido elaborados por la misma pluma, es decir, por la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT). La segunda cuestión es que el proyecto presentado por la diputada Carrizo es casi textual del proyecto presentado por la diputada Rach Quiroga, por lo tanto, el interrogante que se deriva es la razón para no firmar y así acompañar un proyecto legislativo que ya estaba presentado. A lo mejor en tiem-

---

lazar-eligio-el-metodo-de-subrogacion-de-ventre-para-ser-madre/; Ubfal Laura, "Luciana Salazar, madre por vientre de alquiler", LAUBFAL, 11/07/2017, disponible en: <http://laubfal.com/luciana-salazar-madre-por-ventre-de-alquiler/>; "Conocé a la dueña del vientre que alquiló Luciana Salazar", Pronto, 11/07/2017, disponible en: <http://www.pronto.com.ar/articulo/famosos/conoce-duena-ventre-alquilo-luciana-salazar/20170711104319247723.html>; "Los motivos por los que Luciana Salazar optó por alquilar un vientre para ser madre", Mitre, 11/07/2017, disponible en: <https://radiomitre.cienradios.com/los-motivos-por-los-que-luciana-salazar-opto-por-alquilar-un-ventre-para-ser-madre/>; Pecolco Adrián, "Alquiler de vientre: autorizan en Viedma el primer caso del país", De Viedma, 09/07/2017, disponible en: <http://www.rionegro.com.ar/viedma/alquiler-de-ventre-autorizan-en-viedma-el-primer-caso-del-pais-CI3129488>; "Viedma: autorizan el primer alquiler de vientre", Ahora Río Negro, 09/07/2017, disponible en: <http://www.ahorarionegro.com/noticia/9401-viedma-autorizan-el-primer-alquiler-de-vientres>; "Autorizan el primer caso del país de alquiler de vientre", Diario Registrado, 10/07/2017, disponible en: [http://www.diarioregistrado.com/sociedad-/autorizan-el-primer-caso-del-pais-de-alquiler-de-ventre\\_a5963b592d669e67b19cfd05b](http://www.diarioregistrado.com/sociedad-/autorizan-el-primer-caso-del-pais-de-alquiler-de-ventre_a5963b592d669e67b19cfd05b); "Autorizan a una pareja gay de varones a engendrar un hijo por "alquiler de vientre"", EL DIA, 10/07/2017, disponible en: <http://www.eldia.com/nota/2017-7-10-4-33-30-autorizan-a-una-pareja-gay-de-varones-a-engendrar-un-hijo-por-alquiler-de-ventre--informacion-general>; "La justicia autorizó el primer caso de alquiler de vientre en el país", Centediarío, 10/07/2017, disponible en: <http://www.centediarío.com/la-justicia-autorizo-el-primer-caso-de-alquiler-de-ventre-en-el-pais/>; "Viedma: autorizan a una pareja homosexual a alquilar un vientre", Tu noticia, 09/07/2017, disponible en: <http://www.tunoticia.com.ar/viedma-autorizan-a-una-pareja-homosexual-a-alquilar-un-ventre/>; "Alquiler de vientres: en Córdoba esperan fallos", Dos miradas, 10/07/2017, disponible en: <http://dosmiradas.com.ar/?p=6049> y "Autorizaron el primer alquiler de vientre en Río Negro", Diario popular, 10/07/2017, disponible en: <https://www.diariopopular.com.ar/general/autorizaron-el-primer-alquiler-ventre-rio-negro-n314129>.

---

pos electorales, valgan más decisiones individuales, aunque ello contraríe o ponga en crisis la ética de una conducta legislativa inapropiada como lo es copiar casi textual un proyecto de ley aún vigente y presentado por otra fuerza política.

En este contexto, fácil se advierte que el debate legislativo gira en torno a dos propuestas, la del Movimiento Evita y el Pro que irían o tendrían una estrategia o agenda legislativa conjunta en el tema de la GS, o al menos por parte del presidente de la comisión de Legislación General que está en cabeza del mencionado Lipovetsky que además es la comisión cabecera o en la cual se empezaron a debatir todos estos proyectos; y el presentado por una parte del FPV bajo la autoría de Rach Quiroga acompañada en definitiva, por la diputada Carrizo.

La diferencia sustancial reside en la recepción de un proceso judicial previo en el que se peticione, evalúe y decida un juez especializado y su equipo técnico ante el pedido de autorización para la realización de la gestación por sustitución. En otras palabras, que ningún centro de salud habilitado pueda llevar adelante el procedimiento de GS si no se cuenta con la debida autorización judicial. ¿A qué se debe este control estatal a través de la justicia de este tipo especial de técnica de reproducción asistida? Principalmente, en resguardo y protección de los derechos de la gestante y a la par o, en definitiva, de todos los intervinientes en un proceso como este en el que se apela al cuerpo y la salud -en sentido amplio como lo define la Organización Mundial de la Salud<sup>29</sup>- para un proyecto parental de una o dos personas que no ponen en riesgo su cuerpo ni salud. ¿Acaso la construcción de futuros vínculos filiales mediante reglas claras que brinden seguridad y previsibilidad no constituye un beneficio para todos los involucrados, incluido el centro médico especializado?

Regular un proceso judicial previo permite poder evaluar cada situación que se presente y a la par, establecerse ciertos requisitos a modo de límites y así protección a las mujeres gestantes como ser: que las gestantes hayan tenido un hijo propio a los fines de saber lo que implica un embarazo por haberlo vivenciado con el consecuente aporte en términos de alcanzar un consentimiento lo más informado posible; que la gestante no aporte su propio material genético a los fines de evitar posibles conflictos en materia de arrepentimiento dado que los planteos complejos presentados en el derecho comparado han sido situaciones de gestantes que además fueron aportantes de óvulo y por lo cual la unía un vínculo genético con el o la niña; que la gestante lleve adelante un embarazo para terceros hasta un máximo de

---

29 “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Cfr. Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, disponible en: <http://www.who.int/suggestions/faq/es/>; compulsado el 25/07/2017.

dos veces para evitar el uso y abuso de su cuerpo e incurrir en una nueva forma o modalidad contemporánea de explotación. A tal fin, se prevé la creación de un registro en el que se deberían inscribir todas las sentencias de autorización judicial de GS que se dicten en el país a los fines de llevar información actualizada de dicho número y la correspondiente protección de las mujeres en atención al límite mencionado y su efectivo cumplimiento. Por otra parte, y al igual que acontece con la filiación adoptiva, se establece que tanto la gestante como el o las personas que quieren ser padres (quienes prestan la correspondiente voluntad procreacional) deben cumplir con un lapso de residencia mínima en el país de 5 años a los fines de evitar el turismo reproductivo, máxime en países del tercer mundo como el nuestro y en momentos socioeconómicos difíciles en atención a las mencionadas políticas de ajuste. Por último, en el proyecto en análisis, el 5759-D-2016, se prevé la compensación económica por los gastos y las molestias que implica llevar adelante un embarazo cuyas variables para cuantificar este monto debería definir la Autoridad de Aplicación de la ley 26.862, es decir, el Ministerio de Salud de la Nación. De este modo, se sale de la falsa disyuntiva entre GS altruista o GS lucrativa, siendo un saldo cualitativo importante y equilibrado referirse a la idea de compensación; máxime cuando hay situaciones en las que la gestante es familiar de quienes quieren ser padres y también sería injusto que tales gastos y molestias no se vean compensados. Y a la par, la cuestión del lucro sería mitigada desde una doble vía o mediante una herramienta doble: la compensación económica y el máximo de veces aludido.

Los otros dos proyectos elaborados por la Federación no prevén ninguna protección a las mujeres gestantes. Parecería que se debería caer en la falsa tensión entre derechos de las mujeres vs derechos de las personas LGBTI y ello no es así como bien se puede concluir del modo en que se regula la GS en el proyecto 5759-D-2016. No se debe explotar a las mujeres o dejarlas al libre juego de oferta y demanda para que las parejas del mismo sexo -en especial conformada por dos hombres- sean padres en defensa del principio de igualdad y no discriminación debido a la orientación sexual. Es claro que la GS es el único modo que las parejas del mismo sexo de varones pueden alcanzar la copaternidad, pero ello no debe serlo a costa de la explotación del cuerpo de las mujeres. Por otra parte, tal supuesta explotación no lo sería sólo por parte de este grupo social, sino que también lo es de todas las parejas de diverso sexo cuyas mujeres no pueden llevar adelante un embarazo por diferentes motivos.

En suma, si las políticas de ajuste en sí conculcan derechos humanos en diferentes planos, sentidos y direcciones; no cabe perder de vista también el impacto de esta temática en el campo de la GS. Sucede que sólo mediante debates profundos -y la política es, en definitiva, hábil para colaborar de manera activa en esa línea- se podría alcanzar una normativa que realmente

proteja a los más débiles. Como es sabido, el fuerte ya por serlo se encuentra en una situación de ventaja, es por ello que la ley debe ser una herramienta de gran utilidad para los más vulnerables; precisamente, son ellos quienes necesitan del auxilio de la ley para poder estar en una situación de mayor horizontalidad; o en otras palabras, de menor sumisión, explotación y abuso.

#### **4.2.b. Un debate pendiente que no es para cualquiera**

Es sabido que el CCyC mantiene el principio binario por el cual nadie puede tener más de dos vínculos filiales, más allá del sexo y género de cada uno de sus progenitores (art. 558 última parte); es decir, madre-padre, madre- madre o padre- padre, pero siempre se debe cumplir con un máximo de dos vínculos filiales. En otras palabras, menos sí (filiación unilateral o filiación desconocida), pero más de dos no.

Ya durante el debate del entonces Anteproyecto de reforma, algunas voces criticaban que se siguiera esta postura tradicional y fundante del derecho filial y por ende, proponían su apertura y la consecuente posibilidad de que un niño o niña tuvieran tres o más vínculos filiales como se empezaba a vislumbrar en unos pocos, poquítisimos, ordenamientos jurídicos (algún estado de Estados Unidos como California que se generó un debate al respecto, o la Ley de Familia del Estado de Columbia Británica, Canadá, vigente desde 2013 o cierto reconocimiento jurisprudencial que ha acontecido en Brasil<sup>30</sup>). Ahora bien, nuevamente apelándose a la perspectiva realista, cabe preguntarse qué viabilidad existía para que el Congreso Nacional pudiera sancionar una postura legislativa casi novedosa a nivel mundial lo que implicaba, de base, reformar una gran cantidad de

---

30 Para profundizar sobre la cuestión en el derecho comparado ver entre otros: De la Torre, Natalia, "Pluriparentalidad: ¿por qué no más de dos vínculos filiales?"; RDF 2015-VI-217 Cita Online: AP/DOC/1075/2015; De Lorenzi, Mariana A., "La aritmética de la filiación: cuando no hay dos sin tres, pero tres son multitud. El imperativo real de la pluriparentalidad"; RDF 2017-79-227 Cita Online: AP/DOC/251/2017; Herrera, Marisa, "Socioafectividad e infancia ¿De lo clásico a lo extravagante?" en Fernández Silvia (directora), Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes, Albeledo Perrot, CABA, 2015, Tomo I, pp. 971- 1012; Haim Abraham, "A FamilyIsWhatYouMakeIt? Legal Recognition and RegulationofMultipleParents", American UniversityJournalofGender, Social Policy&the Law, Forthcoming, 2017, disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2925886](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2925886), compulsado el 25/07/2017, Herrera, Marisa, "La noción de socioafectividad como elemento "rupturista" del derecho de familia contemporáneo"; RDF 66-75 Cita online: AP/DOC/1066/2014; Lamm, Eleonora y Rodríguez Iturburu, Mariana, "Familias multiparentales" en Kemelmajer de Carlucci, Aida, Herrera Marisa y Lloveras Nora (directoras), Tratado de Derecho de Familia: actualización doctrinal y jurisprudencial, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2016, Tomo VA, pp.808-820; Lewis, Myrisha S., "Biology, genetics, nurture, and thelaw: theexpansionofthe legal definitionoffamilytoinclude threeor more parents", Heinonline, cita:16 Nev. L.J. 743 2015-2016; Peralta, María L., "Filiaciones múltiples y familias multiparentales: la necesidad de revisar el peso de lo biológico en el concepto de identidad" Thomson Reuters Cita Online: AP/DOC/57/2015.

normativas del Anteproyecto relativas a la responsabilidad parental que es el conjunto de derechos y deberes que se deriva de la filiación. Es decir, mayor cantidad de lazos filiales obliga a ampliar las relaciones parentales y, por lo tanto, la legislación civil debería haber reformulado todo el régimen en la materia incluso, resolver determinados conflictos que podrían acontecer si por ejemplo, dos de los tres progenitores están de acuerdo y prestan el correspondiente consentimiento para un hijo menor de edad viaje al exterior pero el tercer progenitor se negare. ¿En ese caso, debería intervenir la justicia o se debería aplicar la regla de la mayoría? Como se puede observar, es mucho más fácil esgrimir críticas que construir posibles soluciones y dar respuestas normativas claras y precisas a los supuestos de triple o más filiaciones. Justamente, proponer una regulación al respecto no es una tarea sencilla y tampoco estaban dadas las condiciones jurídicas y políticas para avanzar en un campo que aún está muy fértil. Máxime, en el marco de un ordenamiento jurídico que recepta el sistema de control de constitucionalidad difuso por el cual, cuando se presente un supuesto especial, el juez puede reconocer la triple filiación y para ello, declarar la inconstitucionalidad del art. 558 en su última parte que limita los vínculos filiales a un máximo de dos. Esta conclusión fue la arribada en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la ciudad de Bahía Blanca en el 2015 en el que uno de los ejes de debate fue, precisamente, la cuestión compleja de al triple filiación<sup>31</sup>.

¿A qué se debe este interés concreto por situaciones que aún siguen siendo excepcionales? Precisamente, la excepción implica que este tipo de planteos acontecen, que están en la práctica -aunque sea de manera esporádica- y de conformidad con el mencionado principio de realidad que obliga a enfrentarnos a una mayor pluralidad de formas de organización familiar, debe darse una respuesta jurídica concreta. ¿En qué sentido o en qué dirección, positiva -a favor de la triple filiación- o por la negativa?

Veamos, durante el año 2015 se presentaron dos casos ante el Registro Civil que comprometen planteos de triple filiación en el marco de una relación conformada por dos mujeres en el que quienes aportan el esperma no lo hacen en calidad de “donante”, sino que también quieren ser reconocidos como padres y se comportan o ejercen funciones de tal.

---

31 Cabe recordar que el despacho de mayoría sostuvo: “En los casos de pluriparentalidad es posible declarar la inconstitucionalidad del artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación”. Por su parte, el de minoría expresó: “Los casos de pluriparentalidad pueden ser resueltos a partir de una lectura sistémica de todo el código, en particular de los artículos 1 y 2 del Título Preliminar”. Cfr. Conclusiones de la Comisión Nro. 6 de Familia: “Identidad y filiación”, en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2015, disponible en: <http://jndc-bahia blanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf>, compulsado el 25/07/2017.

Es decir, se trata de niños criados por estos tres adultos. Aquí, los registros civiles intervinientes -el de la Provincia de Buenos Aires primero y después el de la Ciudad de Buenos Aires- hicieron lugar al reconocimiento efectuado por el hombre después de que el niño tuviera ya determinado el vínculo con ambas mujeres- madres, y emitieron una nueva partida, constando el triple vínculo filial<sup>32</sup>.

Tiempo más tarde, ya en el 2016, se presentó otro caso ya vigente el CCyC que debió ser judicializado. ¿La razón? Básicamente política, es que cambió el gobierno y, por ende, los funcionarios del registro civil y con ello la mirada ahora negativa de este tipo de conformación familiar que se sale del estándar, tradicional o “normal” para quienes aún creen -de manera simplista y un tanto superficial- que las personas y las relaciones familiares que ellas generan se pueden clasificar en “normales” y “anormales”. Se trata de un caso acontecido en Mar del Plato en el que una mujer junto a su mejor amigo y la pareja de este, deciden los tres, tener un hijo mediante el aporte de material genético de la mujer y el semen de la pareja de su mejor amigo. Los tres, más allá del aporte de gametos de dos de ellos, exteriorizan su voluntad procreacional en el correspondiente consentimiento informado de conformidad con las reglas que dispone el Código Civil y Comercial vigente desde agosto del 2015 que, precisamente, regula de manera especial y autónoma las TRHA<sup>33</sup> y, por lo tanto, sólo interesa a los fines de la determinación de la filiación quién/es prestan la voluntad procreacional debidamente plasmado en un consentimiento informado. Los tres, cada uno por separado, exteriorizó su deseo de ser progenitor cumpliéndose con todos los requisitos que establece el CCyC en los arts. 560 a 562. Nace la niña y se presenta al registro civil marplatense los tres consentimientos informados. ¿Sobre la base de qué variable, el registro civil puede escoger dos de los tres consentimientos firmados para cumplir con el principio binario que rige en material filial? Ante la oposición de inscribir a la niña bajo una triple filiación por parte del registro civil local como así también el central con sede en La Plata -contrariamente a lo que se había decidido en la gestión anterior- se acudió a la justicia. A la fecha en que se está redactando el presente ensayo, continúa el trámite judicial, advirtiéndose que la niña ya lleva más de un año con un sólo vínculo filial, el materno, y

---

32 Cfr. Duprat, Carolina, Herrera, Marisa y Pellegrini, María V., “Filiación e identidad: principales desafíos del derecho filial contemporáneo en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista Código Civil y Comercial. Edición Especial XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil La Ley Thomson Reuters, 2015, pp. 93 a 110 y Peralta, María L., “Filiaciones múltiples y familias multiparentales: la necesidad de revisar el peso de lo biológico en el concepto de identidad”, op.cit., pp. 53-70.

33 El art. 558 del CCyC en su última parte establece: “Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.”

aún invisibilizados los otros dos lazos afectivos que en la práctica, son tan genuinos, sólidos y reales como el único vínculo jurídico reconocido hasta la actualidad.

De manera más reciente aún, el Juzgado de Familia nro. 4 de La Plata en fecha 20/02/2017 dictó la primera sentencia que admite la triple filiación de una niña de 11 de edad<sup>34</sup>. A diferencia de los restantes supuestos, no se trata de parejas del mismo sexo ni tampoco de técnicas de reproducción asistida o casera, sino que involucra un caso de adopción de integración en la que todos los protagonistas de esta historia (marido de la madre y pretense adoptante, los progenitores y la propia niña), solicitan que dicha adopción mantenga intacto el vínculo filial con el progenitor no conviviente, es decir, que la adopción de integración simple no traslade el ejercicio de la responsabilidad parental del progenitor no conviviente al adoptante, sino que ambos, conjuntamente con la madre, ejerzan todos los actos que se derivan de la responsabilidad parental. Para ello, en el escrito de inicio de la petición de adopción se deja en claro que *“No se pretende extinguir, sustituir o restringir vínculos, sino todo lo contrario, ampliarlos mediante la integración de un tercero que no fue primigeniamente parte de la familia”*. Tanto la fiscalía como la asesoría de menores prestaron conformidad sin advertir el planteo de triple filiación que encerraba el caso, al igual que la jueza interviniente que en la fecha mencionada hizo lugar a la adopción de integración *“Creando entre estos el vínculo de filiación adoptiva de integración simple, con todos los efectos previstos por la ley respecto de dicha adopción”*, es decir, desoyéndose lo que todos los integrantes de la familia estaban solicitando. Ante este panorama, tanto el pretense adoptante como el progenitor no conviviente presentan escritos solicitando se aclare los términos o efectos de la adopción y es ahí cuando, tanto la jueza como la asesora de menores, advierten del pedido de reconocimiento de triple filiación. Ante esta circunstancia, la asesora de menores apela -en abierta contradicción a la conformidad que había prestado durante todo el proceso, es decir, en contra de la conocida teoría de los actos propios- y por pedido de la fiscal de que tenga una audiencia con la niña y conozca en profundidad su situación afectiva- familiar, modifica su opinión y desiste del recurso de apelación. En este contexto, la jueza en auto ampliatorio de fecha 06/03/2017 dispone que *“En virtud de lo peticionado, líbrese oficio al Registro Civil para que proceda a inmovilizar el acta de nacimiento original de la niña... y se proceda a confeccionar una nueva inscripción de nacimiento con los recaudos ... debiendo surgir inequívocamente del cuerpo del acto su triple filiación”*.

---

<sup>34</sup> Juzgado de Familia Nro. 4, La Plata, 20/02/2017, “B.A.J.M. s/adopción acciones vinculadas”, inédito.

Este tipo de debates que movilizan cimientos estructurales de uno de los ámbitos más importantes o de mayor relevancia de las relaciones de familia como lo es el filial, se pueden dar en el marco de un ordenamiento jurídico que es uno de los más avanzados del globo, y ni qué decir de Latinoamérica. El derecho argentino ha dado grandes pasos legislativos en la materia y ello se debe o fue auspiciado por un determinado contexto político. ¿Acaso las leyes no las sanciona uno de los poderes del Estado, un organismo como el Legislativo que es eminentemente político y que representa la voluntad del pueblo que habla a través del voto?

¿Es posible retroceder varios casilleros en este juego político- legislativo? Ello depende de la fortaleza de los argumentos que sostienen todos los avances legislativos alcanzados y a la par, del grado de consolidación que habrían logrado. Más allá de ello, y como se ha visto con varios ejemplos concretos, tanto en reproducción asistida y la cuestión del embrión in vitro o de manera más reciente, con la incidencia del cambio de gobierno en la aceptación o rechazo de la triple filiación en la Provincia de Buenos Aires, son situaciones que a modo de alarma nos obligan a estar bien atentos en clave de avances y retrocesos jurídicos.

En definitiva, se trata de admitir y comprender de qué modo los acontecimientos políticos pueden colaborar o perjudicar u obstaculizar la conquista de más y mejores derechos. No por casualidad el Congreso de la Nación en la actualidad, podría ser catalogado del lugar en el que se observa con mayor tensión esta puja entre avances y retrocesos, no sólo en el plano legal en sí, sino lo que ello significa en términos de agenda pública.

## 5. Breves palabras ácidas de cierre

Con la misma intrepidez que decidí ser docente e investigadora del CONICET con una concepción y un rol muy diferente a la que se le suele atribuir a ambos perfiles en o desde el campo jurídico, he redactado este artículo crítico. Crítico en varios sentidos: de la realidad social imperante; del modo en que se enseña, transmite y problematiza el derecho; de la manera que se pretende salir de un lugar obligatoriamente “incómodo” al no aceptar que el derecho es político, que forma parte de las distintas herramientas de transformación cultural y lo peor de todo -o mejor, según el lugar desde donde se lo mire-, es que se trata de un instrumento de suma riqueza y profundidad. ¿Cómo habría colaborado el nuevo texto civil y comercial a desenmascarar estas tensiones que esconde el Derecho? ¿Será por ello que se lo ha criticado tanto para evitar cualquier intento “subversivo” de ampliación de derechos y a la par, de extender derechos a núcleos familiares sistemáticamente silenciados y excluidos? ¿Será que la sola idea de pensar en un derecho más “popular” lleva consigo, una

conducta reactiva sin poder, al menos, tratar de comprender los debates y desafíos que están detrás?

Es justamente por todo ello y varios argumentos más que no se comparte la mirada temerosa ante “*Las consecuencias jurídicas de la ‘grieta’ Argentina*” que esgrime Ciuro Caldani<sup>35</sup>, presumiéndose como punto de partida que dicha grieta es “*tan perjudicial para nuestra sociedad*” y, por lo tanto, “Con miras a superar la grieta es imprescindible saber en qué consiste y conocer sus consecuencias. En el panorama estratégico hay que atender a las fortalezas, que son propias, las oportunidades, que provienen del exterior, las debilidades, que son propias, y las amenazas del exterior. La grieta es una debilidad estratégica de gran significación. Nuestras fortalezas y nuestras oportunidades, que suelen ser muchas, son en gran medida neutralizadas por nuestra propia debilidad producida por el desacuerdo”. Esta perspectiva encierra varios interrogantes que parten de una aseveración que debería ser puesta en tela de juicio. ¿Existe esa supuesta “grieta” como tal? Según el sociólogo Horacio González, la grieta “Es una fantasmagoría para asustar y es un enfoque falso de lo que es la sociedad”, agregando que ese término sirve “para justificar que hay un mal, que en este caso lo enmarca en el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner” y que “la grieta es una metáfora de los intelectuales de la televisión como Jorge Lanata o Luis Majul”<sup>36</sup>. Más allá de si existe o no, en el supuesto de que nos inclinemos por la afirmativa, también se deberían dejar esgrimidos otros interrogantes. ¿La mencionada grieta sería de por sí negativa, o podría ser vista como una oportunidad para ampliar los debates y los estudios un tanto -y erradamente- asépticos y, por lo tanto, limitados que primaron en el Derecho? ¿Acaso tales fortalezas y debilidades no podrían también ser indagadas en ambos márgenes de la grieta, lo cual implica mayor riqueza que pretender -de manera un tanto naif- que haya un solo surco con sus propias fortalezas y debilidades? En definitiva, cuál es el miedo y la resistencia a los desacuerdos y los choques o confrontaciones lógicas que se derivan de diferentes maneras de entender, encarar y actuar sobre la realidad social. Precisamente, el pensamiento crítico no sólo valora la grieta jurídica, sino que se propone profundizar en, desde y con ella como excelente disparador y oportunidad para un necesario replanteo del Derecho hoy, en particular, de las relaciones de familia contemporáneas.

---

35 Ciuro Caldani, Miguel A., “Las consecuencias jurídicas de la “grieta” argentina”, La Ley 24/07/2017, 1 Cita Online: AR/DOC/1277/2017, p. 1 y ss.

36 “Horacio González distinguido por la Unmdp: “Dejé de ser docente por miedo a la CNU”, 0223, 04/07/2017, disponible en: <http://www.0223.com.ar/nota/2017-6-4-11-28-0-horacio-gonzalez-distinguido-por-la-unmdp-deje-de-ser-docente-por-miedo-a-la-cnu>, compulsada el 24/07/2017.

Se trata de seguir interpelando lo dado, como si ello no fuera construido por, desde y para lo social. Como bien lo ha dicho Einstein: “*El mundo no será destruido por las personas que hacen el mal. Sino por las que se sientan a ver lo que pasa*”; o en palabras del recordado Rodolfo Walsh: “Un intelectual que no comprende lo que pasa en su tiempo y en su país es una contradicción andante; y el que comprendiendo no actúa, tendrá un lugar en la antología del llanto, no en la historia viva de su tierra”. Se trata de seguir estando, diciendo y haciendo de manera crítica en el que lo político sea interpelado como una faceta enriquecedora y obligada del Derecho. Sólo así se podrá no ser funcional a un sistema como el jurídico, en el que siempre ha primado lo dado por sobre lo complejo; lo jerárquico por sobre lo horizontal; lo individual por sobre lo colectivo; lo legal por sobre lo humano.

En definitiva, las relaciones jurídicas de familia son vínculos de poder intra y extra sociales y, por ende, no pueden ni deben ser estudiadas por fuera de la política. Algo tan elemental como aún resistido, de allí la razón de ser del presente ensayo.

## El rol del referente afectivo en la adopción planteada en el CCyC

Por Alemán María del Carmen y Rosello Juan Ignacio

En el presente trataremos de plantear y encontrar respuestas o posibilidades de solución legal a los casos de personas que cuentan con un niño, niña o adolescente (en adelante NNA) bajo su custodia sin mediar entre ellos relación de parentesco ni situación jurídica que ampare ese vínculo, lo que normalmente se conoce como guarda de hecho o entrega directa de un NNA. La misma tiene por causa fuente un lazo de amistad, afecto, vecindad entre los progenitores y guardadores, o entre los guardadores y los menores, denominándose a estos terceros referentes afectivos. Dichas personas no se encuentran inscriptas en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, y concurren al órgano jurisdiccional solicitando su adopción, situación frecuente en la praxis judicial, y que dependiendo de la interpretación que del ordenamiento jurídico haga el Juez, encontrarán diversas respuestas, muchas de las cuales resultan ser contradictorias entre sí.

Damos por sentado que el interés superior del NNA, será, en todos los casos, el eje rector de la adopción, y que su posibilidad de desarrollar su vida en un entorno familiar, conforme se expresara en el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño<sup>1</sup>, es la fundamentación principal de este instituto. A ello debemos sumar que los restantes principios generales de la adopción, establecidos en el art.595<sup>2</sup> CCyC son la guía imperante en la resolución de los conflictos planteados en torno a la adopción, sólo que el desarrollo de estos principios no será materia de este trabajo.

### Algunos conceptos

Como primera medida y antes de adentrarnos en el análisis que el Código Civil y Comercial brinda a la situación planteada, creemos que corresponde dar una definición de Referente Afectivo y Guarda de Hecho o Entrega Directa.

1 "... Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión...".

2 El art. 595 reza: Principios generales: La adopción se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes; f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.

Con respecto a los primeros podemos decir que son aquellas personas estrechamente vinculadas a los NNA, pero que no se encuentran unidos por un vínculo de parentesco, sino por lazos afectivos, que necesariamente, deben ser respetados cuando contribuyan al interés superior del niño, encontrando dentro de los mismos a padrinas y padrinos religiosos, docentes, familiares afines sin vínculo jurídico, los cuales en muchos casos, resultan ser tan o más idóneos que cualquiera de los familiares autorizados por ley para ostentar la guarda del menor.<sup>3</sup>

Con respecto a la Guarda de hecho o Entrega Directa la doctrina la ha definido como aquella “que se produce a partir de que los progenitores de un niño se desligan de las funciones de crianza, quedando el niño a cargo de terceras personas sin ningún tipo de intervención judicial. Nace con la entrega del niño, acto que puede tener como antecedente algún grado de parentesco o afectividad entre los adultos; o no tenerlo en absoluto y estar sustentado en necesidades de esos adultos y de des-subjetivización del niño, que es puesto en un lugar de objeto.”<sup>4</sup>

Ahora que ya contamos con una aproximación de los conceptos en torno a los cuales girará el presente, podemos comenzar a desarrollar el tratamiento que a los mismos les brinda el CCyC, sus antecedentes y la situación actual que atraviesan.

### Legislación actual

En el nuevo ordenamiento Civil y Comercial el proceso de adopción se compone de tres etapas bien definidas: 1) declaración judicial de la situación de adoptabilidad (arts.607 a 610); 2) la guarda con fines de adopción (arts. 611 a 614) y 3) la adopción propiamente dicha o juicio de adopción tal cual lo denomina el nuevo código (arts. 615 a 618). Estas etapas tienen asignado un procedimiento y propósito definido y resultan ser un camino necesario para culminar en la sentencia de adopción, siempre y cuando, no hubiera sido posible lograr que las necesidades afectivas y materiales del NNA, fueran satisfechas por su familia de origen, conforme la noción del art. 594 del CCyC.<sup>5</sup>

3 Conf. Daniel Luján. “Guarda a un Tercero” Publicado en: [www.pensamientocivil.com](http://www.pensamientocivil.com) 23/06/2016. ...compartir de donde sacamos el art.

4 Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso Directores, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, Tomo II, pag. 403.

5 Artículo 594. Concepto: La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código.

El art. 611 CCyC inaugura la segunda de las etapas mencionadas, prohibiendo las guardas de hecho o entregas directas en guarda de NNA, y correlativamente, habilita al juez para que en el caso que dicha regla sea transgredida, “separe al niño transitoria o definitivamente de su pretenso guardador”, excepto que pueda comprobarse judicialmente que la elección de los progenitores se fundó en la existencia de un vínculo de parentesco entre estos y el o los pretendidos guardadores.

De modo concordante los arts. 600 inc. b y 634 inc. h CCyC respectivamente, disponen que pueden adoptar las personas que se encuentren inscriptas en el registro de adoptantes y sanciona con la nulidad absoluta la adopción obtenida en violación a las disposiciones sobre inscripción y aprobación de dicho registro.

Estos artículos eliminan la posibilidad de legalizar una guarda de hecho.

Pero cabe resaltar lo normado por art. 607 CCyC, que plantea los supuestos en que el Juez debe declarar la situación de adoptabilidad de un NNA, estableciendo que la misma no puede ser dictada si algún familiar o *referente afectivo* del NNA ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido resulta adecuado al interés de este.

Corresponde aquí diferenciar dos situaciones respecto de las entregas directas o guardas de hecho, que a grandes rasgos se plantean en la práctica:

En primer lugar, entregas directas por medio de los progenitores o parientes en favor de terceros con los cuales existe un conocimiento o vínculo afectivo previo, o un vínculo creado entre el NNA sin progenitores y un tercero, en los cuales ya ha intervenido el factor tiempo, consolidando esos vínculos co-construidos por los referentes y los propios niños. Creemos que este supuesto, el basado en el referente afectivo, merece al menos la apreciación judicial a los fines de poder evaluar el interés superior del NNA, sin perjuicio del incumplimiento de los requisitos legales para la adopción.

En segundo lugar, las llamadas situaciones de chico puesto, ajenas a la afectividad y relacionadas con la cosificación del hijo, en donde, previo acuerdo entre los pretendidos guardadores y los padres biológicos, se conviene la entrega del niño. Jurisprudencialmente se ha remarcado que “...se rechaza la práctica conocida como “pacto de entrega directa” materializada fuera del ámbito institucional que reduce a los niños y niñas a la condición de objetos de transacción –onerosa o gratuita- a través de mecanismos irregulares o ilegales de un modo mas o menos organizado, práctica absolutamente lesiva de la persona y de sus derechos fundamentales”.<sup>6</sup> Toda guarda de hecho que se haya generado por entrega de dinero o bienes a los progenitores (tráfico) o que tenga como hecho generador un ilícito, debe quedar sin efecto y sostenemos que en estos casos la ley debe ser estricta

---

6 SCBA, c. 119702, del dictamen de la procuradora.

tanto en modo preventivo, haciendo saber que dicha guarda está prohibida, como sancionatorio respondiendo a ello que el NNA puede ser sacado de los guardadores, e incluso aplicando las penas respectivas a quienes intervinieron en la entrega.

### **Antecedentes normativos**

En el anteproyecto de Código Civil y Comercial se había previsto como excepción a la prohibición de las guardas de hecho, la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo entre los progenitores y los guardadores, pero en la redacción final del CCyC, se suprimió el vínculo afectivo.

Se explica en los Fundamentos del Proyecto del Código que: “El proyecto sigue la postura legislativa adoptada por la ley 24.779 de prohibir las guardas de hecho, pero lo hace con mayor precisión al facultar al juez a separar de manera transitoria o permanente al niño de los guardadores de hecho, excepto que se trata de guardadores que tienen vínculo de parentesco o afectivo con el niño. De todos modos, aún en este caso se requiere la declaración judicial del estado de adoptabilidad”.

Esta solución se pensó teniendo en cuenta que no todas las situaciones que dan origen a una guarda de hecho son iguales y por lo tanto correspondía al Juez analizar las particularidades del caso y comprobar judicialmente la existencia en un vínculo de parentesco pero también de afinidad y en su caso convalidar o no la entrega directa a esos terceros mencionados en la ley. Como expusieramos más arriba, no todos los casos de guarda de hecho esconden una situación de tráfico.

Las guardas de hecho fueron suprimidas del CCyC en el Senado de la Nación ya que consideraban que esta era la puerta de entrada para convalidar las llamadas guardas puestas, las cuales y como se hizo mención, podían esconder situaciones de vulnerabilidad de los progenitores, la captación de voluntad de los mismos, incluso situaciones de ilicitud, como aquellos casos en los que existe pago o contraprestación alguna por parte de los guardares a favor de la familia de origen y que la misma posibilitaría sustraerse del régimen legalmente impuesto para la elección de adoptantes como son la vía judicial y selección entre las personas inscriptas en el Registro de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción ( ley 25.854) alentando el tráfico o comercialización de niños.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> En rigor de verdad, la entrega directa de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, como la entrega directa en guarda por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño, fue expresamente prohibida en nuestro país por la ley 24.779, que al efecto modificó el Código Civil en sus artículos 316 a 318. A su vez por ley 25.854 creo a nivel nacional el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, que termino de cerrar todos los caminos a la guarda de hecho.

Sin embargo, debemos resaltar, que nuestro CCyC se encuentra subordinado a la Constitución y a los tratados internacionales, especialmente en el caso, a la Convención de los Derechos del Niño, la que se encontraba receptada en el decreto 415/06, reglamentario de la Ley 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” donde estaba previsto el referente afectivo, por ello en su art. 7 definía: “Se entenderá por “familia o núcleo familiar”, “grupo familiar”, “grupo familiar de origen”, “medio familiar comunitario”, y “familia ampliada”, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección...”. Situación que también encontramos en el art. 16 de la Ley 14.528 de Procedimiento de Adopción de la Provincia de Buenos Aires, sancionada en el año 2013, la cual fue dictada tomando como base el texto del proyecto de código unificado en su versión original y por la tanto establece como excepción a la guarda de hecho no solo la existencia de una relación de parentesco entre los progenitores y los guardadores, sino también la relación afectiva previa.

### **Barreras legales que encuentra el referente afectivo**

Conforme el marco legal establecido en el CCyC, este tercero carece de legitimación para iniciar una guarda preadoptiva del NNA. La situación de hecho preexistente entre el/la referente afectiva y el niño no encuentra posibilidad legal de ser encuadrada jurídicamente.

Con respecto a la decisión asumida por los legisladores creemos que la misma encierra una postura dogmática que parte de la presunción de mala fe. Expresa Medina que: “Presuponer que una mujer que entrega a su hijo, en realidad está vendiendo al niño o comerciando con terceras personas, es presuponer la mala fe, cuando en realidad y como todos sabemos la mala fe – en principio – no se presume.”<sup>8</sup> Asimismo, creemos, que de presumirse la mala fe, no sólo debería serlo respecto de la mujer que entrega a su hijo, sino también de las terceras personas a las que se entrega el hijo.

Pero en esta inflexibilidad se deja de lado el interés superior del NNA, al no permitir evaluar al menos, cuales son las condiciones en que se encuentra y el beneficio o perjuicio de modificar su realidad familiar. Tan tajante pareciera la normativa legal, que frena cualquier posibilidad de evaluar en qué situación está el NNA y como ha afectado al vínculo el paso del

---

8 Medina, Graciela: “La guarda directa en el Código Civil y Comercial y en la Jurisprudencia de la Corte Suprema” LL 06/08/2015,5.

tiempo.<sup>9</sup> Para clarificar lo expuesto planteamos el hecho concreto: si una persona tiene bajo su guarda de hecho a un NNA, con el que ha convivido, afianzando un vínculo y quiere formalizarlo, recurre a un abogado con el fin de regularizar esa situación (incluso muchas veces requerida esa regularización por las instituciones escolares, las obras sociales, organismos de seguridad social, etc), cuando el letrado le informa que esa situación está prohibida, se encuentra fuera de la ley y que incluso el Juez está facultado para separarlo del NNA ¿Qué camino le queda a esa persona? ¿La ilegalidad? Y con ello, ¿Qué protección le estamos brindando a ese NNA?

Si en el ejemplo planteado el Juez, con apego a la Ley, resuelve separarlo del guardador, por el sólo hecho de resultar una entrega directa ¿Qué hace con el niño?, ¿lo institucionaliza? Está claro, que en el caso de existir parientes que quisieran hacerse cargo de dicho NNA, ya hubieran reclamado su guarda judicialmente, porque sí se encuentran legitimados legalmente.

Otra barrera legal que debe soslayar el guardador de hecho en la mayoría de los casos, es la falta de inscripción en el registro de pretensos adoptantes, requisito regulado por el art. 600 CCyC. Establecer como requisito que solo pueden adoptar las personas que se encuentran inscriptas en los registros correspondientes implica desconocer la realidad cotidiana vivida en los estrados judiciales.

Tanto de la Corte Nacional como los Superiores Tribunales de Provincia, han relativizado el valor rígido o sacramental del Registro ante realidades de hecho consolidadas por el transcurso del tiempo y con el argumento de hacer prevalecer el interés superior del niño (art. 3 CDN). Tiene dicho la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que: "El Registro Central de aspirantes a Guardas con Fines de Adopción, creado por la Suprema Corte a influjo de la ley de adopción resulta un factor de singular valor a los efectos de estar en condiciones de resolver con mayor posibilidad de éxito acerca de la idoneidad de eventuales adoptantes de acuerdo con las características que presenten los niños en situación de adoptabilidad, pero constituye simplemente un medio instrumental, como tal ordenado a la consecución de un fin."<sup>10</sup>

Esta doctrina "no tiene como destino hacer de la inscripción en el Registro Único una suerte de recaudo carente de todo sentido, o sólo aplicable bajo criterios antojadizos o meramente subjetivos de los magistrados;

<sup>9</sup> Al respecto se ha dicho: " Los efectos del transcurso del tiempo han sido tomados en cuenta a la hora de adoptar decisiones eventualmente modificatorias del status quo de NNA provisoriamente separados de su familia. Sea a los fines de resolver la admisibilidad de pedidos de restitución efectuados por los progenitores, sea para decidir la eventual convalidación de situaciones de hecho consolidadas aun por fuera de los mecanismos legalmente impuestos para una futura adopción." Fernandez Silvia, El desafío al Tiempo en la adopción en [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar), del 2 de diciembre de 2014.

<sup>10</sup> Conf. Ac. 73.814, sent. Del 27 -IX- 2000.

tampoco desarticular un régimen enderezado al logro de los elevados propósitos anteriormente expresados. Antes bien, de lo que se trata es de que el requisito sea interpretado y aplicado con arreglo al principio rector, a la piedra fundamental en la que reposa la protección integral de los derechos del niño, vale decir, el interés superior de éste, lo cual “orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias [...] incluyendo a esta Corte Suprema”<sup>11</sup> De modo que en definitiva, el registro cumple una función de marcada importancia en cuanto rodea de ciertas garantías la entrega de criaturas en estado de abandono con destino a su futura adopción contribuyendo a desplazar prácticas ilícitas tales como el tráfico y la explotación de menores, pero no puede representar una especie de monopolio para determinar las personas que pueden adoptar a un niño.<sup>12</sup>

### Conclusión

Con todo lo dicho, algo nos queda por resolver. Conforme lo expresáramos en el inicio, es este tercero, referente afectivo, el que jurídicamente carece de legitimación, el que se encuentra excluido del proceso de adopción, pero no es él el más importante: detrás de esa “falta de legitimación”, de las barreras legales, se encuentra un NNA, que aún sin haber sido escuchado, puede encontrarse, una vez más, en estado de desamparo.

Es el Juez, en todas las instancias, inscriptos o no en el registro, el que debe evaluar las condiciones de esa guarda con fines de adopción y de la adopción en sí misma, considerando que al rechazar in limine a una presentación de guarda de hecho, antepone al interés superior del niño, a la posibilidad de evaluar el vínculo afectivo generado, la letra fría de la ley, una presunción de mala fe, que como ya dijéramos, puede no haber existido. Muchos autores han asimilado la situación planteada a la tutela establecida en el art. 106 CCyC en donde pueden los padres nombrar tutor o tutores a sus hijos, quedando sujeta esta designación a la aprobación judicial. Será la revisión judicial la que evalúe incluso, la calidad de referente afectivo que invoque quien lo alega, la forma en que el NNA ha llegado a la guarda de ese tercero.

Ante el estado de desprotección o desamparo legal en el que, como vimos se encuentran los terceros no parientes, creemos que la solución más justa y que de respuesta al reclamo de dichas personas – que tal como dijimos párrafos arriba recurren al órgano jurisdiccional con el fin de regularizar su situación - es reformar el Código Civil y Comercial y volver a la redacción original del artículo 611, planteada en el Anteproyecto de CCyC.

Hasta tanto ello suceda y teniendo en cuenta las particularidades del caso en examen, consideramos que el Juez en función de encontrar una res-

11 “S., C. s/ adopción”, Fallos: 328:2870, 2881 y 2892

12 Conf. Ac. 84.418, Sent. Del 19 – VI – 2002.

puesta a situaciones de la vida cotidiana como la analizada, no debe limitar su función a aplicar sin más la ley, máxime si con dicho proceder se estaría vulnerando el Interés Superior del Niño.

Los artículos 1, 2 y 3 del CCyC fijan reglas para la interpretación y aplicación de sus disposiciones. Se determina un orden jerárquico de fuentes a las cuales acudir, siendo la primera la ley que, a su vez debe subordinarse a la Constitución Nacional y a los Tratados de Derechos Humanos.<sup>13</sup>

Estas reglas de interpretación constituyen un sistema de fuentes integral denominado “Sistema de Fuentes”, haciendo alusión a una interpretación de la norma vinculado con la Constitución Nacional, Tratados Internacionales, leyes, jurisprudencia, usos y costumbres. Se produce así un cambio de paradigma, una nueva concepción del derecho, en la cual el Juez deja de ser un mero aplicador del derecho para convertirse en un creador de soluciones. En este sentido los Dres. Marisa Herrera y Gustavo Carmelo sostienen que: “Se trata de un diálogo que se fortalece, amplía y actualiza de manera constante a la luz del desarrollo jurisprudencial internacional, regional y constitucional, al interpretar de manera dinámica los diferentes casos que se van planteando en el ámbito civil y comercial, en el marco de un régimen jurídico en el que cada juez debe llevar adelante un constante control de constitucionalidad-convencionalidad de las leyes, sea a instancia de parte interesada o de oficio.”

Al respecto, cabe traer a colación, entre tantos, al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios” en el que se sostuvo: “Que en diversas ocasiones posteriores la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha profundizado el concepto fijado en el citado precedente ‘Almonacid’. En efecto, en el caso ‘Trabajadores Cesados del Congreso’ precisó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana.”<sup>14</sup>

En base a todo ello consideramos que cuando el Juez este delante de un caso de entrega directa deberá indagar sobre la existencia de un vínculo afectivo entre progenitores y guardadores, sobre el desprendimiento materno y las condiciones en que el mismo se produjo. En el caso que compruebe

---

13 Como se expresara en los Fundamento del proyecto de CCyC: “Todos los tratados internacionales suscritos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo.”

14 “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, del 24 de noviembre de 2006, parágrafo 128”

que el desprendimiento de las funciones parentales a favor de un tercero tuvo como causa la existencia de un vínculo socioafectivo previo, que servirá de sustento para descartar la ilegalidad, y con miras de hacer efectivo el derecho a la vida familiar (consagrado en el art. 594 del CCyC y diversos tratados internacionales: Declaración Universal de los Derechos del Hombre art. 16 ; Convención Americana de Derechos Humanos Arts. 17 y 19; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales art.10 inc. 3 y Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 23 y 24 entre otros) deberá declarar la inaplicabilidad del art. 611.

Cabe resaltar que en esta tarea investigativa – comprobación judicial –, con el objeto de verificar la existencia o no del vínculo afectivo, jugará un papel preponderante el factor tiempo. De no contar con plazos breves, el mero paso del tiempo, forjara vínculos que el Juez, con el fin de evitar eventuales daños que le causaría al niño una separación, termine convalidando guardas de hecho, aun ante la falta de vínculo afectivo, violación de las normas del registro de adopción y el pago de prestaciones a favor de la madre en el desprendimiento del hijo, situaciones éstas que la ley quiere evitar.

Ya ha mencionado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que: “El mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos (...) podría determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto”<sup>15</sup>.

## Bibliografía

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011). “L.M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay” En línea en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/lm\\_se\\_01.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/lm_se_01.pdf)

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO (2015). En línea en: [http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CcyC\\_Comentado\\_Tomo\\_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CcyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf). Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

DANIEL L. (2016). “Guarda a un Tercero” En línea en: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/06/Doctrina2397.pdf>

FERNANDEZ S. (2014). *El desafío al Tiempo en la adopción*. Revista de Derecho Privado. Año II. Número 6. [http://www.sajj.gob.ar/doctrinadacf140072-fernandez-desafio\\_al\\_tiempo\\_en.htm](http://www.sajj.gob.ar/doctrinadacf140072-fernandez-desafio_al_tiempo_en.htm)

---

<sup>15</sup> Corte IDH, 1-7-2011, “L.M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay” considerando 16.

## **Interpretación del art. 34 inc. 1 del Código Penal Argentino a la luz de la Ley Nacional de Salud Mental. Consecuencias. La situación de las personas con declaración de inimputabilidad en la Provincia de Buenos Aires**

**Por Rios Santiago Rodolfo**

### **Resumen**

La Ley Nacional de Salud Mental -en adelante LSM- resulta aplicable a los supuestos contemplados en el Art. 34 inc. 1 del Código Penal Argentino -en adelante CP-.

Dado el carácter posterior y especial de la referida ley respecto al CP, este debe interpretarse a la luz de aquella. Esto repercute en que las medidas del art. 34 inc. 1 del CP deben:

-Ser entendidas como internaciones involuntarias de la LSM con finalidad exclusivamente terapéutica, por ende, debe adoptarse al riesgo cierto e inminente como criterio para determinarlas -ya no debe utilizarse el concepto de peligrosidad-.

-Ejecutarse, en principio, en hospitales generales -nunca en unidades penitenciarias-.

-Desarrollarse de la manera menos restrictiva de derechos posible y durar el menor tiempo posible según las necesidades terapéuticas del caso -en virtud del principio "opción menos restrictiva"- . Límite temporal que además tiene por techo la proporcionalidad que debe guardar la internación/medida con la pena que se hubiera impuesto de no mediar declaración de inimputabilidad.

El contraste de esos estándares con los datos que se han recabado de las personas con declaración de inimputabilidad en la provincia de Buenos Aires, evidencia una falta de concreción de los mismos que se ve reflejada en:

-Alojamiento de personas con padecimientos mentales en unidades penitenciarias.

-Supuestos donde se mantiene las internaciones: a) sin mediar criterio de internación en razón de problemáticas de tipo social, y/o b) por periodos de tiempo que resultan desproporcionados en relación a la pena que podría haberse impuesto de no haber mediado declaración de inimputabilidad.

### **a.-Aplicación de la LSM a los supuestos contemplados en el art. 34 inc 1 del CP. Pauta interpretativa**

La Ley Nacional de Salud Mental<sup>1</sup> introduce en el ordenamiento nacional un cambio de paradigmas<sup>2</sup> que repercute en todas las esferas del estado

1 Ley 26657. Sancionada: Noviembre 25 de 2010 Promulgada: Diciembre 2 de 2010

2 Respecto a dicho cambio de paradigmas se ha manifestado: "La LSM puede ser leída en diferentes recorridos, congruentes entre si: • Desde el paradigma de la peligrosidad hacia el

y de la sociedad civil involucradas en la temática -salud mental-. Siendo las cosas así, huelga decir que la misma resulta aplicable no solo en el fuero civil sino también en el penal.

Empero, lamentablemente la LSM no fue tan clara al determinar su aplicación a los supuestos alcanzados por el art. 34 inc. 1 del CP<sup>3</sup>, como sí lo fue en relación a su aplicación al fuero civil ya que, mientras que dedica dos disposiciones complementarias a modificar expresamente el Código Civil a fin de adecuarlo a su texto, sólo menciona al Código Penal en una sola oportunidad y en forma tangencial -art. 23 de la LSM-. Lo cual, torna necesario comenzar el presente realizando algunas disquisiciones en torno a la aplicación de la mencionada ley al ámbito penal.

La aplicación de la LSM a dicha órbita y particularmente a los supuestos comprendidos en el art. 34 inc. 1 del CP surge del carácter general con el que en la misma se determina su objeto y su ámbito de aplicación en sus artículos 1 y 6<sup>4</sup> respectivamente. Por otro lado, si a pesar de la claridad de dichos artículos persiste alguna duda al respecto, esta debe ceder ante lo previsto en el artículo 23 de la citada ley<sup>5</sup> entendido a *contrario sensu*.

---

paradigma de la capacidad. • Desde un enfoque tutelar hacia un enfoque de derechos • Desde un proyecto de exclusión hacia un proyecto de inclusión” Rodríguez, José Antonio, “Comentarios a la ley de salud mental” (Profesor de la Cat. II de Psicología Jurídica de la UBA)-pag 2-. Documento Digital: <http://www.bibliopsi.org/docs/materias/obligatorias/CFP/juridica/sarmiento/rodriguez%20-%20comentarios%20a%20la%20ley%2026657.pdf>

3 CP. Art. 34.- No son punibles: 1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprabase la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso;

4 LSM. Art. 1: La presente ley tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. LSM. Art. 6: Los servicios y efectores de salud públicos y privados, cualquiera sea la forma jurídica que tengan, deben adecuarse a los principios establecidos en la presente ley.

5 LSM. Art. 23: El alta, externación o permisos de salida son facultad del equipo de salud que no requiere autorización del juez. El mismo deberá ser informado si se tratase de una internación involuntaria, o voluntaria ya informada en los términos de los artículos 18 ó 26 de la presente ley. El equipo de salud está obligado a externar a la persona o transformar la internación en voluntaria, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 16 apenas cesa la situación de riesgo cierto e inminente. Queda exceptuado de lo dispuesto en el presente

Efectivamente, interpretando a *contrario sensu* dicha norma, es imperioso concluir que si la regla contenida en el art. 23 –“externación automática”- no es aplicable a los sujetos contemplados en el art. 34 del CP y fue necesario contemplar esa excepción expresamente. Debe inferirse que el resto de la LSM, si es aplicable a las personas que se encuentran dentro de las previsiones del mentado artículo del CP. En este sentido -aunque arribando a esta conclusión por otra vía- manifiesta Marcelo B. Martínez (2015) debe interpretarse que las personas internadas en el marco de una medida de seguridad, gozan en forma íntegra de todos los derechos establecidos por la ley de salud mental.” También refuerza lo dicho el decreto reglamentario de la LSM -Decreto 603/2013- al hacer referencia expresa al art. 34 inc. 1 del CP, estableciendo en cabeza de la Autoridad de Aplicación de la LSM -Ministerio de Salud-, el deber de “promover la creación de dispositivos intermedios destinados a alojar a personas alcanzadas por dicho artículo del CP.”<sup>6</sup>

Habiendo dejado en claro que la LSM resulta aplicable a los supuestos comprendidos en el Art. 34 inc. 1 del CP y teniendo en cuenta que la primera es una ley posterior y especial se impone señalar que ante cualquier conflicto entre ambas normas o superposición de objetos, ésta -la LSM- debe primar por sobre la letra del CP. Por ello, en el presente trabajo se realizará un esfuerzo por interpretar al CP a la luz de lo normado en la LSM y no lo contrario.

## **b.-Consecuencias de la aplicación**

Partiendo de la aplicación señalada y de la pauta interpretativa propuesta, se analizará en qué forma la LSM impacta en muchos de los principales aspectos de las llamadas “medidas de seguridad”. A fin de tornar más sencillo ese análisis se denominará cada uno de esos aspectos que se ven afectados con una pregunta. En ese sentido, se relevará: 1) **qué** debe entenderse por lo que suele denominarse “*medida de seguridad*”, 2) **cuando** están dadas las condiciones para aplicarla, 3) **donde** deben ejecutarse y, por último, 4) **cómo y por cuanto** deben ejecutarse.

### **b.1.- “El Qué”. (internación involuntaria/recurso terapéutico)**

Retomando la lectura del art. 23 de la LSM-, puede extraerse otra con-

---

artículo, las internaciones realizadas en el marco de lo previsto en el artículo 34 del Código Penal.(el resaltado es propio)

6 Decreto 603 de 2013. Regulación del art. 11 de la LSM: “La Autoridad de Aplicación promoverá que la creación de los dispositivos comunitarios, ya sean ambulatorios o de internación, que se creen en cumplimiento de los principios establecidos en la Ley, incluyan entre su población destinataria a las personas alcanzadas por el inciso 1) del artículo 34 del Código Penal, y a la población privada de su libertad en el marco de procesos penales.”

clusión -además de la aplicación de dicha ley al ámbito penal-: Si el art. 23 de la LSM hace referencia a las medidas del art. 34 del CP diciendo “...*las internaciones realizadas en el marco del art. 34 del CP...*” -el resaltado es propio-, se impone entender que dichas medidas, al menos en principio, **son internaciones**. Además, si a ello le sumamos la ubicación del mencionado artículo dentro de la ley, es decir, se encuentra bajo el título “*internaciones*” y entre las disposiciones destinadas a las internaciones involuntarias, se torna imperioso entender que tanto la reclusión en un manicomio como la reclusión en un establecimiento adecuado mencionadas en el artículo 34 del inc 1 párrafos 2 y 3 del CP<sup>7</sup>, a la luz de la LSM deben ceder para pasar a ser entendidas como **internaciones involuntarias**.

Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente, debe entenderse que las referidas medidas/internaciones involuntarias, deben ser consideradas como un recurso terapéutico conforme establece la LSM en sus arts. 14 y 20<sup>8</sup>, es decir, como un medio destinado a tratar los padecimientos mentales del internado.

Lo señalado va de la mano con lo establecido en los “*Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental*”, puntualmente en el principio 16<sup>9</sup>, en donde también se remarca el carácter terapéutico de la internación involuntaria y con lo establecido por la CSJN en el precedente “*R. M. J. s/ insania. (Competencia N° 1195. XLII.)*” del 2008<sup>10</sup>.

---

7 Art. 34 inc1 párf. 2 y 3 del CP: En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso

8 LSM. Art 20: “La internación involuntaria de una persona debe concebirse como recurso terapéutico...”; Art. 14: “La internación es considerada como un recurso terapéutico...”

9 Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental. Principio 16 Admisión involuntaria. 1. Una persona sólo podrá ser admitida como paciente involuntario en una institución psiquiátrica o ser retenida como paciente involuntario en una institución psiquiátrica a la que ya hubiera sido admitida como paciente voluntario cuando un médico calificado y autorizado por ley a esos efectos determine, de conformidad con el principio 4 supra, que esa persona padece una enfermedad mental y considere: a) Que debido a esa enfermedad mental existe un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para terceros; b) Que, en el caso de una persona cuya enfermedad mental sea grave y cuya capacidad de juicio esté afectada, el hecho de que no se la admita o retenga puede llevar a un deterioro considerable de su condición o impedir que se le proporcione un tratamiento adecuado que sólo puede aplicarse si se admite al paciente en una institución psiquiátrica de conformidad con el principio de la opción menos restrictiva.

10 En dicho fallo la CSJN manifestó: “Toda internación involuntaria en los distintos supuestos en que un juez puede disponer un encierro forzoso debe, a la luz de la normativa

En resumen, a la luz de la LSM debe entenderse que las llamadas “medidas de seguridad” del art. 34 inc. 1 del CP, son internaciones involuntarias -reguladas en la LSM- y como tales su razón de ser ya no radica en proteger a la sociedad frente a un sujeto peligroso, sino en su finalidad terapéutica.

Por último, debe destacarse que al concluir que se trata de internaciones involuntarias se tornan aplicables todos los estándares que establece la LSM a las mismas -salvo por la referida excepción del art. 23 de la LSM- ya que con ello en mente se realizarán los desarrollos de los siguientes puntos de este apartado.

### **b.2.- “El cuándo” (Criterio de internación y determinación del mismo)**

El CP estableció históricamente a la “*peligrosidad*” como criterio para determinar la posibilidad de aplicar una “medida” del Art. 34 de CP. Dicho concepto que “...*proviene del concepto de “temibilidad” acuñado por Garófalo...*”<sup>11</sup> resulta sumamente vago e impreciso<sup>12</sup>. Por ello ha sufrido grandes adaptaciones e interpretaciones a lo largo de la historia<sup>13</sup>. Sin embargo, hoy a la luz de las pautas interpretativas dadas, el mismo debe ceder ante el concepto de **riesgo cierto o inminente** que establece la LSM como criterio para determinar una internación involuntaria en su art. 20<sup>14</sup>. Este concepto resulta particularmente preciso en virtud de la regulación que de dicho artículo hace el Decreto Reglamentario de la LSM -603/2013- que reza: “Entiéndase por riesgo cierto e inminente a aquella *contingencia o proximidad de un daño que ya es conocido como verdadero, seguro e indubitable que amenace o cause perjuicio a la vida o integridad física de la persona o de terceros...*”.

Como puede verse, no se trata de cualquier riesgo sino de un riesgo calificado, no solo en torno a su pronóstico -verdadero, seguro e indubitable- sino también en torno a los bienes que deben estar amenazados -vida e integridad física- y en cuanto a su temporalidad -inminente-.

---

vigente, sustentarse exclusivamente en el padecimiento de una afección mental susceptible de internación en tanto, en un contexto terapéutico, represente la posibilidad de evitar que se concreten actos dañosos graves, inmediatos o inminentes para esa persona o para terceros (Principios de Salud Mental, 16. I. a) o bien que la terapéutica requiera ineludiblemente el aislamiento del paciente durante algún tiempo. De este modo, la razonabilidad de la internación depende de su legitimación.”

11 Martínez B. Marcelo “Derecho y Salud Mental”; editorial Juris; 2015, pág. 133.-

12 Vale mencionar que en la práctica solía inferirse basándose casi con exclusividad en la categoría diagnóstica.

13 Con referencia las distintas interpretaciones y contenidos que a lo largo de la historia se le dió al concepto de peligrosidad ver Martínez B. Marcelo “Derecho y Salud Mental”; editorial Juris; 2015, pág. 133 a 138.

14 LSM. Art. 20: La internación involuntaria (...) sólo podrá realizarse cuando a criterio del equipo de salud si mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros.

A lo dicho hay que sumarle que solo un equipo interdisciplinario podrá determinar dicho riesgo y que no puede presumirse de la sola clasificación diagnóstica conforme surge del mentado decreto reglamentario y del art. 5 de la LSM<sup>15</sup>.

### **b.3.- “El dónde” (Institución adecuada. Prohibición de alojar en cárceles):**

El CP estableció históricamente que las medidas del art. 34 inc 1, segundo párrafo deben desarrollarse en un manicomio<sup>16</sup>, en otros términos, en un hospital monovalente -neuropsiquiátrico-. Mientras que para las del art. 34 inc. 1 párr. 2 del CP<sup>17</sup> estaba previsto su desarrollo en un establecimiento adecuado. Es decir, esa norma en ningún punto disponía -ni dispone- que las “medidas” -hoy internaciones- debían ejecutarse en cárceles.

Ahora bien, si se mira estas previsiones a la luz de la LSM debe concluirse que, de conformidad con lo que dicha ley establece en su Art. 28, “Las internaciones de salud mental deben realizarse en *hospitales generales...*” -el resaltado es propio-, lo cual encuentra correspondencia con el proceso de desmanicomialización que la misma motoriza mediante su art. 27<sup>18</sup>.

Vale decir que estas previsiones también resultan congruentes con lo establecido en las “Reglas Mandela” -Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos”, adoptadas por la Asamblea de las N.U. el 17 de diciembre de 2015-, toda vez que la regla 109 punto 1 reza: “No deberán permanecer en prisión las personas a quienes no se considere penalmente responsables o a quienes se diagnostique una discapacidad o enfermedad mental grave, cuyo estado pudiera agravarse en prisión, y se procurará trasladar a esas personas a centros de salud mental lo antes posible.”-el resaltado es propio-.

Habiendo dejado sentado lo dicho, pueden existir dudas en torno al alcance o, si se quiere, la fuerza que puede dársele las referidas “Reglas Mandela”, en tanto forman parte del llamado “derecho blando”, empero, en sen-

15 LSM. Art. 5: “la existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño(...), lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación en un momento determinado”

16 Art. 34 inc. 1 párr. 2 del CP: “En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio...2

17 Art. 34 inc. 1 párr. 2 del CP: “En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado...”

18 LSM. Art. 27: Queda prohibida por la presente ley la creación de nuevos manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes, públicos o privados. En el caso de los ya existentes se deben adaptar a los objetivos y principios expuestos, hasta su sustitución definitiva por los dispositivos alternativos. Esta adaptación y sustitución en ningún caso puede significar reducción de personal ni merma en los derechos adquiridos de los mismos.

tido contrario, es necesario resaltar que dichas normas han sido utilizadas en numerosas oportunidades por la Corte IDH a fin de establecer el alcance que debe dársele a distintas normas de jerarquía convencional, ergo, en esa medida, las citadas reglas pasan a tener fuerza vinculante<sup>19</sup>. Por último, no sobra destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina también hizo uso de las “Reglas Mínimas” en el sentido señalado en el precedente “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus” (CSJN: Fallos: 328:1146)<sup>20</sup>

#### **b.4.- “El cómo” y “El cuánto”. (principio opción menos restrictiva y proporcionalidad)**

**b.4.1.- El Principio “opción menos restrictiva”:** La LSM tanto en su articulado<sup>21</sup> como a través de las normas del derecho internacional a las que les da jerarquía legal mediante su art. 2<sup>22</sup>, establece el principio “opción menos restrictiva”.

En virtud de ese principio la internación involuntaria –y en líneas generales cualquier tratamiento al que se someta en forma involuntaria a una persona con padecimientos mentales- debe ser lo más restrictiva posible tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo, en razón del padecimiento. En otros términos, la medida debe durar lo menos posible y restringir la menor cantidad derechos, en función de las necesidades terapéuticas y a fin de neutralizar el referido riesgo.

En relación al mismo manifestó la CSJN: “..De resolverse la implementación de una medida de internación, ésta debe durar el tiempo mínimo e indispensable, en razón de ser un tratamiento restrictivo que debe presentarse como última opción (...), dejando sentada la regla de la libertad del paciente...”<sup>23</sup>

19 Confr. “Instituto de Reeduación del Menor” Vs. Paraguay” Sentencia de 2 de septiembre de 2004. párf. 154; “DÍAZ PEÑA VS. VENEZUELA” Sentencia de 26 de junio de 2012. párf. 135; “Yvon Neptune vs. Haití” Sentencia de 6 mayo de 2008 párf. 131.; “MENDOZA Y OTROS VS. ARGENTINA” –Sentencia del 14 de mayo de 2013- párf. 189, etc. Vale destacar que en estos casos se hace referencia a las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos” de 1955 y no las “Reglas Mandela” propiamente dichas, empero, teniendo en cuenta que estas últimas no son más que una actualización de las primeras, de todos modos estos precedente resultan aplicables, al menos, de la forma señalada.

20 Al respecto vale la misma aclaración realizada en la anterior nota al pie.

21 La LSM establece el principio opción menos restrictiva en sus Arts: 7 d), 14, 15 y 20

22 En este sentido corresponde destacar dentro de las normas citadas en el art. 2 de la LSM, a los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, toda vez que los mismos consagran en diversas partes de su articulado el mencionado principio y particularmente, al principio 1.7 donde se encuentra su formulación más genérica. Al que debe agregársele los principios 1.7, 9.1, 15.1 y 16 donde se pueden ver manifestaciones particulares del mismo.

23 CSJN: R. M. J. s/ insania. (Competencia N° 1195. XLII.).

Este principio presenta tal robustez que en ciertas ocasiones llega incluso a neutralizar algunas de las pautas dadas en los anteriores apartados. Puntualmente, lo que sucede es que el art. 20 inc. b<sup>24</sup> de la LSM habilita que aún mediando riesgo cierto e inminente -criterio de internación- no puede disponerse la internación de existir “...otra alternativa eficaz para su tratamiento...”, es decir, para neutralizar dicho riesgo y asegurar los fines tratamientos. Como puede verse, en este caso, el respeto al principio “opción menos restrictiva” opera neutralizando las pautas dadas al tratar el “cuándo” -criterio de internación- y el “dónde” -institución adecuada-.

De hecho, este estándar también fue establecido por la CSJN en el citado precedente “RMJ” al decir: “...no resulta indispensable que la persona deje de ser considerada peligrosa sino que debiera alcanzar con que la internación no sea entendida como el único medio terapéutico disponible, ya sea porque se cuenta con nuevos medios para contenerla o bien porque el estado de peligrosidad no fuera constatación fehaciente mediante lo suficientemente grave o inminente...”. Vale destacar que si bien la terminología del mismo no se condice con las pautas aquí dadas, en la medida que habla de peligrosidad, lo cierto es que dicho fallo es anterior al dictado de la LSM-.

Para terminar es necesario destacar que Recientemente el Comité de DDHH de NU, instó la aplicación de dicho principio en el territorio nacional en las “Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de la Argentina”; año 2016. Versión avanzada no editada. Párr. 22. Al decir:

El Estado parte debe velar por la plena aplicación de los estándares internacionales y de la Ley Nacional de Salud Mental 26.657. Debe, asimismo, asegurar que toda decisión de recurrir a medios de restricción o internamiento involuntario sea excepcional y vaya precedida de una evaluación médica completa y profesional que determine la restricción estrictamente necesaria que debe aplicarse a un paciente y el tiempo estrictamente necesario -el resaltado es propio- (Comité de DDHH de Naciones Unidas, 2016: 22)

---

24 LSM Art. 20. — La internación involuntaria de una persona debe concebirse como recurso terapéutico excepcional en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios, y sólo podrá realizarse cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros. Para que proceda la internación involuntaria, además de los requisitos comunes a toda internación, debe hacerse constar: a) Dictamen profesional del servicio asistencial que realice la internación. Se debe determinar la situación de riesgo cierto e inminente a que hace referencia el primer párrafo de este artículo, con la firma de dos profesionales de diferentes disciplinas, que no tengan relación de parentesco, amistad o vínculos económicos con la persona, uno de los cuales deberá ser psicólogo o médico psiquiatra; b) Ausencia de otra alternativa eficaz para su tratamiento; c) Informe acerca de las instancias previas implementadas si las hubiera.

**b.4.2.- La proporcionalidad:** Por otro lado, tratándose de internaciones involuntarias dictadas en sede penal, debe añadirse otro límite temporal. Este límite que recae sobre el tiempo máximo en que la medida puede continuar en sede penal, es de creación pretoriana y se funda en la **proporcionalidad**. Veamos:

La necesidad de establecer un plazo máximo de duración de las medidas de seguridad dictadas en razón del art. 34 inc. 1 del CP fue esbozada en primer lugar en el precedente de la CSJN “R. M. J. s/ insania. (Competencia N° 1195. XLII.)” en el que se estableció:

*M. J. R. ha permanecido privado de su libertad, de manera coactiva, más tiempo incluso del que le habría correspondido in abstracto en el supuesto de haber sido condenado a cumplir el máximo de la pena previsto para el delito cometido, a la luz del instituto de la libertad condicional. En estas condiciones, tanto el principio de proporcionalidad como el propósito de respetar el principio de igualdad, que se buscó con la declaración de inimputabilidad, se ven seriamente comprometidos debido a que se muestra como irrazonable que una persona, a la que el Estado no quiere castigar, se ve afectada en sus derechos en una medida mayor de la que le hubiese correspondido de haber sido eventualmente condenada como autor responsable. (el resaltado es propio).*

Y, luego, -con posterioridad a la sanción de la LSM-, dicho límite fue establecido con mayor precisión en el precedente de la CSJN “Antuña, Guillermo Javier s/ causa n° 12.434. (A. 987. XLVI)”, en donde, haciendo expresa referencia a la doctrina establecida en “R.M.J.”, citada ut supra, se manifestó:

*La persona declarada incapaz de culpabilidad tiene un derecho igual al del condenado como autor responsable a conocer con anticipación el plazo máximo por el que podrá extenderse su privación de la libertad -su privación de la libertad, esto es, en aplicación del artículo 34, inciso 1, segundo párrafo, del Código Penal- o Así, el tribunal que dispone una medida de seguridad de naturaleza penal debe fijar el plazo máximo hasta el que la medida podrá extenderse, asegurando una razonable proporcionalidad entre el ilícito cometido y la medida ordenada, como la que aseguraría al limitar la pena que sería aplicable al caso si el imputado no fuera incapaz de culpabilidad. Entiendo, por ello, que la disposición de una internación coactiva, como la confirmada en el pronunciamiento apelado, sin la indicación de su límite temporal máximo con-*

*traviene la doctrina de V.E. expuesta en el considerando 14 del precedente de Fallos: 331:211” (el resaltado es propio).*

De conformidad con lo que surge de los estándares citados la internación -mal llamada medida- de naturaleza penal solo podrá mantener ese carácter -penal- hasta cumplir con un tiempo igual a la pena que se le hubiese impuesto a la persona en caso de no resultar inimputable. A esos fines, el órgano jurisdiccional que establece la internación en los términos del art. 34 inc. 1 del CP debe fijar un plazo máximo de duración de la misma teniendo en cuenta cuál pena hubiese impuesto de estar ante una persona con capacidad de culpabilidad.

Habiendo dejado en claro cómo y quién debe establecer el referido plazo, surge la siguiente duda: ¿Exactamente qué implica el cumplimiento de ese plazo?

La respuesta es muy sencilla, una vez vencido dicho plazo la internación involuntaria - “*medida*”- de naturaleza penal perderá dicho carácter -penal-, en consecuencia, de aún existir criterio de internación -lo cual es esperable toda vez que si no median dichos riesgos debería haberse iniciado un proceso de desintitucionalización- deberá continuar dicha internación sólo que su control ya no estará bajo la órbita penal. En consecuencia, ya no se aplicará la excepción contenida en la segunda parte del art. 23 de la LSM, ergo, procederá la “*externación automática*” contemplada en la primera parte de dicho artículo, toda vez que ya no estaremos en presencia de una internación del art. 34 del CP.

### **c.- El incumplimiento de los estándares reseñados. La situación de las personas con declaración de inimputabilidad en la Provincia de Buenos Aires**

Habiendo establecido cuáles son los estándares que surgen del derecho positivo, es momento de realizar un contraste entre los mismos y la realidad que atraviesan las personas con declaración de inimputabilidad en la Provincia de Buenos Aires. A estos fines se tendrán en cuenta los datos publicados por la Defensoría de Casación de la Provincia en función del relevamiento efectuado por el Programa de Salud Mental de dicho órgano.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Los datos aquí citados se encuentran publicados en el lnk titulado: “Inimputabilidad y Salud Mental. La aplicación de la Ley 26657 en el ámbito penal. Primera presentación del taller. 16 y 23 de marzo de 2017. Mar del Plata. Presentación de la Defensoría de Casación” que puede hallarse en: [http://www.defensapublica.org.ar/menu\\_varios.aspx?op=Salud%20Mental\\$/categoria\[@nombre=\\$Documentos%20de%20trabajo\]&titulo=Salud%20Mental:%20Documentos%20de%20Trabajo](http://www.defensapublica.org.ar/menu_varios.aspx?op=Salud%20Mental$/categoria[@nombre=$Documentos%20de%20trabajo]&titulo=Salud%20Mental:%20Documentos%20de%20Trabajo)

### **c.1.- Personas alojadas en establecimientos penitenciarios**

Para comenzar, es menester señalar que del relevamiento efectuado por el referido programa surge que a enero del 2017 en la Provincia de Buenos Aires existían 133 personas privadas de su libertad en establecimientos penitenciarios con declaración de inimputabilidad -art. 34 inc. 1 del CP-.

Vale decir, que aunque esas unidades penitenciarias -puntualmente la UP 34 y los pabellones psiquiátricos de la UP 10 y 45, todas ellas sitas en la localidad de Melchor Romero- tengan ciertas adaptaciones o particularidades dirigidas a ofrecer una mayor contención a las personas con padecimientos mentales -aunque en los hechos las mismas prácticamente se reducen a la presencia de un mayor número de profesionales de la Salud Mental que en una UP ordinaria-, ellas están lejos de cumplir con los estándares citados, es decir, están lejos de ser hospitales -mucho menos generales-.

En ese sentido se impone manifestar que: se trata de instituciones que no se encuentran dentro de la órbita del Ministerio de Salud -autoridad de aplicación de la LSM-<sup>26</sup>, la mayoría de los profesionales que se encuentran en contacto con las personas allí alojadas -e inclusive sus directores/as- son agentes del Servicio Penitenciario, es decir, personas que no tienen formación en la materia y la arquitectura de las mismas se corresponde a las de una cárcel y no a las de un hospital, lo cual tiene no pocas consecuencias prácticas, a saber: Presencia de celdas de aislamiento, gran número de puertas cerradas con candados -unas cinco- que separan los pabellones donde se alojan los detenidos del área de salud propiamente dicha, etc.

En resumen, se trata de 133 casos en los que se violan los reseñados estándares emergentes del CP, LSM y “Reglas Mandela” referentes al lugar donde deben llevarse adelante las internaciones involuntarias por razones de salud mental. Además, la situación descripta indirectamente resulta violatoria de otros estándares mencionados al importar un obstáculo para la finalidad terapéutica de la internación y al encontrarse en las antípodas de la opción menos restrictiva de derechos aplicable a estos casos.

### **c.2.- El denominado “riesgo social”**

Del señalado relevamiento también surge que existían -a la fecha de la concepción del mismo- unas 20 personas -dentro de las referidas 133- que además de estar alojadas en unidades penitenciarias por razones de salud mental, lo estaban a pesar de no existir criterio de internación -riesgo cierto e inminente del art. 20 de la LSM-, fundando la continuidad esa medida únicamente en el llamado “*Riesgo Social*”, es decir, en la falta de red de contención -familia contenedora, obra social, trabajo, lazos sociales, medios

---

<sup>26</sup> Las Unidades Penitenciarias de la provincia de Buenos Aires se encuentran en la órbita del Ministerio de Justicia, organismo que resulta ajeno y extraño a la regulación contemplada en la LSM.

económicos para asegurar la subsistencia- en el afuera que le permita viabilizar una externación.

Dicha situación, además de resultar una violación a los estándares desarrollados en relación al criterio de internación, se encuentra expresamente prohibida por el art. 15 de la LSM que al abordar las internaciones manifiesta que “...*En ningún caso (...) puede ser indicada o prolongada para resolver problemáticas sociales o de vivienda...*” y en consecuencia, establece en sus arts. 15 y 18<sup>27</sup> la facultad/deber en cabeza de los jueces de instar al Poder Ejecutivo -Autoridad de Aplicación de la LSM- a realizar las gestiones necesarias para que se incluya a estas personas en los programas y/o dispositivos correspondientes. Lo cual se corresponde con las obligaciones que establece en cabeza de la Autoridad de Aplicación en su art. 11<sup>28</sup>.

Para terminar con esta temática resulta oportuno destacar que, en caso de no existir dichos dispositivos en virtud del juego de lo establecido en dichos artículos -11, 15 y 18 de la LSM-, el magistrado bien podría instar al ejecutivo a fin de que cree los mismos. Postura que se ve fortalecida si se tiene en cuenta lo establecido en el Decreto Reglamentario de la LSM 603/2013, que al abordar el art. 11 de la LSM establece:

La Autoridad de Aplicación promoverá que la creación de los dispositivos comunitarios, ya sean ambulatorios o de internación, que se creen en cumplimiento de los principios establecidos en la Ley, incluyan entre su población destinataria a las personas alcanzadas por el inciso 1) del artículo 34 del Código Penal, y a la población privada de su libertad en el marco de procesos penales.

---

27 LSM art. 15: “En ningún caso la internación puede ser indicada o prolongada para resolver problemáticas sociales o de vivienda, para lo cual el Estado debe proveer los recursos adecuados a través de los organismos públicos competentes” LSM art. 18: “...En caso de que la prolongación de la internación fuese por problemáticas de orden social, el juez deberá ordenar al órgano administrativo correspondiente la inclusión en programas sociales y dispositivos específicos y la externación a la mayor brevedad posible, comunicando dicha situación al órgano de revisión creado por esta ley.”

28 LSM Art. 11. — La Autoridad de Aplicación debe promover que las autoridades de salud de cada jurisdicción, en coordinación con las áreas de educación, desarrollo social, trabajo y otras que correspondan, implementen acciones de inclusión social, laboral y de atención en salud mental comunitaria. Se debe promover el desarrollo de dispositivos tales como: consultas ambulatorias; servicios de inclusión social y laboral para personas después del alta institucional; atención domiciliaria supervisada y apoyo a las personas y grupos familiares y comunitarios; servicios para la promoción y prevención en salud mental, así como otras prestaciones tales como casas de convivencia, hospitales de día, cooperativas de trabajo, centros de capacitación socio-laboral, emprendimientos sociales, hogares y familias sustitutas.

Por otro lado, la vaguedad con la que ambas normas -LSM y el Decreto 603/13- definen -mediante ejemplificación- qué debe entenderse por “dispositivo específico”, hacen que dicha orden -la de construir un dispositivo para un caso- no resulte tan faraónica o utópica como podría sonar en un primer momento ya que el mismo bien puede limitarse al redireccionamiento de recursos -principalmente profesionales- de parte del Ministerio de Salud, a fin de que proyecten y desarrollen una estrategia de desinstitucionalización que permita cristalizar los estándares de la LSM en el caso en particular.

### **c.3.- Desproporción**

Otro de los supuestos de violación a los estándares analizados se da en los casos en donde se extralimitó el tiempo durante el cual, según la analizada construcción pretoriana, puede subsistir una internación involuntaria de naturaleza penal.

En ese sentido puede señalarse que se relevaron que de las 133 personas alojadas en unidades penitenciarias en el marco del art. 34 inc 1 del CP:

I.- En 28 casos la privación de la libertad superó el máximo de la pena que podría haberse impuesto en caso de tratarse de una persona con plena capacidad de culpabilidad.

II.- En 27 casos la privación superó el término para acceder a la libertad condicional que hubiera correspondido de haberse impuesto el referido máximo de pena.

III.- En 19 casos la privación superó el mínimo de la pena que podría haberse impuesto.

Como puede advertirse, en los supuestos I y II, evidentemente se violó el estándar establecido por la CSJN<sup>29</sup>. Mientras que en los supuestos contemplados en la categoría III, deberá observarse cuál es el plazo máximo de duración de la internación involuntaria que, conforme “*Antuña*”, estableció el órgano que determinó dicha internación -si es que lo hizo- para saber si se ha violado o no dicho estándar.

Conforme se dijo, en estos supuestos -principalmente I y II- en los que se violó dicho límite corresponde que cese en forma inmediata la intervención de la justicia penal, con todo lo que ello importa.

### **D.- Conclusión**

De los desarrollos efectuados a lo largo del presente surge que en la medida que la LSM es aplicable a los supuestos del art. 34 inc. 1 del CP, es

---

<sup>29</sup> A estos fines debe tenerse particularmente en cuenta que en “RMJ” se había superado el término de condicional y no el máximo de pena que podría haberse impuesto.

imperioso que en esos casos se adecuen las prácticas a los estándares establecidos por dicha norma -LSM-. Sin embargo, el contraste de esos estándares con los datos obtenidos en relación a las personas con declaración de inimputabilidad en la provincia de Buenos Aires torna evidente que el cambio de paradigmas que propone dicha ley está lejos de verse cristalizado en los hechos.

### **Bibliografía**

Congreso de la Nación Argentina. (2010) Ley de Salud Mental N 22.914. En línea en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/175977/norma.htm>

Código Penal de la Nación Argentina. (1984). Ley 11.179 En línea en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/textact.htm>

Martínez B. M. *Derecho y Salud Mental*. Editorial Juris. Buenos Aires.

Naciones Unidas. (1977). Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. En línea en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TreatmentOfPrisoners.aspx>

Rodríguez, J. A., *Comentarios a la ley de salud mental*. En línea en: <http://www.bibliopsi.org/docs/materias/obligatorias/CFP/juridica/sarmiento/rodriguez%20-%20comentarios%20a%20la%20ley%2026657.pdf>

## Capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el código civil y comercial

Por Sorgi Rosenthal Marina

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Concepto. III. Regulación en el Código Civil y Comercial. III. a) Restricciones de la capacidad. III. b) Proceso de determinación de incapacidad. III. c) Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad. IV. Conclusión. V. Bibliografía.

**Resumen:** El presente artículo tiene como objetivo analizar el régimen de capacidad jurídica de las personas con discapacidad en la regulación del Código Civil y Comercial de la Nación, a la luz de las prerrogativas consagradas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Para tal fin, expliqué sucintamente en que concierne el paradigma de modelo social de discapacidad receptado en el instrumento internacional mencionado anteriormente. Luego analicé las normas del Código unificado que regulan las restricciones a la capacidad, el proceso de determinación de la misma y los sistemas de apoyo. Para finalmente concluir, que el Código se ha adecuado a los estándares previstos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Cabe señalar, que la metodología utilizada en este trabajo fue de tipo cualitativo a través de una revisión bibliográfica del área temática específica.

Palabras clave: Código Civil y Comercial; Discapacidad, Capacidad; Apoyos.

**Abstract:** The present article aims to analyze the legal capacity system of persons with disabilities in the regulation of the Civil and Commercial Code of the Nation, in light of the prerogatives enshrined in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. For that purpose I briefly explained the social model paradigm of disability received in the international instrument mentioned above. Then I analyze the rules of the Unified Code that regulate the capacity constraints, the process of determining it and the support systems. To finally conclude that the Code has adapted to the standards set forth in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. It should be noted that the methodology used in this work was qualitative through a bibliographic review of the specific thematic area.

Keywords: Civil and Commercial Code; Disability; Capacity ; Support

### I. Introducción

La República Argentina recibió el Modelo Social de discapacidad a partir de la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con

Discapacidad, mediante la Ley N° 26.378, la cual tiene jerarquía constitucional a través de la Ley N° 27.044.

Este nuevo paradigma sostiene que la noción de persona con discapacidad se basa, más allá de la diversidad funcional de las personas, en las limitaciones de la propia sociedad. Razón por la que, las soluciones dadas no deben apuntarse individualmente a la persona afectada, sino más bien se encuentran dirigidas hacia la sociedad, o teniendo muy presente el contexto social en el cual la persona desarrolla su vida, erigiéndose como herramientas fundamentales el diseño universal y la accesibilidad.

Por su parte, la Convención (2006) consagra en su artículo 12 el derecho al Igual reconocimiento como persona ante la ley, el cual comprende el reconocimiento de su personalidad jurídica (inc. 1), el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida (inc. 2), la adopción de medidas para proporcionar el acceso de apoyos (inc. 3), la adopción de salvaguardias para asegurar el ejercicio de la capacidad jurídica, las cuales deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial (inc. 4).

También tiene como objetivo garantizar el derecho a ser propietarias, controlar sus asuntos económicos y tener acceso a crédito financiero (inc. 5).

Además, prevé entre sus principios generales, la no discriminación, el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas (art. 3).

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [CRPD] (2014), como órgano encargado de interpretar la Convención, ha señalado que:

Los Estados deben adoptar las medidas siguientes para asegurar la plena aplicación del artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad:

a) Reconocer a las personas con discapacidad como personas ante la ley, con personalidad jurídica y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones con las demás. Ello exige suprimir los regímenes y mecanismos basados en la sustitución en la adopción de decisiones que niegan la capacidad jurídica con el propósito o el efecto de discriminar a las personas con discapacidad.

b) Establecer, reconocer y proporcionar a las personas con discapacidad el acceso a una amplia gama de apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica. Las salvaguardias para esos apoyos deben estar fundadas en el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad. (p.47)

Por lo que el presente trabajo tiene como objetivo analizar el régimen de la capacidad jurídica en el Código Civil y Comercial de la Nación a la luz de los estándares y obligaciones asumidas por nuestro Estado en materia de derechos de las personas con discapacidad.

## I. Concepto

Etimológicamente la palabra capacidad viene del latín *capacitatis*, característica esta que posee el *capax* o *capaz* el cual tiene como derivativo el verbo *capio* que significa tomar, agarrar, apoderarse. El *capaz* en esta lógica sería aquella persona que tiene la posibilidad de tomar o asumir actividades acordes a su habilidad o destreza. En el derecho romano el *caput* (literalmente cabeza) hacía referencia al estatus de las personas físicas, cuya posición determinaba la capacidad jurídica, siendo la *capitis deminutio* la disminución de la capacidad, que llevada a su grado máximo conducía a la pérdida de la libertad (Mackeldey, 1844).

De acuerdo con el viejo Código Civil de Vélez Sarsfield, Guillermo A. Borda (1999) definía a la capacidad como “la aptitud de las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones”.(p. 454) Y a continuación añadía que:

Es fácil advertir la estrechísima relación que existe entre estado y capacidad, puesto que el estado es la base sobre la que descansa la capacidad: de aquél dependen los derechos y obligaciones de una persona. El estado es, pues, la estática y la capacidad, la dinámica de un mismo problema: los derechos y deberes jurídicos de las personas. La capacidad puede referirse al goce de los derechos o a su ejercicio; en el primer caso, se trata de capacidad de derecho; en el segundo, de capacidad de hecho. (p. 454)

En tanto que Santos Cifuentes (1992) la referenciaba como “la aptitud o posibilidad jurídica de gozar y obrar los derechos. Se divide en capacidad de derecho, aptitud de ser titular, y capacidad de hecho, aptitud para ejercer los derechos por sí mismo” (p.169).

En armonía con el nuevo Código podríamos decir que la capacidad es la regla general por la cual toda persona humana goza de la posibilidad jurídica de ser titular de derechos y deberes jurídicos sólo pudiendo ser limitada o privada por ley respecto a determinados hechos, simples actos o actos jurídicos y a ejercerlos por sí mismo con las limitaciones expresamente previstas en el Código y en una sentencia judicial.

## II. Regulación de la capacidad en el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial (2014) regula la capacidad en el libro primero, título I, capítulo 2 y dividiendo al mismo en tres secciones: principios generales, persona menores de edad y restricciones a la capacidad.

La comisión redactora del Código, integrada por Lorenzetti, R.; Higton de Nolasco, E. & Kemelmajer de Carlucci, A (2012), en sus fundamentos señala que:

El Anteproyecto distingue la capacidad de derecho de la capacidad de ejercicio. Las modificaciones importantes se producen en esta última, a fin de adecuar el derecho positivo a la Convención Internacional de los derechos del niño y a la Convención Internacional de las personas con discapacidad. (p.544).

En efecto, en su art. 22 el Código dice que “toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos”, por lo que la capacidad es la regla siendo los casos establecidos en la ley, sus excepciones. En este sentido, “la ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados” (Lorenzetti, R. et al., 2012: 544).

La capacidad de ejercicio regulada en el artículo 23 sigue la misma regla del ejercicio por parte de toda persona humana pero reduciendo las limitaciones a las expresamente contempladas en el propio Código y en una sentencia judicial. Estas son: la persona por nacer, la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y, la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

Según los codificadores (Lorenzetti, R. et al., 2012), la adecuación de este cuerpo normativo a las Convenciones Internacionales en este punto explica que:

La flexibilidad de las normas, las permanentes referencias a nociones como ‘edad y grado de madurez’, la necesidad de que las restricciones a la capacidad estén legalmente previstas, las facultades judiciales para la determinación de esas restricciones, la obligación del juez de oír, tener en cuenta y valorar las opiniones de estas personas, etc. (544).

## **II. a) Restricciones a la capacidad**

El Código Civil y Comercial de la Nación (2014) regula en su artículo 31 las reglas generales de la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica. Presume la capacidad general de ejercicio de la persona humana y que las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona. Cabe aclarar al respecto que “esta regla-límite del “beneficio de la persona” debe verse sometida a un estricto test de proporcionalidad, que descarte los eventuales abusos en el marco de un paternalismo estatal injustificado cuyo resultado es la violación de los derechos de las personas” (Fernández: 2015).

El artículo citado, además, expresa que la intervención estatal deberá tener siempre carácter interdisciplinario, siendo un derecho de la persona con discapacidad recibir información de forma comprensible.

Asimismo, establece que la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada y que deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de sus derechos y libertades.

Por otro lado, en el artículo 32, prevé que el juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes, debiendo designar el o los apoyos necesarios en relación a dichos actos. Estableciendo que sólo excepcionalmente, en el supuesto de que la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y de expresar su voluntad por cualquier modo y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.

Sin embargo, cabe resaltar que este último supuesto sólo podrá darse excepcionalmente, ya que “el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12” (CRDP, 2014: 9).

## II. b) Proceso de determinación de incapacidad

En cuanto a la legitimación activa, el Código prevé que pueden solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida (art. 33):

- a) el propio interesado
- b) el cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado
- c) los parientes dentro del cuarto grado; si fueran por afinidad, dentro del segundo grado y
- d) el Ministerio Público.

Ornela Piccinelli (2015) comenta que:

No cabe duda de que el nuevo modelo, conteste con la regla de la presunción de la capacidad que propone, explicita que la persona en beneficio de quien se promueve el proceso reviste la calidad de parte. De allí que se disponga que puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa y que si la persona ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio. Aparece ratificada la figura del abogado del art. 22 de la Ley de Salud Mental, que deberá cohonestarse con las previsiones del Código Procesal Civil y Comercial en punto a la utilización de la tradicional figura del curador provisional (s.p).

El artículo 22 de la Ley N° 26657 (2010) dispone que:

La persona internada involuntariamente o su representante legal, tiene derecho a designar un abogado. Si no lo hiciera, el Estado debe proporcionarle uno desde el momento de la internación. El defensor podrá oponerse a la internación y solicitar la externación en cualquier momento. El juzgado deberá permitir al defensor el control de las actuaciones en todo momento.

Esto requiere la inmediación judicial efectiva donde las partes tengan contacto directo con el juez, sin intermediarios y la oralidad viene a completar este marco donde se analicen de primera mano las pruebas aportadas y los intereses de las partes intervinientes.

Es por ello que durante el transcurso del proceso, el juez debe ordenar las medidas cautelares necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona, debiendo determinar qué actos requieren la asistencia de apoyos, y cuáles la representación de un curador.

Asimismo, como medida de salvaguarda, y acorde al principio de autonomía de las personas con discapacidad, el código prevé que la misma sea parte del proceso (Art. 36) y que el juez deberá garantizar la inmediatez y entrevistarla personalmente, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquella (art. 35). Esto último se condice con lo previsto en el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que consagra el derecho de acceso a la justicia. Asimismo, debe ser complementado con lo normado por el artículo 707 del Código Civil y Comercial que expresa que:

Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

A su vez, establece en el artículo 37 los aspectos que debe contemplar la sentencia de restricción de la capacidad, entre los que se encuentra el diagnóstico y pronóstico; la época en que la situación se manifestó; los recursos personales, familiares y sociales existentes y el régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible, siendo imprescindible para expedirse el dictamen de un equipo interdisciplinario.

Este artículo debe interpretarse a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que recepta el modelo social de discapacidad. Por lo que el diagnóstico, que es propio del modelo médico-rehabilitador, no deberá ser el elemento determinante a la hora de restringir la capacidad de las personas.

Recordemos, que tal como ha afirmado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no deben mezclarse los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica. Esto debido a que:

La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales (CRDP, 2014: 12).

Por lo que, de conformidad con el artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica (CRDP, 2014: 12).

Por otro lado, la sentencia deberá determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores y señalar 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 (art. 38). Así como también, ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 39).

La resolución judicial podrá ser revisada en cualquier momento a instancias del interesado (art. 40). Previendo a su vez, que en los casos normados por el artículo 32 la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado. Poniendo en cabeza del Ministerio Público la obligación de fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial y en caso contrario instarla a que ésta se lleve a cabo. De lo que se desprende, que este artículo concuerda con lo dispuesto en el artículo 7 inciso n de la Ley N° 26.657 que afirma que el Estado reconoce el derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable.

En este orden de ideas, cabe señalar que en el proceso de revisión de sentencia deberán respetarse todas las garantías procesales. Es decir, que:

La persona tiene derecho a conocer que será evaluada y a qué fines, el resultado de la pericia (de la cual deben correrle los traslados correspondientes), impugnarla, presentar las pruebas que se consideren pertinentes, solicitar la celebración y una audiencia con el juez, ofrecer consultores técnicos, entre otros. En definitiva, debe primar una interpretación que procure la mayor amplitud posible de las garantías procesales. (Ferraiuolo, A & Crocci, S: 2015).

Cabe destacar que el Código limita la internación sin consentimiento de la persona a que se cumplan los recaudos previstos en el mismo (art. 41):

- a) Evaluación de un equipo interdisciplinario que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad;
- b) La existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros;
- c) Es un recurso terapéutico de carácter restrictivo y debe ser supervisada periódicamente y por el menor tiempo posible
- d) Debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica; y
- e) La sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (2008) ha dicho al respecto que:

Se debe tener en cuenta que, en la práctica, más allá de que la medida de internamiento posea un carácter terapéutico, se lleva a cabo una auténtica privación de libertad de la persona. Por ello, tal como lo establecen los Principios de Salud Mental de las Naciones Unidas de 1991, el internamiento involuntario sólo debe tener un carácter excepcional y es necesario realizar todos los esfuerzos posibles para evitar el ingreso en contra de la voluntad del paciente” (Considerando 12). Así como también que, hoy nadie niega que las internaciones psiquiátricas que se prolongan innecesariamente son dañosas y conllevan, en muchos casos marginación, exclusión y maltrato y no es infrecuente que conduzcan a un “hospitalismo” evitable. (Considerando 6)

Por lo expuesto, debe recordarse, que la internación sólo podrá tomarse como medida de ultima ratio, ya que el Estado de conformidad con lo normado en el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y lo expresado por el Comité (2014) se encuentra obligado a propender al proceso de desinstitucionalización, garantizando que todas las personas con discapacidad recobren su capacidad jurídica y puedan elegir dónde y con quién vivir (42).

Finalmente, el Código prevé, en su artículo 47, que el cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad debe decretarse por el juez que la declaró, previo examen de un equipo interdisciplinario. Agregando que el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador o apoyo.

## **II. c) Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad**

El artículo 43 del Código Civil y Comercial de la Nación, en concordancia con lo previsto en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos

de las Personas con Discapacidad define al apoyo como “cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general”. Asimismo, establece como función del mismo la de “promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos”.

Se observa de este modo que el nuevo Código tiene como paradigma la autonomía de las personas con discapacidad, con lo cual toda intervención debe ser excepcional y tener como objeto la protección de sus intereses en pos del ejercicio pleno de sus derechos.

A su vez dicho cuerpo normativo dispone que el interesado puede proponer al juez la designación de personas de su confianza, debiendo el magistrado evaluar los alcances de la designación, la calidad de las medidas de apoyo, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. Así como, debe procurar la protección de la misma respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida.

Considero pertinente, expresar que la persona con discapacidad o capacidad restringida debe contar con garantías de participación reales como son la accesibilidad, los ajustes razonables y apoyos durante el proceso de elección y propuesta referidos (Lorenzetti, 2014: 257).

Caramelo, G.; Picasso, S. & Herrera, M. (2015) señalan que pueden observarse diferentes niveles de apoyos:

Un primer nivel es aquel en el que la persona requiere de apoyos mínimos para la toma de sus decisiones, como podrían serlo los relacionados con el lenguaje o con aspectos tecnológicos que puedan facilitar la comunicación. Un segundo nivel consiste en la toma de decisiones asistidas, en donde la persona con discapacidad recibe la asistencia para la toma de sus decisiones de un tercero de su confianza, elegido por la propia persona con discapacidad. Un tercer nivel es la toma de decisiones facilitada, para los casos extremos en que las preferencias y la voluntad no puedan expresarse o conocerse de manera fehaciente, y que debe constituirse en la situación de última instancia (115).

En el mismo orden de ideas, cabe recordar que el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), señaló, que:

El tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad. Esto es acorde con lo dispuesto en el artículo 3 d), en el que se describen como un principio general de la Convención: el respeto por la diferencia y la

aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas (16).

Por lo que, el apoyo deberá diseñarse según las necesidades de cada persona, debiendo respetarse siempre su autonomía individual y su capacidad para adoptar decisiones.

El apoyo podrá ser individual o colectivo, y conformarse por ejemplo por algún familiar o redes de familiares, por algún profesional o asociación, entre otros. Se proyecta tanto en los aspectos personales como en los patrimoniales (Lorenzetti, 2014: 251).

A su vez, cabe destacar, que a diferencia de la figura del curador, la actuación del apoyo no debe ser sustitutiva de la voluntad de las personas con discapacidad. Sino que tiene que propender a que la persona puede desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, colaborando en caso de ser necesario con el proceso de razonamiento. Es decir, debe tener como eje la autonomía de la persona y el pleno ejercicio de sus derechos. Así como también “...fomentar la confianza y las aptitudes de las personas con discapacidad de modo que puedan ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro, si así lo desean” (CRDP, 2014: 20).

Teniendo la persona con capacidad restringida el derecho a “a rechazar el apoyo y poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento” (CRDP, 2014: 24).

#### **IV. Conclusión**

El Código Civil y Comercial ha dado un paso importante en lo que se refiere a la adecuación de la legislación de fondo con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En primer lugar, ha adaptado los términos a la Convención ya que utiliza vocablos tales como “apoyo”, “ajustes razonables”, “accesibilidad” y “autonomía”.

Asimismo, ha pasado de un modelo tutelar de representación por sustitución – el cual se encontraba receptado en el código velezano – a un modelo basado en el sistema de apoyos. Es decir, recepta como una herramienta fundamental al “apoyo”, garantizando de esta forma el ejercicio pleno de los derechos de las personas con discapacidad y respetando su autonomía en el proceso de la toma de decisiones.

Además, reafirma el criterio que establece la capacidad jurídica como regla, y prevé que sólo en casos excepcionales se podrá restringir la capacidad para determinados actos. Obligando al juez a revisar la sentencia cada vez que el interesado lo solicite y limitando las internaciones involuntarias.

A su vez, en reconocimiento de la autonomía de la persona con discapacidad y su derecho al acceso a la justicia, se le otorga un rol más activo a la misma durante el proceso de restricción de la capacidad.

Sin embargo, para que este avance legislativo no caiga en letra muerta, los actores involucrados - el juez, el equipo interdisciplinario, el Ministerio Público, los abogados, entre otros - deberán asumir el compromiso de garantizar a la persona con discapacidad su plena participación en el proceso y el respeto de su autonomía, para lograr así su plena inserción en la sociedad.

## V. Bibliografía

Borda, G. (1999). Tratado de Derecho Civil. Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot. Recuperado de: <http://www.cedesyc.com.ar/Material%20de%20estudio%20UNR/Facultad%20de%20derecho/Primer%20a%20F1o/Tratado%20de%20Derecho%20Civil%20-%20Parte%20General%20-%20Tomo%20I%20Borda.pdf>

Caramelo, G.; Picasso, S. & Herrera, M. (coords.) (2015). Código civil y comercial de la Nación comentado. Tomo I (1° Ed.) Buenos Aires: Infojus. Recuperado de [http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC\\_Comentado\\_Tomo\\_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf)

Cifuentes, S. (1992). Elementos de Derecho Civil: Parte General. Buenos Aires: Astrea.

Código Civil y Comercial de la Nación [Código]. (2014). Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000239999/235975/norma.htm>

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014). Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley. Recuperado de [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:i7dCJyVGod4J:www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/DGCArticle12\\_sp.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=ar](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:i7dCJyVGod4J:www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/DGCArticle12_sp.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=ar)

Congreso de la Nación Argentina (6 de Junio de 2008) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. [Ley 26.378 de 2008]. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141317/norma.htm>

Congreso de la Nación Argentina (2 de Diciembre de 2010). Ley Nacional de Salud Mental. [Ley 26.657 de 2010]. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/175977/norma.htm>

Congreso de la Nación Argentina (11 de Diciembre de 2014) Otórgase jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. [Ley 27.044 de 2014]. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/239860/norma.htm>

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (19 de Febrero de 2008). Sentencia Competencia N° 1195. XLII. R., M. J. s/ insania. Recuperado de <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-au>

tonoma-buenos-aires-mj-insania-fa08000003-2008-02-19/123456789-300-0008-0ots-eupmocsollaf

Fernández, S (2015). La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial bajo la lupa de los derechos humanos. *Revista Código Civil y Comercial*, vol 1 (n° 1).

Ferraiuolo, A & Crocci, S. (2015). Capacidad jurídica y discapacidad. Breves referencias al sistema vigente. *Derecho de Familia: Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, vol 1 (n° 2).

Lorenzetti, R (Director.) (2014). *Código civil y comercial de la Nación comentado*. Tomo I (1° Ed.) Santa Fe: Rubinzal- Culzoni

Lorenzetti, R.; Highton de Nolasco, E. & Kemelmajer de Carlucci, A. (2012) *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Infojus. Recuperado de [http://www.sajj.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo\\_civil\\_comercial.pdf](http://www.sajj.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf)

Mackeldey, F. (1844). *Elementos de Derecho Romano*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica.

Piccinelli, O. (2015) Ajustes razonables del proceso de declaración de incapacidad (Consideraciones a propósito del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación). *El Dial*. Recuperado de <https://www.eldial.com/nuevo/resultados-detalle-doctrina.asp?id=8272&base=50&resaltar=piccinelli>.

Toboso Martín, M. & Arnau Ripollés, M. (2008). La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, vol 10 (n° 20). Recuperado de [https://www.fuhem.es/media/ecosocial/file/Boletin%20ECOS/ECOS%20CDV/Boletin\\_8/Discapacidad\\_Amartya.pdf](https://www.fuhem.es/media/ecosocial/file/Boletin%20ECOS/ECOS%20CDV/Boletin_8/Discapacidad_Amartya.pdf)

## **Novedades Legislativas**

**Por Balbi Eduardo**

### **Nación**

#### **Ley N° 27363. Modificaciones al Régimen de Responsabilidad Parental**

Se incorpora el artículo 700 bis y modifica el 702 del Código Civil y Comercial. En ese orden, el flamante artículo 700 bis incorpora los supuestos por los cuales cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental. Los supuestos que se contemplan se encuentran referidos a situaciones de violencia que pudiere haber cometido uno de los progenitores o los haya realizado en grado de tentativa. Además la modificación del artículo 702 establece la suspensión de la responsabilidad parental durante el procesamiento en los caso del artículo incorporado.

#### **Ley N° 27364. Creación del Programa de Acompañamiento a Adolescentes en Situación de Vulnerabilidad**

Se crea el Programa de Acompañamiento para el Egreso de Adolescentes y Jóvenes sin Cuidados Parentales a fin de garantizar su plena inclusión y su máximo desarrollo personal y social. El mismo apunta a dar acompañamiento a adolescentes que al cumplir los 18 años deben abandonar las instituciones en las que crecieron al resguardo de las situaciones de abandono, abuso o violencia sufridas en sus hogares de origen.

El Plan prevé la asignación de un referente que acompañe al adolescente desde los 13 a los 21 años para tomar decisiones relativas a su salud, educación, vivienda, planificación financiera y otras y la percepción de una asignación económica mensual igual al 80 por ciento del salario mínimo a partir del egreso.

#### **Ley N° 27372 de Protección a Víctimas de Delitos**

La norma crea centros especializados para brindar contención, patrocinio legal gratuito y otorga al damnificado la posibilidad de participar en el proceso penal que se siga contra el imputado.

Entre las novedades, la norma le otorga a las víctimas de delitos el derecho a asistir a las declaraciones de los testigos –con facultad para hacer preguntas y pedir aclaraciones a través de su patrocinante o fiscal interviniente- y a recibir asesoramiento y asistencia tanto en el proceso como durante la ejecución de la pena.

#### **Ley N° 27375. Modificaciones a la Ley de Ejecución Penal**

Se reforma la Ley 24.660 de Ejecución de la Pena, estableciendo que los autores de delitos graves como violaciones, muertes por torturas, trata,

robos calificados y narcotráfico, no podrán contar con el beneficio de las salidas transitorias o la libertad condicional, entre otras modificaciones.

### **Decreto de Necesidad y Urgencia N° 513/2017. Cambio en la estructura de Ministerios**

Se modificó la Ley de Ministerios para eliminar el Ministerio de Comunicaciones y la transferencia de sus competencias al Ministerio de Modernización, así también, transferir funciones del ámbito del Ministerio de Producción a la Jefatura de Gabinete, en las áreas vinculadas a la política comercial en el exterior.

También hubo cambios en los titulares de las carteras ministeriales. Alejandro Finocchiaro y Oscar Aguad, respectivamente, quienes asumirán esas funciones en Educación y Defensa en reemplazo de Esteban Bullrich y de Julio Martínez. También renunciaron el titular del Plan Belgrano, José Cano, y la presidenta de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (Acumar), Gladys González, todos las salidas se deben a que serán candidatos en las próximas elecciones.

### **Decreto N° 522/2017. Reglamentación de la ley de Creación del Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual**

Se reglamentó la Ley Nacional N° 26.879, sancionada en 2013, que creó el Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual. “El mencionado registro tendrá por fin exclusivo facilitar el esclarecimiento de los hechos que sean objeto de una investigación judicial en materia penal vinculada a delitos contra la integridad sexual y con el objeto de proceder a individualizar a las personas responsables”, señala la norma.

### **Decreto N° 652/2017. Delegación en el Ministro de Transporte de la clausura de vías férreas**

Mediante el citado Decreto, el Presidente, delega en el Ministro de Transporte, cargo actualmente ocupado por Guillermo Dietrich, la facultad de clausurar ramales ferroviarios en forma definitiva y proceder al levantamiento de las vías y demás instalaciones ferroviarias.

### **Decreto N° 695/2017. Ascenso post mortem a militares que defendieron al presidente Illia durante el golpe de Estado de 1966**

El Poder Ejecutivo, distinguió con el ascenso post mortem a tres militares por “su apoyo explícito y público al orden constitucional”, durante su actuación contra del golpe de Estado que en 1966 derrocó al entonces presidente Arturo Illia. La norma promueve “al grado inmediato superior,

con fecha 3 de marzo de 1966” al general de División (R) Carlos Augusto Caro; al General de Brigada Eduardo Rómulo Castro Sánchez, y al Coronel Alberto Rodríguez Riccheri.

**Decreto de Necesidad y Urgencia N° 698/2017. Creación de la Agencia Nacional de Discapacidad y del Instituto Nacional de las Mujeres**

Se crearon dos nuevos organismos del Poder Ejecutivo Nacional: la Agencia Nacional de Discapacidad y el Instituto Nacional de las Mujeres. El primero funcionará en el ámbito la Secretaría General de Presidencia y concentrará las políticas destinadas a las personas con discapacidad así como el manejo de asignaciones de determinadas pensiones no contributivas, mientras que, el INAM funcionará en la órbita del Ministerio de Desarrollo Social y será el continuador del Consejo Nacional de las Mujeres.

**Decreto N° 711/2017. Reglamentación de la Ley de Apoyo a Emprendedores.**

Se reglamentó la ley 27.349 de apoyo al capital emprendedor sancionada en marzo pasado. La flamante medida crea un fideicomiso que tendrá \$ 1.000 millones para financiar a emprendedores, aseguraron desde el Gobierno. También afirmaron que el Ministerio de Producción ofrecerá préstamos a tasa 0 para impulsar proyectos en su etapa inicial.

**Decreto N° 738/2017. Reglamentación parcial de la ley que habilita el uso de marihuana medicinal**

Se reglamenta en forma parcial la ley 27.350. La norma, sancionada por el Congreso en marzo pasado, tiene por objeto establecer el marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados, garantizando y promoviendo el cuidado integral de la salud. El Ejecutivo dejó importantes puntos de la ley sin reglamentar.

**Decreto N° 740/2017. Reglamentación de la Ley de Electrodependientes**

Reglamenta la ley 27.351 que garantiza el servicio y la gratuidad del suministro eléctrico para los hogares con personas cuyos problemas de salud los obliga a depender del uso permanente de equipos eléctricos. La reglamentación fija que el Ministerio de Energía y Minería será la autoridad a cargo de su aplicación, mientras que el Ministerio de Salud será el encargado de establecer las condiciones necesarias para la inscripción en el “Registro de Electrodependientes por Cuestiones de Salud” y dictará las normas aclaratorias y complementarias para su aplicación.

**Resolución N° 97-E/2017 del Ministerio de Finanzas Públicas. Se oficializó la emisión de deuda por cien años**

Se oficializó la colocación de bonos de deuda por unos 2.750 millones de dólares a cien años de plazo. La medida, suscripta por el ministro de Finanzas Luis Caputo, expresa que “el destino de los fondos será la atención del servicio de la deuda y gastos no operativos de la Administración Nacional” y afirma que el país tendrá derecho a rescatar esos bonos “en forma total o parcial en cualquier momento o en forma periódica antes de su vencimiento”.

**Resolución N° 3-E/2017 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Fijación del Salario Mínimo, Vital y Móvil**

Ante la falta de arribo a un acuerdo en el plenario del Consejo del Salario Mínimo, Vital y Móvil entre sindicalistas, funcionarios y empresarios - y luego que las tres centrales obreras rechazaron de plano la oferta patronal de aumento del valor de ese ingreso en un 20,3 por ciento, en tres tramos- el Ministerio de Trabajo a través de la citada Resolución, fijó el Salario Mínimo, Vital y Móvil en \$ 8.860, a partir de julio de este año y en \$ 9.500 a partir de enero del año que viene. Las centrales obreras exigían un mínimo de \$ 15.000, denuncian que la suba fijada no cubre la canasta básica y anunciarán medidas de fuerza.

**Resolución del Ministerio de Justicia N° 521-E/2017. Reglamento para el nombramiento de magistrados de más de 75 años**

Suscripta por Germán Garavano, establece un mecanismo para el nuevo nombramiento que establece la Constitución Nacional en el caso de magistrados que alcancen los 75 años de edad y que cobró vigencia a partir del fallo “Schiffrin” de la Corte Suprema. El reglamento alcanza a jueces y magistrados del Ministerio Público, dado que sus leyes orgánicas también fijan el límite de los 75 años.

**Resolución General N° 6/2017 IGJ. Reglamenta la Constitución de Sociedades por Acciones Simplificadas**

La Inspección General de Justicia, a través de la citada Resolución General, determina las pautas para constituir Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) creadas por la ley 27.349. Comienza a regir a partir del 1° de septiembre.

**Resolución N° 760/2017 SRT. Creación registro de litigios para que las ART informen abogados que plantean inconstitucionalidades a la Ley de Riesgos del Trabajo**

La Superintendencia de Riesgos del Trabajo, creó el “Sistema Integral de Registro Para el Estudio de la Litigiosidad del Sistema de Riesgos del Trabajo” y estableció que las aseguradoras, los autoasegurados y mutuales deberán informar los procesos judiciales en los que intervengan en carácter de demandada, codemandada, citada en garantía, por citación de terceros, por causas de riesgos del trabajo, en virtud de los cuales se interpongan planteos de inconstitucionalidad a los preceptos de la Ley N° 27.348 o en su defecto al Decreto N° 54/17, así como también las novedades que se produzcan en el desarrollo de los mencionados procesos.

La mencionada resolución dio lugar a numerosos planteos judiciales por parte de diversos letrados y asociaciones de letrados laboralistas, y actualmente se encuentra suspendida en su aplicación.

### **Provincia de Buenos Aires**

#### **Ley 14920. Adhesión a la Ley Nacional de Contratación Público Privada.**

La Legislatura bonaerense, adhirió al régimen de contratación público privada, establecido por la Ley Nacional 27.328, por medio del cual el Ejecutivo Nacional busca atraer inversiones en infraestructura. La iniciativa, que a nivel federal fue proyectada por el Estudio Cassagne, crea un régimen de participación público privada que ofrece diversas garantías a quienes inviertan junto al Estado, la aplicación supletoria de normas de derecho privado y establece la posibilidad de someter las controversias a tribunales internacionales o, en el caso de ser resueltas esas controversias por medio de laudos arbitrales con sede en el país, los recursos contra esos pronunciamientos serán limitados. Habrá una Comisión Bicameral de seguimiento de la ejecución de esta normativa.

#### **Ley 14931. Creación de la red de seguimiento para recién nacidos prematuros en la provincia de Buenos Aires**

Se crea la Red de Seguimiento de Recién Nacidos Prematuros de Alto Riesgo y que tiene por objetivo combatir la principal causa de mortalidad infantil. Se entiende por prematuro a aquel recién nacido cuya edad gestacional sea menor de 37 semanas y posea un riesgo elevado de secuelas a lo largo de su desarrollo evolutivo y/o una situación familiar de alta vulnerabilidad social.

La cobertura de los bebés nacidos antes de término contempla el sostén alimentario para quienes necesiten complementar la lactancia materna o sustituirla, en caso de carencia, así como los medicamentos y vacunas incluidas en el calendario oficial y aquellas especiales necesarias en niños de alto riesgo.

### **Nueva Ley de honorarios para Abogados**

La Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, dio el pasado 31 de Agosto, sanción definitiva al proyecto de nueva regulación de honorarios para abogados y procuradores bonaerenses. La flamante norma establece, entre otros puntos clave, la naturaleza alimentaria de los honorarios profesionales, el carácter de orden público de los mínimos arancelarios, fija que los honorarios serán regulados en la moneda IUS a fin de evitar las distorsiones provocadas por la inflación, el IUS arancelario se calculará sobre la totalidad de los conceptos que integran la real remuneración percibida por un juez de Primera Instancia con quince años de antigüedad, por solo citar algunos de sus pasajes. La norma, a su vez, subraya que el abogado es un actor indispensable para el adecuado servicio de justicia.

La norma, aún no ha sido promulgada por el Poder Ejecutivo.

### **Decreto N° 272/2017. Delegación de facultades a Ministros**

A través del mencionado Decreto, la Gobernadora de la Provincia, delega en Ministros, Secretarios, otros funcionarios del Poder Ejecutivo, Titulares de los Organismos de la Constitución y el Asesor General de Gobierno, el ejercicio de una serie de facultades a ella atribuidas. La amplia delegación comprende desde corregir decretos, otorgar concesiones sobre inmuebles, incorporar automotores, concesiones provinciales para servicios de Transporte Público de Pasajeros, hasta disponer del cese laboral del personal, entre otras tantas más. Asimismo, se derogó el Decreto 230/2016 que delegaba facultades similares.

### **Decreto N° 366/2017. Reglamentación de la Ley provincial de Bosques Nativos**

Se aprobó la reglamentación de la Ley N° 14.888 que establece las normas complementarias, a la Ley nacional 26.331, para la conservación y el manejo sostenible de los bosques nativos de la Provincia de Buenos Aires.

Los bosques nativos constituyen ecosistemas que brindan numerosos beneficios a la comunidad, entre ellos, la conservación del suelo y la calidad del agua, la regulación hídrica, la fijación de emisión de gases con efecto invernadero y la conservación de la biodiversidad, servicios ambientales necesarios para el concierto y supervivencia del sistema natural y biológico en su conjunto, y para mejorar y asegurar la calidad de vida de la población.

### **Resolución de OCEBA N° 213/17. Reglamentación de la categoría de Entidades de Bien Público en el servicio eléctrico en la Provincia de Buenos Aires**

Establece que las Entidades de Bien Público quedarán incorporadas en la categoría tarifaria “T1 Pequeñas demandas”, Servicio General (T1GEBP),

aplicándoles los cargos fijos y variables correspondientes al encuadramiento T1R o T1G, de acuerdo a los que resulten más beneficiosos.

### **Provincia de Mendoza**

#### **Sanción de nuevo Código Procesal Civil y Comercial**

Se aprobó en agosto pasado un nuevo cuerpo que reúne las normas procesales civiles, comerciales y tributarias. Se trata de la ley 9001, que “busca incorporar la oralidad a todas las etapas del proceso como también las nuevas tecnologías, como por ejemplo las grabaciones de las audiencias en audio y video, el expediente electrónico y la firma digital”, informaron desde el Ejecutivo mendocino.

#### **Nueva Ley de Procedimientos Administrativos**

La norma sancionada regula el procedimiento de emisión de los actos administrativos del Estado. Se trata de la ley 9.003, a través de la cual la Legislatura cuyana modificó la 3.909 que databa de de 1973 con 44 años de vigencia sin modificaciones. La nueva legislación promueve la incorporación de la tecnología con el expediente electrónico, simplifica la vía recursiva, incorpora los postulados de los tratados internacionales al procedimiento, entre otras importantes novedades.



## JURISPRUDENCIA

REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN | Año 2 N° 4 | Invierno 2017

PORTADA: SERGIO MICHAEL ÁLVAREZ |  
DE LAS MÁRGENES Y OTRAS ORILLAS.

OBRAS A LA VENTA

## La Mirada

Me veo a través de los ojos de un gato. Mi cuerpo es un entretejido de alfileres y pestañas.

Soy de alambre. Soy la madera y el metal. El hilo que cruje con el viento.

El ombligo de Júpiter.

Las uñas que se roba el diablo.

La respiración de un hombre con parte de su cuerpo adentro de otro hombre.

La piel de un hombre que completa su cuerpo con una parte del cuerpo de otro hombre.

La exaltación de la fealdad. La excitación de la fealdad.

Soy un pequeño brote del alma.

El conocimiento hacinado en una gota de sangre.

El aire carcomido. El pensamiento estancado.

La gota de sudor de una mujer que se masturba pensando en la suavidad del cuerpo de otra mujer.

Los pliegues de una mujer que sabe que otra mujer se masturba pensando en la suavidad de su cuerpo.

Soy la lluvia que bebe el pez.

El calor. La humedad.

Un instante de fuego.

La precipitación del tiempo.

La hostia, la lengua y el paladar.

El segundo antes de una eyaculación... Y el segundo después.

Todo eso soy, y mucho más, pero solo a través de los ojos de un animal.

## Las problemáticas ambientales y su recepción en recientes fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por Stinco Juan

### 1. Introducción

Desde la creación de la Secretaría de Juicios Ambientales en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se ha percibido una creciente actividad jurisprudencial en la materia. A partir de la incorporación de especialistas y de la jerarquización de la función, extremo esperado -dado la precedente elevada consideración de estos tópicos por nuestro máximo Tribunal- resulta interesante describir la evolución actual de la jurisprudencia ambiental.

Con tal propósito, pasaremos breve revista a los fallos que consideramos más relevantes dictados por la Corte Suprema durante los años 2015 y 2016<sup>1</sup>, finalizando con algunos comentarios a modo de conclusiones. Con tal propósito, hemos seguido un orden de asociación temática, y en esta oportunidad decidimos agruparlos por su preponderante importancia en materia procesal o en los aspectos sustanciales por la aplicación central de algún principio específico de la materia.

#### A) Precedentes que ajustan los rigorismos procesales a la materia ambiental

1. La excepción de defecto legal respecto de las demandas ambientales debe tener una interpretación adecuada que no impida la tutela del bien colectivo.

En la causa CSJ 1569/2004 (40-M)/CS1, autos “Mendoza, Beatriz Silvia y otros e/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios - daños derivados de la contaminación ambiental del Rio Matanza Riachuelo”<sup>2</sup>, en lo que constituyó un avance procesal del expediente principal vinculado con el saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo, en fecha 19/2/2015 nuestro máximo Tribunal dictó auto donde tuvo por contestadas las demanda y analizó la excepción de defecto legal opuesta por las demandadas.

Nuestro máximo Tribunal rechazó dicha excepción afirmando que corresponde rechazar la excepción de defecto legal si la forma en que la actora ha planteado su reclamo -a pesar de lo escueto de la narración de los hechos ocurridos y de la gené-

<sup>1</sup> El relevamiento de caso fue realizado directamente de la página web oficial del máximo tribunal. <https://sj.csjn.gov.ar/sj/>

<sup>2</sup> Disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=719027>

rica imputación de responsabilidad efectuada-, no le impidió de manera alguna a los codemandados el ejercicio amplio de su defensa, tal como de modo manifiesto se desprende de las contestaciones respectivas. Ello es así, pues no hay estado de indefensión si la cosa demandada ha sido denunciada con precisión con lo que no surgen dudas respecto del alcance de la pretensión de la actora y de las posibilidades de los demandados de plantear las defensas que estimen pertinentes... Que, por el contrario, la eventual admisión en el caso de la defensa de defecto legal importaría alterar esencialmente el espíritu de la demanda que se sustenta en las normas del artículo 41 de la Constitución Nacional y en la Ley 25.675 General del Ambiente. Y no hay dudas de que la presente causa tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva configurado por el ambiente. En este caso, los actores reclaman como legitimados extraordinarios para la tutela de un bien colectivo, el que por naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible, ya que primero corresponde la prevención, luego la recomposición y -en ausencia de toda posibilidad, dará lugar al resarcimiento (Fallos: 329:2316).

Asimismo reiteró el criterio procesal que debe primar en las causas ambientales. En efecto, expresó la Corte que

(...) en este orden de ideas, como lo estableció el Tribunal en el recordado precedente de Fallos: 329: 3493, en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental las reglas procesales deben ser particularmente interpretadas con un criterio amplio que ponga el acento en el carácter meramente instrumental de medio a fin, revalorizando las atribuciones del Tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del “juez espectador”... De ello se deriva que la aplicación mecánica o literal del Código de rito para imputar defecto legal a una demanda cuya pretensión responde a presupuestos sustanciales diversos de aquellos que se tuvieron en mira al dictar la normativa procedimental, peca de excesivo rigorismo formal, que se opone en forma manifiesta al artículo 41 de la Constitución Nacional y a la ley 25.675 General del Ambiente.”

## **2. La intervención de terceros en los procesos ambientales**

Nuestro máximo Tribunal determinó que, en los procesos colectivos y en materia ambiental, existen límites a intervenciones de terceros.

Ello aconteció en la causa CSJ 61/2011 (47-S)/CS1, autos “Santiago del Estero, Provincia de c/Cia. Azucarera Concepción S.A. y otro si amparo ambiental”<sup>3</sup>, sentencia de fecha 13/05/2015, donde la firma CreaLab S.R.L. se presentó y solicitó que se le dé participación en el proceso con el objeto de informar al Tribunal acerca de las gestiones realizadas para concretar la planta de tratamiento integral y definitivo para las vinazas, y sobre las dificultades que impiden la concreción del proyecto y su solución.

Ante tal presentación nuestro máximo tribunal sostiene que:

no es difícil concluir que la presentación que se realiza es ajena a la relación procesal ambiental de este expediente, y que, por su propia naturaleza, debe ser instada ante las autoridades gubernamentales, para que ellas, dentro de los procesos legales, administrativos y licitatorios que resultan aplicables e ineludibles, adopten las decisiones que pudiesen corresponder.

### **3. Resulta necesario un empleo riguroso de las facultades ordenatorias en los procesos ambientales**

Por otro lado, respecto de las “facultades ordenatorias” en los procesos ambientales, nuestro máximo Tribunal aclaró que las ellas se encuentran reconocidas en el artículo 32 de la ley 25.675 General del Ambiente al Tribunal y en las causas vinculadas a la recomposición del ambiente dañado, deben ser ejercidas con rigurosidad. Causa CSJ 641/2011 (47-A)/CS1, autos “ACUMAR s/ Ordenamiento Territorial”<sup>4</sup>, sentencia de fecha 02/06/2015.

### **4. Los principios preventivos y precautorios en las medidas cautelares dentro del proceso de amparo**

En las causas CSJ 154/2013 (49-C)/CS1 y CSJ 695/2013 (49-C)/CS1, en autos “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbreira Limited y otro s/ sumarísimo”<sup>5</sup>, sentencia de fecha 23/02/2016, la Corte expresó que

(...) en primer término, cabe recordar que las resoluciones que se refieren a medidas cautelares, ya sea que las ordenen, modifiquen o extingan, no autorizan el otorgamiento del recurso extraordinario ya que no revisten -como regla- el carácter de sentencias definitivas, principio que -en casos

3 Disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=721637>

4 Disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=722170>

5 Disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7283852>

como el presente- admite excepción cuando la medida dispuesta es susceptible de producir un agravio al medio ambiente que, por su magnitud y circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior. En ese sentido, no puede dejar de señalarse que en el particular ámbito de las demandas encuadradas en las prescripciones de la Ley General del Ambiente, la interpretación de la doctrina precedentemente enunciada debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el arto 4° de esa ley introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles... Es a la luz de estos principios -que apuntan a constituir a las medidas cautelares en medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la Constitución Nacional... que deben entenderse las facultades que el arto 32 de la Ley General del Ambiente otorga a la autoridad judicial interviniente con el objeto de disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. En igual sentido debe interpretarse el último párrafo de ese artículo en cuanto dispone que en cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, que el juez también podrá disponer sin petición de parte, aun sin audiencia de la parte contraria, prestándose debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse...”

Asimismo agregó

Que al omitir toda referencia a la prueba aludida, la Cámara no realizó un balance provisorio entre la perspectiva de la ocurrencia de un daño grave e irreversible y el costo de acreditar el cumplimiento de las medidas solicitadas, principalmente, a la luz del ya citado principio precautorio, conforme al cual, cuando haya peligro de daño grave e irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del ambiente -art. 4° de la ley 25.675- (Fallos: 333:748, disidencia de los jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni)... el juicio de ponderación al que obliga la aplicación del principio

precautorio, exige al juez considerar que todo aquel que cause daño ambiental es responsable de restablecer las cosas al estado anterior a su producción (art. 41 de la Constitución Nacional, art. 27 de la ley 25.675 y artículo 263 del Código de Minería). En ese sentido, esta Corte ha sostenido que el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental (art. 41 de la Constitución Nacional) no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente (Fallos: 329:2316)...”.

### **5. Flexibilidad en los recaudos procesales vinculados con las vías recursivas en los procesos ambientales**

En la causa CSJ 1314/2012 (48-M) /CS1, autos “Martínez, Sergio Raúl c/ Agua Rica LLC Suco Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. Y otros s/ acción de amparo”<sup>6</sup>, sentencia de fecha 02/03/2016, sostuvo la Corte que

En el caso, concurren las circunstancias excepcionales que permiten superar dicho óbice formal, pues de las constancias de la causa, especialmente, de la resolución 35/09 de la Secretaría de Estado de Minería de la Provincia de Catamarca, se desprende que la medida dispuesta es susceptible de producir un agravio al medio ambiente que, por su magnitud y circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior. En efecto, de la resolución mencionada -por la cual se aprobó el Informe de Impacto Ambiental presentado por la Minera Agua Rica LLC para la etapa de explotación del proyecto en carácter de Declaración de Impacto Ambiental- surge que la provincia demandada admitió la existencia de problemas ambientales que la empresa debía solucionar antes del inicio de los trabajos, tanto respecto del área de mina Andalgalá, como del área de proceso Campo Arenal... asimismo, corresponde habilitar el remedio federal pues se verifica una excepción a la regla dispuesta por esta Corte según la cual los pronunciamien-

---

<sup>6</sup> Disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7285524>

tos por los que los superiores tribunales provinciales deciden acerca de los recursos de orden local no son, en principio, susceptibles de revisión por medio de la apelación federal por revestir carácter netamente procesal. En tal sentido, procede la excepción cuando lo resuelto por los órganos de justicia locales no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias de la causa (Fallos: 330:4930 y 333:1273), o se realiza un examen de los requisitos que debe reunir la apelación con inusitado rigor formal que lesiona garantías constitucionales (Fallos: 322:702; 329:5556; 330:2836).

#### Agregó que

En el caso, el superior tribunal local, al rechazar la vía casatoria por ausencia de sentencia definitiva, omitió dar respuesta a planteas de los actores conducentes para la solución del caso, tendientes a demostrar que la acción de amparo era la vía adecuada para cuestionar la resolución 35/09. Concretamente, y a lo que al caso interesa, no consideró que la elección de dicha vía, como remedio judicial expeditivo, se fundó en los daños inminentes al medio ambiente que puede provocar la aprobación del “Informe de Impacto Ambiental” presentado por la Minera Agua Rica LLC mediante la resolución 35/09, sin haberse salvado en forma previa las objeciones señaladas en el mismo acto por la autoridad de aplicación. En ese sentido, el tribunal a qua debió advertir que la actora alegó que la legislación vigente solo faculta a la autoridad administrativa para aprobar o rechazar el Informe de Impacto Ambiental presentado por las empresas responsables, mas no para aprobarlo condicionalmente, como lo hizo la provincia demandada, así como el invocado inicio de la actividad de explotación por parte de la empresa Minera Agua Rica LLC(...).

#### Por ello afirmó que

En tal contexto, no puede desconocerse que en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, qué en esos casos se presenta una revalorización de las atribuciones

del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador (Fallos: 329:3493).

Además expresó que

(...) es importante señalar que en cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro (Fallos: 329:2316). En ese sentido, la realización de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de las actividades no significa una decisión prohibitiva del emprendimiento en cuestión, sino antes bien una instancia de análisis reflexivo, realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana(...).

Por ello hizo lugar a la queja, declaró formalmente procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia apelada.

Lo propio aconteció en la causa CSJ 2810/2015/RHI, autos “Custet Llambí, María Rita -Defensora General- s/ amparo”<sup>7</sup>, sentencia de fecha 11/10/2016, donde el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro declaró mal concedido el recurso de revocatoria interpuesto por la Defensora General de dicho Estado local contra la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo colectivo.

La Corte entendió que en el caso concurren las circunstancias que permiten superar dicho óbice formal, pues en principio, la posibilidad de que la actora pueda replantear por otra vía procesal el análisis y resolución de la controversia resultaría ilusoria, ya que –tal como surge del relato efectuado al declarar mal concedido el recurso de revocatoria, el Superior Tribunal provincial convalidó la sentencia que resolvió sobre el fondo del asunto. En efecto, al decidir del modo en que lo hizo, el tribunal *a quo* omitió ponderar que el juez del amparo había rechazado tácitamente las medidas de remediación de la zona afectada solicitadas por la actora, motivo por el cual, en su caso y con acierto, se podría oponer la autoridad de cosa juzgada (Fallos: 335:361).

Por lo demás, también ponderó la Corte que al momento de decidir sobre la procedencia del recurso de revocatoria, la situación ambiental llevaba un prolongado tiempo sin resolver e incidía negativamente en la salud de niñas, niños y adolescentes que habitan las zonas afectadas, lo cual demuestra que los efectos de la sentencia apelada son susceptibles de causar agravios al medio ambiente que, por su magnitud y circunstancias de hecho, pueden resultar de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior.

---

<sup>7</sup> Disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7339652>

Asimismo señaló que

En el caso, el Superior Tribunal local, al declarar mal concedido el recurso de revocatoria, prescindió de dar respuesta a planteas de la actora, conducentes para la solución del caso, tendientes a demostrar que dicho recurso era la vía adecuada para la tutela de los derechos invocados. Especialmente, omitió considerar que la interposición del remedio procesal aludido se fundó en que la acción de amparo había sido parcialmente denegada por el magistrado interviniente y que, en consecuencia, su decisión era susceptible de ser apelada por esa vía, en los términos de los arts. 20 de la ley B 2779 Y 43 de la ley K 2430. En efecto, los agravios de la actora en su recurso de revocatoria ante el Superior Tribunal en pleno se centraron en que, al resolver del modo en que lo hizo, el juez del amparo se apartó del objeto de la demanda, en violación al principio de congruencia (...)

Por ello hizo lugar a la queja, se declaró formalmente procedente el recurso extraordinario y se dejó sin efecto la sentencia apelada.

#### **6. La relevancia del impacto ambiental exige que la Corte, como custodio de las garantías constitucionales, ejerza el control encomendado a la Justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado**

En la Causa CSJ 5258/2014, autos “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia e/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental”<sup>8</sup>, sentencia de fecha 26/04/2016 nuestro máximo Tribunal afirmó que

(...) ello exige de esta Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado... La Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y esta Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del estado de derecho... Por esta razón, cabe señalar que la efectividad que se reclama para todos los derechos fundamentales, también debe ser predicada respecto de los de incidencia colectiva y en particular del ambiente... Ello es así, pues le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan

---

8 Disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7300612>

garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento...No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados... Que de tal manera, el Tribunal como custodio que es de las garantías constitucionales, y con fundamento en la Ley General del Ambiente, en cuanto establece que “el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general” (artículo 32, ley 25.675), ordenará las medidas que se disponen en la parte dispositiva de este pronunciamiento.

Por ello, previo a la definición de su competencia, el máximo Tribunal ordenó medidas preliminares sin que exista óbice procesal alguno.

Asimismo, dicho criterio se observó en la causa CSJ 642/2010 (46-A)/I, autos “Administración de Parques Nacionales c/ San Luis, Provincia de s/ incidente de medida cautelar”<sup>9</sup>, sentencia de fecha 04/08/2016, donde la Corte, como custodio que es de las garantías constitucionales, y con fundamento en la Ley General del Ambiente, en cuanto establece que “*el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general*” (artículo 32, ley 25.675), ordenó requerir a la Administración de Parques Nacionales que en el plazo de treinta (30) días presente un informe al Tribunal respecto de cuáles fueron las medidas adoptadas y, en su caso, si se otorgaron autorizaciones y con qué fundamentos.

Lo propio también aconteció en la causa CSJ 121/2009 (45-F)/CS1, autos “Fundación Ciudadanos Independientes c/ San Juan, Provincia de, Estado Nacional y otros s/ acción ambiental meramente declarativa”<sup>10</sup>, sentencia de fecha 20/09/2016.

En efecto, la Corte Suprema expresó

Que los hechos que se denuncian exigen de esta Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar

---

9 Disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=732275>

10 Disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=733617>

las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento en que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional... Ello es así, pues le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados (Fallos: 328: 1146).

De este modo, nuestro máximo Tribunal como custodio que es de las garantías constitucionales, y con fundamento en la Ley General del Ambiente, en cuanto establece que “*el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general*” (art. 32, ley 25.675), ordenó, sin perjuicio de lo que en definitiva se decida, requerir a la Provincia de San Juan, que en el plazo de veinte (20) días informe al Tribunal diversos hechos y actividades de relevancia.

### **7. Restricción en la competencia originaria de la Corte Suprema en procesos ambientales**

En contraste con las novedades de vanguardia mencionadas, en la causa CSJ 5258/2014, autos “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia e/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental”<sup>11</sup>, sentencia de fecha 21/12/2016, nuestro máximo Tribunal restringe su competencia originaria con sustento en la tradicional jurisprudencia en la materia.

En efecto, afirmo la Corte Suprema que

(...) en lo que se refiere a la determinación de la competencia originaria de esta Corte, cabe señalar que el alcance de la pretensión no permite atribuirle a la Provincia de Santa Cruz el carácter de parte adversa, pues el objeto del litigio demuestra que es el Estado Nacional el sujeto pasivo legitimado que integra la relación jurídica sustancial, en tanto la ejecu-

---

11 Disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=735251>

ción de obra denominada “Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río Santa Cruz Presidente Dr. Néstor Carlos Kirchner – Gobernador Jorge Cepernic”, se encuentra sometida a su jurisdicción... En efecto, no obstante las relaciones de naturaleza interestadual emergentes de dicho convenio, que constituye un instrumento para coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, el objeto de que trata esta causa y sobre el que deberá expedirse la sentencia se vincula exclusivamente con el Estado Nacional y con su eventual obligación de cumplir con el procedimiento de evaluación de impacto ambiental previsto en la Ley Nacional de Obras Hidráulicas 23.879... En tales condiciones, el alcance de la pretensión determina que el Estado Nacional es el único que resultaría obligado y con posibilidades de cumplir con el mandato restitutorio del derecho que se denuncia como violado, en el supuesto de admitirse la demanda, esto es, la realización del estudio de impacto ambiental y la audiencia pública que se denuncian omitidas (arg. Fallos: 330:555, considerando 7°; 333:479; 334:1143 y 1342)”.

Empero, también señala el máximo Tribunal que sin perjuicio la no procedencia de la competencia originaria, con la finalidad de impedir la perduración de situaciones que de mantenerse en el tiempo podrían llegar a configurar un caso de privación jurisdiccional para las partes, es necesario en esta instancia determinar qué juez debe intervenir en estas actuaciones resultando federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lugar en el que, llegado el caso, debería cumplirse la obligación de hacer reclamada por la parte actora.

Por ello la Corte Suprema resolvió hacer lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, se ordena la suspensión de las obras “Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río Santa Cruz Presidente Dr. Néstor Carlos Kirchner - Gobernador Jorge Cepernic” hasta que se implemente el proceso de evaluación de impacto ambiental y audiencia previsto en la ley 23.879, o hasta el dictado de la sentencia definitiva, lo que suceda en primer término y, asimismo declaró que la presente causa resulta ajena a la competencia de esta Corte prevista en los artículos 116 Y 117 de la Constitución Nacional, determinando la competencia de la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para entender en la presente causa.

## 8. Criterios sobre competencia. Las problemáticas ambientales son complejas

En la Causa CSJ 265/2014 (50-C)/CSJ autos “U.F.I.M.A. s/Denuncia”<sup>12</sup> en fecha 23/02/2016 la Corte Suprema resuelve una contienda negativa de competencia producida entre el Juzgado Federal n° 1 y el Juzgado de Garantías n° 2, ambos de la localidad de Azul, Provincia de Buenos Aires.

La causa se originó a raíz de la denuncia efectuada por el titular de la Unidad Fiscal de Investigaciones en Materia Ambiental (U.F.I.M.A.) por la presunta infracción al arto 25 de la ley nacional 22.421 de conservación de la fauna silvestre.

En tal sentido, recordó la Corte que la declaración de incompetencia debe hallarse precedida de una adecuada investigación, tendiente a determinar concretamente en qué figura delictiva encuadra el hecho denunciado (las declaraciones de incompetencia deben contener la individualización de los hechos sobre los cuales versa y las calificaciones que le pueden ser atribuidas) pues solo respecto de un delito concreto cabe analizar la facultad de investigación de uno u otro juez, circunstancia que no se presenta en autos.

En segundo término, sostuvo el Tribunal cimero, se debe reparar -si fuera una decisión circunscripta únicamente a la ley 22.421- que se desconocería cuáles serían las especies ofrecidas más allá de las que se exhiben en la página web; estas últimas protegidas a nivel nacional por la mencionada ley de fauna y a nivel internacional por la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES). Por su parte, manifestó el Tribunal que tampoco se sabe si los animales podrían ser capturados en otras provincias y que en este sentido, hay que mencionar que el art. 1° de la ley 22.421 declara de interés público la fauna que habita en el territorio de la República Argentina.

Además, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES), reconoce que la “fauna silvestre”, en sus variadas formas, constituye “un elemento irremplazable en los sistemas naturales de la tierra, tiene que ser protegida por esta generación y las venideras”. Y establece que la cooperación internacional es esencial para la protección de ciertas especies de la misma “contra su explotación excesiva mediante el comercio internacional”. Que en dicha convención, aprobada por ley 22.344 (decreto reglamentario 522/1997), las especies se encuentran incluidas en listados, denominados “Apéndices I, II Y III”, según su grado de amenaza. En ese sentido, se destaca que los ejemplares de la fauna silvestre involucrados están incluidos en dichos apéndices de CITES.

Adicionalmente, analizó la Corte Suprema, el caso presentaría otras hipótesis de delitos federales.

12 Disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7282663>

De este modo entendió que las investigaciones criminales deben abarcar la totalidad de las implicancias y consecuencias de la conducta denunciada y no acotarlas al análisis de un único tipo penal.

Por ello declaró que deberá entender en la causa en la que se originó la presente cuestión de competencia el Juzgado Federal n° 1 de Azul, Provincia de Buenos Aires.

A su vez, las figuras delictivas vinculadas con temas ambientales, por su complejidad, pueden involucrar a funcionarios de diversas jurisdicciones. En estos supuestos corresponde la escisión de las causas y mantener el fuero federal exclusivamente para los funcionarios federales.

En efecto, en la causa CSJ 4861/2015/CSJ autos: “Actuaciones remitidas por Fiscalía Única de Jáchal s/ con motivo de la denuncia de Saúl Argentino Zeballos y denuncia de Fiscalía de Estado - denuncia Defensoría del Pueblo”<sup>13</sup>, sentencia de fecha 05/05/2016, se resolvió un conflicto de contienda positiva de competencia entre el Juzgado Letrado de Jáchal, Provincia de San Juan y el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 7 de esta ciudad, como consecuencia de la investigación del derrame de solución cianurada en el río Potrerillos que se produjo desde la mina Veladero, ubicada en el Departamento de Iglesia de la Provincia de San Juan, y operada por la empresa “Barrick Gold”. Por el mismo episodio se originaron dos procesos penales en distintas jurisdicciones.

Así sostuvo la Corte Suprema que

(...) sobre la base de lo expuesto, resultaría adecuado escindir la investigación por la presunta infracción a la ley 24.051 respecto de los directivos de la empresa “Barrick Gold” y de los funcionarios locales por un lado, y por el otro la investigación exclusivamente sobre la posible responsabilidad de Sergio Lorusso y Jorge Mayoral relacionada con sus funciones de estricto carácter federal... Toda vez que el objeto procesal de la causa de Jáchal se circunscribe a determinar la responsabilidad de los ejecutivos de la empresa Barrick Gold por el delito previsto y reprimido en el arto 56 de la ley 24.051 y examinar la debida actuación de los funcionarios provinciales, correspondería a dicho tribunal continuar con la investigación de estos hechos...”

Por ello se declaró que en la causa n° 10049/15 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 7 de esta ciudad deberá continuarse la investigación exclusivamente respecto de Sergio Lorusso -ex Secretario

<sup>13</sup> Disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7304592>

de Ambiente de la Nación- y Jorge Mayoral -ex Secretario de Minería de la Nación- y/o de los otros funcionarios federales que pudiese corresponder y que por su parte, en la causa n° 33550/15 y acumulados n° 33551/15 caratulada “Actuaciones remitidas por Fiscalía Única de Jáchal con motiva de la denuncia de Saúl Argentino Zeballos y denuncia de Fiscalía de Estado”, deberá entender el titular del Juzgado Letrado de Jáchal, Provincia de San Juan.

Para finalizar la Corte expresó

Debe finalmente llamarse la atención para que se eviten en el futuro procedimientos similares al adoptado en el presente conflicto, que solo concurren en detrimento de una rápida y buena administración de justicia. En efecto, se trata de evitar excesos de la jurisdicción federal que perjudican las competencias que de acuerdo a la organización federal de nuestro estado, han sido asignadas a las provincias (artículo 50 de la Constitución Nacional).

Finalmente podemos citar lo resuelto en la causa CSJ 3570/2015/CSI, autos “Asociación Civil Protecc. Ambiental del Río Paraná Ctrol. de Contam. Y Restauración del Hábitat y otro c/ Carboquímica del Paraná S .A. Y otro/a s/ amparo”<sup>14</sup>, sentencia de fecha 29/03/2016.

Según surge de la demanda los actores denunciaron que “*se vierten al río Paraná, a través de los efluentes líquidos de Carboquímica del Paraná S. A., residuos industriales altamente contaminantes...*”.

Con tales consideraciones fácticas, la Corte sostuvo que

(...) Por lo tanto, se encontraría afectado el río Paraná, que constituye un recurso hídrico interjurisdiccional, perteneciente a la Cuenca Hídrica del Plata (art. 2° de la ley 25.688; Régimen de Gestión Ambiental de Aguas). El cauce del río Paraná, recorre diversas provincias del país, hasta desembocar en el Río de La Plata. Asimismo, la vía fluvial mencionada constituye el límite natural entre las provincias de Buenos Aires y Entre Ríos, extremo que coadyuva en el carácter interjurisdiccional del recurso presuntamente afectado (arg. Art. 7° segundo párrafo de la ley 25.675, Ley General del Ambiente)... La existencia de la alegada contaminación surgiría de la documentación que obra en la causa emanada de la Dirección Prevención Ecológica y Sustancias Peligrosas de la Superintendencia de Seguridad Siniestral dependiente del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires

---

14 Disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoB-yIdLinksJSP.html?idDocumento=7291442>

(fs. 10/16); de la Oficina de Gabinete de Apoyo Técnico de la división operaciones del Departamento Delitos Ambientales dependiente de la Policía Federal Argentina (fs. 19/21), y del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible de la Provincia de Buenos Aires (fs. 22/24)”

Así declaró que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado Federal de Primera Instancia n° 1 de San Nicolás.

**B) Precedentes que hacen a la adecuación de aspectos sustanciales a través de la aplicación de principios especiales propios del Derecho Ambiental.**

*1. Dominio y jurisdicción no son lo mismo. La protección ambiental como prioridad. La normativa ambiental de carácter nacional encuentra sustento en las competencias reconocidas al Congreso Nacional en el inc. 30 del art. 75 de la Constitución Nacional.*

En la causa CSJ 957/2008 (44-M)/CSL, autos “Misiones, Provincia de el Estado Nacional y otro s/ nulidad de acto administrativo”<sup>15</sup>, sentencia de fecha 13/05/2015 la cuestión de fondo consistía en dilucidar si la Administración de Parques Nacionales ejerce jurisdicción en el lugar y si, en consecuencia, es competente como autoridad de aplicación de la ley 22.351 para admitir o rechazar el proyecto “Globo Aerostático Cautivo”; o si por el contrario, por tratarse de un inmueble de la provincia tal decisión está fuera de la órbita de su competencia”.

Para resolver dicho conflicto afirmó que

Que el hecho de que el inmueble pertenezca al dominio de la provincia -hecho no controvertido en el caso, tal como ha quedado expuesto-, no obsta a la aplicación de la ley 22.351. El ejercicio de la jurisdicción que le compete a las autoridades nacionales se sustenta en el hecho de que el bien, se encuentra emplazado en la Reserva Nacional Iguazú, y aquél no se ve limitado porque el bien está en cabeza de otras personas, pues dominio y jurisdicción no son conceptos equivalentes y correlativos (Fallos: 154:312); a tal punto que el Gobierno de la Nación puede tener absoluta y exclusiva jurisdicción, sin necesidad de que los lugares le pertenezcan en propiedad (Fallos: 21:491 y 321:1052)... Que el legislador ponderó la necesidad de declarar como Parque Nacional o Reserva

---

<sup>15</sup> Disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoB-yIdLinksJSP.html?idDocumento=7213561>

Nacional las áreas del territorio de la República Argentina que por su extraordinaria belleza o riqueza en flora y fauna autóctona o en razón de un interés científico determinado, debían ser protegidas y conservadas para investigaciones científicas, educación y goce de las presentes y futuras generaciones, y atribuyó a la autoridad de aplicación las facultades inherentes al cumplimiento de los fines específicos de ese establecimiento creado en los términos del artículo 75, inciso 30, de la Constitución Nacional (v. artículos 1° y 14 de la ley 22.351)... En efecto, es la Administración de Parques Nacionales la autoridad de aplicación en la Reserva Nacional, y es a ese organismo a quien la ley le impuso deberes y obligaciones, explícitas e implícitas, con arreglo a los fines de su creación; y entre ellos está la autorización y reglamentación de la construcción y funcionamiento de las instalaciones turísticas (su artículo 18, inciso n), como todas aquéllas que sean herramientas útiles para el logro del fin perseguido en la legislación, cual es la conservación de sistemas ecológicos, el mantenimiento de zonas protectoras del Parque Nacional contiguo en los términos previstos en los artículos 9° y 10 del cuerpo legal en examen.

Por ello concluyó que *“Que por esas razones es que el artículo 19 de la ley en examen determina que toda entidad o autoridad pública que realice o deba realizar actos administrativos que se relacionen con la “Administración de Parques Nacionales - Atribuciones y Funciones” debe dar intervención al organismo.”*

A mayor abundamiento también expresó que

Que respecto al planteo de invalidez de los artículos 10 y 18 de la citada ley 22.351, debe señalarse de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, que aun cuando los Estados sean dueños de los recursos naturales, (artículo 124, Constitución Nacional), y sólo hayan delegado a la Nación la fijación de los presupuestos mínimos de protección ambiental (artículos 41 y 121, de la Carta Magna), resulta insoslayable que aquellas disposiciones deban aplicarse en el caso, de manera que quede resguardada la previsión contenida en el artículo 75, inciso 30; precepto este último que otorga sustento más que suficiente a la legislación que se impugna y a su aplicación en el caso, en tanto ésta tiende al cumplimiento de los fines específicos del establecimiento.

Con tales sustentos se rechazó la demanda.

## 2. La aplicación directa del principio de Cooperación.

En la causa CSJ 528/2011 (47-C), autos “Comunidad Indígena Toba La Primavera – Navogoh c/ Formosa, Provincia de y otros si medida cautelar”<sup>16</sup>, sentencia del 07/04/2015, nuestro máximo Tribunal expresó que

(...) cabe instar a las partes a que continúen con la colaboración mutua, que se deben, a fin de que cada una de ellas cuente con los elementos que les permitan valorar adecuadamente las bondades del emprendimiento que se impugna... Que, sin perjuicio de ello, y aun cuando no cabe duda alguna de que la obra se está llevando a cabo en territorio comunitario, se le debe hacer saber a la Comunidad que, en esta instancia procesal, no se advierte razón para prohibir la realización de los trabajos que se consideren necesarios para preparar los terrenos de forma que permita avanzar en el fin perseguido, y a la Provincia que, en su caso, se dispondrán las medidas que correspondan (arg. artículos 619 y 620, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). A fin de realizar la valoración consiguiente, corresponde requerirle al Estado provincial que agregue copias certificadas de las carpetas técnicas correspondientes al centro de salud que se construirá en el predio cedido por la señora Evangelina Fonda que les fueron entregadas a los miembros de la Comunidad en la reunión llevada a cabo el 26 de febrero del corriente año, como así también de las actuaciones administrativas vinculadas a dicha obra, en particular, de los antecedentes que dieron lugar a la resolución 2/2014 del Instituto de Comunidades Aborígenes, del 23 de octubre de 2014.

Asimismo, cabe mencionar que la aplicación de este principio incluso trascendió a la conducta de las partes, traspasando fronteras territoriales y nacionales. En efecto, en la causa CSJ 175/2007 (43-V)/CS1, autos “Vargas, Ricardo Mario c/ San Juan, Provincia de y otros si daño ambiental”<sup>17</sup>, sentencia de fecha, 01/09/2015, la parte actora puso en conocimiento de la Corte Suprema que la Corte de Apelaciones de Copiapó de Chile había suspendido la actividad del proyecto minero “Pascua Lama” fundada “en la

16 Disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=720565>

17 Disponible <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=724379>

afectación entre otros ecosistemas, del referido glaciar Toro I de naturaleza binacional y compartido con la Argentina”.

De este modo, afirmó nuestra Corte Suprema de Justicia que

(...) en virtud de que las sentencias de la Corte Suprema deben atender a la situación de hecho existente en el momento de su dictado (Fallos: 328:4640; 329:5798 y 5913, entre muchos otros), y en mérito a las singulares características del emprendimiento minero denominado Pascua Lama, de carácter binacional, el Tribunal no puede obviar las decisiones jurisdiccionales adoptadas al respecto en la República de Chile. Cabe recordar en este punto que uno de los principios de política ambiental que establece la Ley General del Ambiente es el de cooperación según el cual “los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional” y que “El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta” (artículo 40 de la ley 25.675) En efecto, la Corte de Apelaciones de Copiapó admitió un recurso de protección de garantías constitucionales interpuesto en los términos previstos en la legislación chilena por comunidades indígenas, en contra de la Compañía Minera Nevada SpA -sociedad relacionada con la matriz Barrick Gold-, La sentencia indicó que “del mérito de los antecedentes recopilados, es posible colegir indubitadamente, que en la especie existe una ‘amenaza’ seria a los recursos hídricos”, Específicamente indicó que se había constatado que la empresa ejecutante no había construido adecuadamente la infraestructura necesaria para el tratamiento de aguas, que no había implementado correctamente las acciones tendientes a mitigar y controlar el material particulado derivado de la no humectación de los caminos cercanos a los glaciares, lo que per se constituía una amenaza a los recursos hídricos del lugar, y advirtió que los cuerpos de hielo Toro 1 y Esperanza mantenían una capa de material particulado de algunos centímetros de espesor lo que generaba un riesgo de daño ambiental que debía cesar en aras a no generar más perjuicios a los bienes jurídicos tutelados, tanto en el orden nacional como internacional (considerandos 7º, SO Y 11 de la sentencia). Así, la Corte de Apelaciones ordenó la paralización de la construcción del proyecto, estableciendo una serie de condiciones para la reanudación de las actividades, por haberse comprobado incumplimientos de la empresa a las previsio-

nes contenidas en la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) n° 24/2006, que constituye la norma medioambiental que rige específicamente la actividad en el país vecino, y por considerar que existía una amenaza seria a los recursos hídricos ubicados en la zona (sentencia del 15 de julio de 2013, en la causa-rol 300-2012, publicada en la página web del Poder Judicial chileno, [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl))

Cabe señalar que nuestro máximo Tribunal ponderó que la decisión referida fue luego confirmada por la Corte Suprema de la República de Chile en la causa-rol 5339-2013, sentencia del 25 de septiembre de 2013, también publicada en la citada página web.

Por ello la Corte, en virtud de los principios precautorio y de cooperación (artículo 4° de la ley 25.675), en el marco de las facultades instructorias del juez en el proceso ambiental (artículo 32 de la ley citada), requirió a la empresa demandada, al Subgrupo de Trabajo creado específicamente para temas de Seguridad Minera y tema Medio Ambiental, y a la Provincia de San Juan que presenten información específica sobre lo acontecido.

### **3. Asegurada la participación y el consenso, la voluntad mayoritaria debe primar en materia ambiental**

En la causa CSJ 528/2011 (47-C)/CS2, autos “Comunidad Indígena Toba La Primavera – Navogoh el Formosa, Provincia de y otros si medida cautelar”<sup>18</sup>, sentencia de fecha 15/09/2015, frente al comienzo de la construcción de un centro de salud en un terreno de propiedad comunitaria, y en atención a los cortes de la ruta nacional n° 86 y de caminos vecinos realizados por algunos miembros de la Comunidad Qom Potae Napocna Navogoh en protesta por no haber sido consultados –según esgrimieron– acerca de la obra, esta Corte instó a las partes a que continuaran con la colaboración mutua que se deben, a fin de que cada una de ellas contase con los elementos que les permitieran valorar adecuadamente las bondades del emprendimiento.

Al respecto sostiene la Corte que

(...) si bien se mantiene vigente la medida cautelar dispuesta a fs. 50/52 por el Juzgado Federal n° 1 de Formosa, no corresponde atribuirle los alcances pretendidos por el señor Félix Díaz... La medida cautelar en la que pretende apoyarse la oposición, y por la que se suspendieron

---

18 Disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=724727>

las tareas que en aquel momento se efectuaban en un terreno de 609 hectáreas, que habían sido destinadas a la construcción de un Instituto Universitario (fs. 51 vta.), no puede ser interpretada sino en consonancia con su finalidad de preservar los derechos que los pueblos indígenas reivindican sobre esas tierras. Desde esa perspectiva, no cabe extender los efectos de esa decisión precautoria a cualquier acto que pretenda realizarse, incluso a la ejecución de una obra que, como en este caso, fue consultada y aprobada por los miembros de la Comunidad por haberla considerado beneficiosa y conveniente... Que ello es así, pues la proporcionalidad, en el sentido de “prohibición de exceso”, resulta principalmente significativa para interpretar medidas de injerencia del Estado, tanto de la administración como de los Poderes Legislativo y Judicial (Fallos: 333: 1023)

De este modo, la CSJN entendió que en tales condiciones, y más allá de las decisiones que en el futuro se tomen sobre el relevamiento territorial que se realizó en este proceso, sería excesivo e irrazonable otorgar a la cautelar en cuestión la amplitud que le pretenden atribuir los peticionarios.

Para ello tuvo especial consideración de que la obra denominada “Construcción Centro de Salud Colonia La Primavera - Laguna Naick-Neck - Formosa”, tiene el propósito de fortalecer el sistema de atención médica y sanitaria en la Comunidad, y fue aprobada en la Asamblea del 4 de marzo de 2015, la que contó con la participación de representantes válidos y democráticos de los diversos sectores involucrados, no mediando impugnación alguna.

Por ello se entendió que la obra fue aprobada por los representantes de la Comunidad en pleno conocimiento de que se realizaría dentro del territorio comunitario, que ocuparía una superficie de tres mil quinientos metros cuadrados (3500 m<sup>2</sup>), que la provincia dictó el acto administrativo respectivo con fundamento en las previsiones contenidas en los artículos 12 y 13 de la Ley Integral del Aborigen n° 426 de Formosa (conf. resolución 2/2014 del Instituto de Comunidades Aborígenes, del 23 de octubre de 2014), y que se ubicaría en el predio ocupado por la señora Evangelina Fonda (ver fs. 2337 y presentación de fs. 2362/2370, apartado 11). Sin embargo, ninguna de estas circunstancias mereció objeción alguna en aquella oportunidad.

Por todo ello el Tribunal sostuvo que no se ha aportado elemento alguno de juicio que recomiende impedir la continuación de la obra, máxime cuando, sobre la base de los fundamentos expuestos, corresponde considerar que el procedimiento de consulta al pueblo interesado fue apropiado, dado que se llegó a un acuerdo con los representantes de los distintos sec-

tores de la Comunidad y se logró su consentimiento acerca de las medidas propuestas.

## 2. Breves comentarios finales

El período relevado mostró una Corte Suprema de Justicia muy activa en la materia. Pero no sólo en lo cuantitativo. En efecto, se registraron muchos fallos en materia ambiental, superando los promedios anuales de los años anteriores. Pero el impacto más saliente puede encontrarse en la especialidad que seguramente aportó la Secretaría de Juicios Ambientales.

En particular, logra observarse una tendencia hacia la flexibilización de los rigorismos procedimentales en los pleitos vinculados a la materia ambiental, tanto respecto del escrito de inicio, de las vías procesales adoptadas y también en materia cautelar y recursiva. Sería dable esperar que lo propio acontezca en materia de medios probatorios, y se comience a vislumbrar una mayor injerencia de los métodos indirectos, tales como las presunciones *hominis*, la regla *res ipsa loquitur* y la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

También cabe resaltar cierta impronta de proactividad del Ministerio Público Fiscal. Esta tendencia que recién se registra en la máxima instancia, seguramente será contrastada de relevarse la actividad en las primeras instancias. Esta saludable participación activa, que encuentra imposición normativa en el art. 120 de la Constitución Nacional y en el 36 de la Ley 27.148, esperamos se profundice en lo sucesivo en aras al cumplimiento de sus objetivos institucionales.

No menos importante resulta el recurrente empleo del principio precautorio en materia ambiental. Conforme entendemos, esta es una nota distintiva del derecho ambiental que justifica su exorbitancia respecto de las restantes ramas del derecho -dada la innecesariedad del daño como presupuesto de responsabilidad- a la que se pueden agregar la inconveniencia de una relación de causalidad adecuada y, asimismo, el postulado del principio de prohibición, entre otros aspectos.

La recurrencia a este principio particular del derecho ambiental, como fuente de herramientas y soluciones, resulta muy saludable. Sin perjuicio de ello será necesario que los operadores trabajen en la precisión de los alcances del mismo para no generar un impacto indeseado en materia de seguridad jurídica.

Lo propio cabe señalar del principio de cooperación, y el reconocimiento de que las realidades ambientales no pueden afrontarse a partir de prismas materiales o territoriales exclusivamente. Este principio generó la incorporación de probanzas y precedentes de sistemas jurídicos comparados, aspecto tan interesante como novedoso.

Nuestro máximo Tribunal en términos generales mantiene su posición de vanguardia en la materia. Sin embargo lo que aparecía, en años precedentes, como una tendencia en profundización en materia de competencia originaria de la Corte Suprema parece comenzar un ciclo de restricción. En efecto, en primer lugar cabe señalar por su propia naturaleza las problemáticas ambientales difícilmente respeten límites territoriales provinciales y mantener esa óptica puede llevar a problemáticas adicionales. Por otro lado, la escisión de las pretensiones o bien de las investigaciones no sólo conspira contra un acabado conocimiento integral del conflicto, sino también contra el funcionamiento eficiente del sistema de justicia. Finalmente, el estándar de la titularidad de la relación jurídica a efectos de ponderar la necesidad de la participación de un Estado provincial, no se corresponde con la materia ambiental, toda vez que más allá de algún supuesto particular, todos los operadores son responsables frente a un daño al bien colectivo denominado Medio Ambiente entendido en su acepción más amplia; si a ello se le suma la potestad regulatoria y la ponderación de los intereses locales resulta evidente que dicho estándar parece desbordado. Naturalmente, existe un correlativo sostén de la posición en el respeto del sistema de reparto de competencias que se encuentra en nuestra Carta Magna, y su estricta interpretación en el caso de los art. 116 y 117, sin perjuicio de lo cual la especificidad ambiental deberá desarrollar los instrumentos para lograr una adecuada articulación que evite la frustración de derechos y garantías constitucionales.

También merece comenzar a alertar sobre la efectividad de los mecanismos de participación ciudadana en materia ambiental. En particular cabe tener muy presente el estándar plural que debe garantizarse y, asimismo, una real participación de los actores involucrados y la ponderación adecuada de sus pretensiones y fundamentos en el acto de decisión estatal. Para ello no debe perderse de vista la necesaria regionalización y estratificación de audiencias según tipos de intereses, extremo incluso pendiente en materia de tarifas de servicios públicos.

Conforme sostenemos, el Derecho Ambiental está recorriendo un camino de permanente evolución, profundizando la tutela de los derechos y garantías. Este recorrido encuentra patente correlato en el segmento de fallos de nuestro Máximo Tribunal que hemos seleccionado.

## Notas sobre la creación y realización del Derecho constitucional en la Argentina

Por Ferreyra Raúl Gustavo

“Qu’est-ce qu’un homme révolté ? Un homme qui dit non”  
Albert Camus. *L’Homme révolté*, Paris, Œuvres, Gallimard, 2013, p.  
854.

### I

La existencia con vida y cognición de los individuos se justifica, racionalmente, si se realiza en una sociedad organizada y abierta. La armonía y el equilibrio comunitario pueden ser alcanzados en paz: regulación de la violencia por intermedio del Derecho. Alcanzada la paz, la desigualdad creciente e injusta se presenta como un flagelo con capacidad suficiente para afectarla.

La constitución del Estado se presenta como la pieza más celebrada ideada por el Derecho para disciplinar la administración de la fuerza estatal: una lengua para la paz. La fuerza sin regulación del Estado constituye la negación intolerable y la versión deshumanizada e irracional del Derecho. Del mismo modo que el lenguaje se rige por la gramática y la arquitectura por el espacio, el empleo de la fuerza del Estado se debe regir por el Derecho. Así, el Derecho, se yergue como la razón de la determinación y regulación de la fuerza del Estado. Quizá dicho de manera conmovedora, con más emoción que razón, la constitución de un Estado debería constituir la “escritura laica” de la ciudadanía que integra un pueblo, en un momento histórico determinado y también dentro de un territorio en el que sus poderes pueden ejercer, razonablemente, la soberanía.

### II

La Argentina dispone para su ordenación jurídica de un “sistema constitucional federal”; su texto originario es de 1853 y fue reformado en 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. Está última reforma ha sido muy intensa porque aumentó la cantidad de normas constitucionales y estableció la jerarquía constitucional del Derecho internacional de los Derechos humanos (DIDH) como se determina en el artículo 75, inciso 22<sup>o</sup>1.

---

1 Se dispuso en el art. 75, inc. 22: “... Corresponde al Congreso (...) inciso 22: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el

Con la colección de esta descripción propongo que se vaya, ahora, por partes.

A) Las reglas constituyentes producidas en fuente nativa.

Tengo buenas razones para sostener que el Derecho constitucional federal en vigor de la Argentina está integrado por las siguientes disposiciones normativas: las enunciadas en el *Preámbulo* y las 129 reglas de naturaleza permanente –en realidad, son 130 porque hay una disposición normativa entre los arts. 14 y 15 a la que se ha denominado 14 bis, y que fue incluida por la reforma de 1957– y 17 de naturaleza transitoria que se enuncian en la Constitución federal de la Argentina, según la redacción que le ha conferido a su texto normativo y originario el poder constituyente ejercido en los años 1853/60, con las enmiendas de los años 1866, 1898 y 1957, y la reforma constitucional de 1994.

B) Las fuentes constituyentes provenientes de fuente extranjero.

Además, el sistema de la Constitucional federal es un modelo peculiar porque “conglobo” entre sus elementos a reglas de raíz estatal junto a reglas provenientes de fuente supra estatal determinadas y en las condiciones de su propia vigencia. El Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) cumple la función de vincular el mundo del Derecho. Y aunque siempre propone una estructura compleja de integración, su pretendida inferioridad no fue demarcada por el poder constituyente reformador en 1994. El mensaje prescriptivo contenido en el DIDH es, resueltamente, inte-

---

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. A su vez, la ley 24.820 –publicada en el BO del 29/5/1997– otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la XXIV Asamblea General de la OEA, en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución federal. Por su parte, la ley 25778, publicada en el BO el 3/9/2003, otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 26/11/1998 y aprobada por ley 24.584. Por su parte, la ley 27.044 publicada en el BO del 22/12/2014 dispuso otorgar jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU). En consecuencia, hoy son 14 los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional.

gar. Por lo tanto, desintegrar, es decir, determinar normas de primer rango o segundo, no enseña nada porque se opone a la verdad.

Así, pues:

- I Todos los enunciados del Derecho constitucional de la Argentina (permanentes y transitorios) tienen la misma jerarquía normativa;
- II Todos los enunciados del DIDH que gozan de jerarquía constitucional tienen idéntica jerarquía normativa;
- III Los enunciados del Derecho constitucional y los enunciados del DIDH (descritos en el punto ii) tienen rango jurídico idéntico, aunque difieren en la fuente o raíz: unos son producidos por la Constitución federal de la Argentina y otros son valida dos por ella, le abren la puerta a su normatividad.
- IV Diferente raíz de producción y/o validación; igual estatura normativa. Aunque, ciertamente, el Estado mantiene determinados límites razonables de reserva.

El texto ordenado por el sistema de la Constitución federal de la Argentina se desenvuelve en dos contextos: (i) el de su “producción” y el de su (ii) realización. Producida la norma constitucional por el poder constituyente (fuente interna) o proveniente su normatividad de fuente supra estatal (externa) por la vía de la conglobación que autoriza el artículo 75, inciso 22, deberá sobrevenir su “acatamiento”, es decir, un “contexto” de realización propia tanto por los ciudadanos como por los poderes constituidos del Estado. Juzgo que no se hace necesario discutir o discernir si existe o no existe una obligación de cumplir con el Derecho constituyente del Estado. Puesta la constitución en el mundo en el marco de una sociedad de individuos igualmente libres y que aspiran a ser considerados como individuos socialmente iguales, cuya representación ha sido ejercida con libertad y deliberación por la autoridad constituyente y su composición fruto de elecciones auténticas, inevitablemente, desde la comprensión jurídica, deberá sobrevenir su acatamiento.

No obstante, producida la norma constitucional no todo en el mundo jurídico será puro, listo y liso acatamiento. Para distinguir de la “mera aplicación o simple acatamiento”, ahora, se llamará “realización propia” o “interpretación judicial” a la que cumplen los jueces cuando dictan sentencias.

La “realización” del Derecho constitucional, según el caso, se puede cumplir por el acatamiento o la interpretación judicial será siempre, pues, concreción o ejecución de Derecho creado. Concretamente: el Derecho constitucional del Estado lo produce el poder constituyente; su realización jamás podrá constituir el Derecho constituyente del Estado, salvo que se presenta alterar o deformar esta anatomía básica. Repárese en la ausencia de simplicidad de la aseveración, porque toda norma tiene un ámbito semántico, cuya certeza no es ni será aritmética. Hay un ejemplo muy di-

dáctico; colocada la norma en el mundo se la puede comparar con barco. Así, necesitará de prácticos para llevar una ruta marcada por baqueanos en puerto y, luego, en mar libre dependerá para seguir el rumbo propio asignado por la autoridad constituyente de las tareas idóneas del capitán y de la tripulación de la embarcación (Radbruch, 1944: 148) ¡No cualquier rumbo! ¡Cualquier rumbo significará extraviar la semántica propuesta por la constitución y la negación de su naturaleza prescriptivo o su oscurecimiento!

## II. bis Entre acto

Hay una cuestión excepcional que no se trata aquí en extensión y se remite en homenaje a la brevedad (Ferreya, S/A: 269); en efecto, ciertas cuestiones no se encuentran redactadas en la Constitución federal. En este tipo de situaciones, ocasionales y contadas con los dedos de una mano, los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República (en adelante: CS) podrían superar la “laguna” del Derecho constitucional por intermedio de una sentencia que se pronuncie por unanimidad. Contrariamente, además, compútese, que, hay sentencias de la CS que no colman lagunas, vacían el texto constitucional. Sin embargo, pese a la referencia hecha al comienzo de párrafo, al encontrarse ligadas sentencias de la CS, se remite muy brevemente al parágrafo *Quinto* de la sección IV.

## III

La Argentina, desde 1853 ha institucionalizado un Poder Judicial en el que la resolución de las cuestiones o disputas se suscita solamente por y en una “causa”. Significa que la “sentencia” que decide dentro de una causa judicial debe ser acatada obligatoriamente por las partes intervinientes en el concreto y determinado proceso y conflicto judicial. La autoridad de la “sentencia” rige dentro de la causa judicial en la que fue resuelta por el magistrado. Y nada más, como regla general.

Dentro del sistema ordenado por la Constitución federal no se vislumbra ninguna regla o principio expreso que determine la obligatoriedad de las sentencias judiciales para personas que no han intervenido y que se encuentran fuera del proceso judicial en el que cumplió su dictado. No hay referencias constitucionales para postular la obligatoriedad de las sentencias fuera del proceso de su dictado ni respecto de las pronunciadas por los jueces inferiores ni respecto de las pronunciadas por los jueces de la CS. Decir que las sentencias judiciales de la CS cotizan en cualquier proceso o cualquier jurisdicción por fuera del proceso de su dictado, se acerca a una aseveración más cerca de la magia o de los buenos deseos sobre la marcha de las instituciones republicanas que de un predicado que goce de comprobación en la letra propia del sistema de la Constitución federal.

#### IV

La CS dictó su primera sentencia en octubre de 1863. Desde entonces este órgano ha intentado dilucidar la filiación o los alcances de la obligatoriedad de sus sentencias. La doctrina judicial de la CS ha tomado diferentes rumbos, tanto en el siglo XIX, como en el XX y también en el XXI. No podía ser de otro modo, porque, repito: no hay modulación constitucional respecto de la cotización de los propios fallos o sentencias que pronuncia el Más Alto Tribunal de Justicia de la República.

La doctrina judicial –la palabra de la CS sobre la valía o cotización jurídica de sus fallos- nunca ha sido uniforme y sobre todo, ha sido un itinerario errático. Porque, en rigor, se trata de un descubrimiento de identidad muy complejo: el sistema de la Constitución federal guarda silencio y para formular una aseveración sobre la materia se requiere instalar en la lengua de la ley fundamental una escritura que no existe en sus entrañas. Esto es: tanto las resoluciones judiciales dictadas por los jueces en sus causas, como las pronunciadas por los jueces de la CS, repito, son obligatorias y de cumplimiento inaplazables para todas las partes del proceso. Pese a ello, la autoridad de la resolución judicial, aunque se tratare de la doctrina judicial de la CS, no es obligatoria de modo vertical, esto es: para el resto de las causas que tramitan en diversos tribunales del Estado.

En el futuro, cuando se decida reformar el sistema de la Constitución federal, sería interesante discutir, si acaso, la obligatoriedad del precedente de la CS debería ser o no debería ser coactiva en todas las causas semejantes que se disciernen en el Estado, a condición de unanimidad o panorama semejante. Varios elementos juegan a favor de repensar la obligatoriedad de los sentencias de la CS: la economía procesal y la igualdad ante el Derecho que se podría conmovier por la existencia de tratamiento diferencial en semejantes condiciones. Mientras tanto, hoy, la autoridad institucional de dichas sentencias de la CS puede ser removida –por un juez inferior, en otra causa judicial- siempre que se brinde una postura nítida, inequívoca y concluyente sobre la doctrina que funda el apartamiento del legajo de la doctrina del Más Alto Tribunal de Justicia de la República. Téngase presente, además, que esa propia doctrina sobre la obligatoriedad de las sentencias de la CS la legisla la propia CS sin indicación expresa en la letra constitucional. Aunque no se encuentran obligados constitucionalmente, los jueces inferiores pueden seguir la doctrina judicial determinada por la CS; desde luego, dicha doctrina de la CS cambia con el tiempo, porque, dicho tribunal en su integración con jueces, al igual que toda la vida humana, descansa en la dialéctica del tiempo y sus procesos de cambio. Más directamente: la doctrina de la CS puede cambiar y de hecho cambia, institucionalmente, con la integración de otros jueces. El lector, además, se asombrará, si leyese que un juez de la CS mantuvo una posición en contra de la prosecución del

juicio y castigo de los sujetos criminales que pusieron en marcha el terrorismo de Estado en el siglo XX y otra de signo contrario en el siglo XXI; no es ninguna novela, porque ha sucedido en la historia judicial del Más Alto Tribunal de Justicia.

### **Redondeo mis ideas**

*Primero.* Aunque la mayoría de los Estados disponen de una constitución escrita, en muchísimas ocasiones existe una notable disparidad entre el ámbito de lo normado por las prescripciones constitucionales y el ámbito del respectivo cumplimiento o realización de la aludida prescripción. La distorsión señalada, por lo general, obedece a incumplimientos de los servidores públicos, sujetos con fuerte vocación para no realizar las normas constituyentes de un Estado.

*Segundo.* El sistema de la Constitución federal no determina la obligatoriedad vertical de los fallos de la CS. Las decisiones de la CS pueden no ser acatadas por los jueces inferiores; naturalmente, a condición que estos entreguen razones decisivas, fundadas y justificantes para realizar dicho proceder institucional. Ergo, los jueces inferiores (cualquier juez) pueden apartarse de la doctrina judicial de la Corte, en las condiciones antedichas.

*Tercero.* La propia doctrina de la CS sobre la obligatoriedad de sus propios precedentes es una elaboración autorreferencial, que, como construcción de esta prosapia reserva para sí la cualidad inherente de la contradicción. La contradicción emergente de una predicado autorreferencial lo sostiene la lógica; el autor de estas letras, simplemente, lo pone en evidencia.

*Cuarto.* Existen cánones indisputables en materia de realización del Derecho constitucional. La realización de los derechos y deberes fundamentales, cuando son examinadas por los jueces de la CS, debe serlo bajo la consigna de la “no regresividad”. Nunca un juez de la CS debe devaluar o pulverizar el contenido de un derecho fundamental; si así lo hiciese se vulnerarían las reglas del Derecho internacional de los Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional. Los derechos fundamentales son una conquista del denominado constitucional global que se instauró, en normas positivas, con propiedad y solvencia, luego de la 2ª Guerra Mundial. La restricción de un derecho fundamental, que impida la prosecución de su desarrollo progresivo o peor todavía el regreso a una situación del pasado, siempre, llevará sobre sí la mácula de una indefendible inconstitucionalidad y, ahora, también, la violación de compromisos internacionales asumidos por la Argentina en los términos prescritos por el artículo 75, inciso 22°.

Cuando los jueces de la CS analizan cuestiones relacionadas con los poderes constituidos del Estado, específicamente, atribuciones de los mismos, deben actuar con extremada cautela y prudencia, porque la regla de la interpretación judicial en este ámbito es la competencia restringida que tiene

cada poder instituido por la constitución. Se ha indicado que en el ámbito de los derechos fundamentales el canon es la fulminación de la regresividad que los lesione o de cualquier forma intente su devaluación o aniquilamiento; en cambio, en materia de atribuciones de los poderes, la regla es un escrutinio riguroso dirigido a actuar, siempre, en el sentido que se trata de competencias restringidas.

El Derecho constitucional es, por regla, objeto de interpretación. La interpretación judicial, en el marco de una sociedad abierta, es una de las formas que asume la realización del Derecho constitucional. Ciertamente, con el transcurso del tiempo esa misma sociedad desarrolla nuevos puntos de vista. Significan un progreso decisivo y definitivo, en el marco de la deliberación democrática, que refuerzan los derechos fundamentales existentes y deja constancia o estímulo hacia nuevas conquistas. Aunque es una regla de nuestra existencia como humanos que todo lo que nace perecerá, en el ámbito de las idealidades jurídicas ya concretadas queda prohibida la regresión al pasado, el retorno a la impunidad abyecta.

*Quinto.* Las estrategias interpretativas desarrolladas por la CS han demostrado tener aptitud para poner en evidencia que el producto de la actividad también, y al mismo tiempo, fue capaz de constituir una fuente de producción normativa del sistema de la Constitución federal, debido a la expansión generalizada de la coactividad que emanaba de tales prescripciones resolutorias. Del propio repertorio de decisiones judiciales de la CS se puede citar una variada gama de fallos que tienen una ligazón importante, desde el punto de vista empírico, con las estipulaciones formuladas. Así, en una brevísima lista de ejemplos, puede advertirse el poder creativo de Derecho constitucional, por parte del Más Alto Tribunal de Justicia de la Nación. Simplemente, a título de ejemplo: a) el otorgamiento de ciudadanía constitucional a la acción de amparo, en el caso “Siri” (1957); b) el reconocimiento de jerarquía supralegal de los tratados, en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich”<sup>2</sup>; c) las bases para la elaboración de la doctrina de arbitrariedad de sentencias, en el caso “Rey c/Rocha”<sup>3</sup>; d) el acceso a la justicia y mención sobre la regulación de las acciones de clase, en la causa “Halabi”<sup>4</sup>; e) enjuiciamiento de crímenes de lesa humanidad, en el caso “Simón” (2005)<sup>5</sup>: posiblemente, el fallo más relevante, si existiese tal mención, en toda la historia política del Más Alto Tribunal de Justicia de la República. Todas estas interpretaciones constituyen actos de lealtad constitucional. El intérprete genera una nueva regulación normativa que, antes de su decisión, no existía descrita como el intérprete (creador, no ya realizador) ahora regiamente dispone.

2 CSJN, Fallos: 315: 1492 (1992).

3 CSJN, Fallos: 112:384 (1909).

4 CSJN, “Halabi, Ernesto”, (2009).

5 V. in re “Simón, Julio et al”, CSJN, (2005).

Probablemente, el peor acto jurídico de la CS en toda su historia no fue un fallo judicial. Las fuerzas de la soledad en el Derecho, la peligrosa vía de la incomunicación, concretamente el dominio de la irracionalidad, tiene una radiografía específica: la “Acordada de la CS” pronunciada el 10 de septiembre de 1930, suscrita por cuatro jueces de la CS y el procurador general, quienes abjuraron del Derecho constitucional, sin contemplación.<sup>6</sup> Recientemente, el 3 de mayo de 2017, en el caso “Muiña”, resuelto por 3 jueces de la CS que conformaron la mayoría y sin considerar, razonablemente, la naturaleza imperativa del DIDH que goza de jerarquía constitucional y semejante naturaleza imperativa de las normas legales vigentes y efectivamente aplicables, decidieron beneficiar, sin justificación jurídica, en el cómputo de la prisión (a razón de 2 días por cada 1 efectivo) a un sujeto enjuiciado por la comisión de crímenes de lesa humanidad; 2 jueces votaron en minoría. La decisión judicial provocó que millones de ciudadanos repudiaran la impunidad congénita dispuesta por 3 jueces en la sentencia; movilizaciones que se produjeron al este, al oeste, al sur y al norte del país; nunca, en toda la historia de la Argentina sucedió una movilización ciudadana igual, espontánea e incremental, en repudio a un fallo de la CS. Paralelamente, jueces inferiores de todo el país, en sus pronunciamientos no aplicaron la doctrina del caso “Muiña” porque ella supone el incumplimiento por parte del Estado argentino de las obligaciones asumidas, en todos sus poderes, con hegemonía suficiente, sobre la política de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes de lesa humanidad cometidos a partir del 24/3/1976 por el Estado terrorista y cuya consumación, en muchos casos todavía, perdura por la naturaleza de los delitos. La comunidad argentina, al aceptar los instrumentos internacionales, no puede desmerecer o devaluar por intermedio de sus poderes constituidos ni las pretensiones punitivas ni articular mecanismos de amnistía, perdón o cualquier otra forma de cumplimiento privilegiada y diferenciada de la detención o prisión. Casi por única vez en la historia de la Argentina el Congreso sancionó la ley 27.362<sup>7</sup> con una velocidad superior a la luz y el Poder Ejecutivo la promulgó con idéntica rapidez.

6 El texto completo de la Acordada se encuentra recogido en CSJN, Fallos: 158:290.

7 Artículo 1. De conformidad con lo previsto en la ley 27.156, el artículo 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.

Art. 2. El cómputo de las penas establecido en su oportunidad por el artículo 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. Art. 3. Lo dispuesto por los artículos anteriores es la interpretación auténtica del artículo 7° de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— y será aplicable aún a las causas en trámite.

*Sexto.* El sistema de la Constitución federal divide el mundo en dos: un ámbito jurídico y otro ámbito no jurídico.

*Séptimo.* El ámbito jurídico se encuentra poblado de permisiones, obligaciones y prohibiciones, cuya última palabra, eventualmente, escalado el anticuado sistema jurisdiccional de la Argentina podría llegar a la CS. Si el Más Alto Tribunal se pronuncia en una causa, la sentencia valdrá para las partes (las personas físicas o ideales) que han intervenido en el juicio; dicha sentencia no es jurídicamente obligatoria para el resto de los ciudadanos que no participaron del citado juicio o pleito, quienes, hipotéticamente, podrían introducir otros argumentos en otros escenarios judiciales y antes otros jueces, quienes, podrían resolver el futurible litigio con desapego a la doctrina predeterminada por la CS.

*Octavo.* El otro ámbito es el mundo *ajurídico*, el sitio en el que el Derecho constitucional no llega y constituye el paraíso de la privacidad de cada ciudadano, cuyo dominio y fecundidad se encuentra reservado solamente a él.

*Noveno.* Las distinciones apuntadas y las descripciones desarrolladas sostienen, hasta cierto punto, las ilusiones sobre una sociedad abierta de los realizadores de la constitución en paz. El poder constituyente conduce y elabora la parición de las partituras laicas, la constitución; los servidores públicos, en especial los jueces de la CS, deben cumplir su interpretación judicial para el caso concreto y su validez, en principio, queda restringida al ámbito de dicho proceso judicial en que dictó la sentencia.

## Novedades Jurisprudenciales

Por Vertiz James

**Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.**

**I.- Hechos.** El caso se refiere a la responsabilidad estatal por la esterilización no consentida mediante la ligadura de las trompas de Falopio de la Sra. I. V. en el Hospital público de la Mujer en la Paz, sin que mediare una situación de emergencia y sin su consentimiento informado.

**II.- Fondo.** En el presente caso la Corte tuvo que dilucidar si el procedimiento de esterilización se llevó a cabo obteniendo el consentimiento informado de la paciente, bajo los parámetros establecidos en el derecho internacional para este tipo de actos médicos al momento de los hechos. En tal sentido determinó que el consentimiento informado del paciente es una condición sine qua non para la práctica médica, el cual se basa en el respeto a su autonomía y su libertad para tomar sus propias decisiones de acuerdo a su plan de existencia. En otras palabras, el consentimiento informado asegura el efecto útil de la norma que reconoce la autonomía como elemento indisoluble de la dignidad de la persona, el cual ha significado en la práctica de la medicina un cambio de paradigma en la relación médico-paciente, ya que el modelo de toma de decisiones informadas y libres pasó a centrarse en un proceso participativo con el paciente y ya no en el modelo paternalista en donde el médico, por ser el experto profesional en la materia, era quien decidía lo más conveniente para la persona que debía someterse a un tratamiento en particular.

Asimismo el tribunal de San José resaltó que el elemento de la libertad de una mujer para decidir y adoptar decisiones responsables sobre su cuerpo y su salud reproductiva, sobre todo en casos de esterilizaciones, puede verse socavado por motivos de discriminación en el acceso a la salud; por las diferencias en las relaciones de poder, respecto del esposo, de la familia, de la comunidad y del personal médico; por la existencia de factores de vulnerabilidad adicionales, y debido a la existencia de estereotipos de género y de otro tipo en los proveedores de salud. Factores tales como la raza, discapacidad, posición socio-económica, no pueden ser un fundamento para limitar la libre elección de la paciente sobre la esterilización ni obviar la obtención de su consentimiento.

**III.-Reparaciones.** Entre otras medidas le ordenó al Estado de Bolivia que diseñe una publicación o cartilla que desarrolle en forma sintética, clara y accesible los derechos de las mujeres en cuanto a su salud sexual y reproductiva, contemplados en los estándares internacionales, así como

las obligaciones del personal médico al proveer la atención en salud sexual y reproductiva, en la que se deberá hacer mención específica al consentimiento previo, libre, pleno e informado.

**Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.**

**I.- Hechos.** El caso se relaciona con la práctica de trabajo forzoso y servidumbre por deudas en la Hacienda Brasil Verde, ubicada en el Estado de Pará, en donde decenas de miles de trabajadores eran sometidos anualmente a trabajo esclavo; en particular se constató que a partir de 1988 se presentaron una serie de denuncias ante la Policía Federal y el Consejo de Defensa de los Derechos de la Persona Humana (CDDPH), por la práctica de trabajo esclavo en dicha Hacienda, y por la desaparición de dos jóvenes.

**II.-Fondo.** Este constituye el primer caso contencioso ante la Corte relacionado con el artículo 6.1 de la Convención; por tal razón el tribunal realizó un resumen del desarrollo normativo y jurisprudencial sobre la materia en el derecho internacional, para dar contenido a los conceptos de esclavitud, servidumbre, trata de esclavos y mujeres, y trabajo forzoso, todos prohibidos por la Convención Americana. Luego de destacar que la prohibición de la esclavitud es considerada una norma imperativa del derecho internacional (*jus cogens*) y conlleva obligaciones *erga omnes*.

Asimismo sostuvo que a la luz del desarrollo ocurrido en el derecho internacional en las últimas décadas, la expresión “trata de esclavos y de mujeres” del artículo 6.1 de la Convención Americana debe ser interpretada de manera amplia para referirse a la “trata de personas”.

Respecto de la obligación de garantizar el derecho reconocido en el artículo 6 de la Convención Americana los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de servidumbre, esclavitud, trata de personas y trabajo forzoso. En particular, los Estados deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva al fenómeno de la esclavitud contemporánea. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinados grupos de personas pueden ser víctimas de trata o de esclavitud. Esa obligación es reforzada en atención al carácter de norma imperativa de derecho internacional de la prohibición de la esclavitud [...] y de la gravedad e intensidad de la violación de derechos por esa práctica.

**III.- Reparaciones:** Entre otras, como medida reparatoria le ordena al Estado de Brasil que adopte las medidas legislativas necesarias para garantizar que la prescripción no sea aplicada a la de reducción de personas a la esclavitud y a sus formas análogas, atento su carácter de delitos de derecho internacional, cuya prohibición alcanzó el estatus de *ius cogens* [...]. Además, la Corte recuerda que, de acuerdo con su jurisprudencia constante, los delitos que impliquen graves violaciones de derechos humanos no pueden ser objeto de prescripción.

**Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.**

**I.- Hechos.** El caso se relaciona con la separación discriminatoria del señor Homero Flor Freire como funcionario militar de la Fuerza Terrestre ecuatoriana debido a su orientación sexual percibida.

**II.-Fondo.** La Corte estableció que al Sr. Freire le fue impuesta una sanción disciplinaria que tenía como fundamento una normativa discriminatoria en razón de la orientación sexual. Que la prohibición de discriminación por razones de orientación sexual, conforme ha sido interpretado, abarca y se extiende a todas las esferas del desarrollo personal de las personas bajo la jurisdicción de un Estado parte de la Convención. Por tanto, la exclusión de personas de las fuerzas armadas por su orientación sexual, sea real o percibida, es contrario a la Convención Americana.

Asimismo resaltó que la mayor sanción para los actos sexuales homosexuales, que fue aplicada al señor Flor Freire y el hecho que estos se sancionaran aun fuera del servicio constituyen distinciones discriminatorias y denotan el objetivo de excluir de las fuerzas armadas a las personas homosexuales.

También destaca el Tribunal que, el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. En este sentido, los actos sexuales son una manera de expresar la orientación sexual de la persona, por lo que se encuentran protegidos dentro del mismo derecho a la no discriminación por orientación sexual.

**III.- Reparaciones.** Como medida reparatoria, entre otras le ordenó al Estado otorgar al señor Flor Freire el grado que corresponda a sus compañeros de promoción al momento del cumplimiento de esta medida y colocarlo en la situación de un militar en situación de retiro o servicio pasivo, que se hubiese retirado voluntariamente, así como concederle todos los beneficios prestacionales y sociales que correspondan a dicho rango.

**Corte IDH. Caso Maldonado Ordóñez Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C No. 311.**

**Hechos.** El caso se relaciona con la destitución a través de un procedimiento administrativo sin que se respeten garantías del debido proceso a favor de la víctima, quien se desempeñaba como funcionaria de la Oficina del Procurador de Derechos Humanos de Guatemala.

**Fondo.** Considerando la naturaleza sancionatoria del proceso de destitución de la señora Maldonado, la Corte entendió que las garantías procesales contempladas en el artículo 8 de la Convención Americana hacen parte del elenco de garantías mínimas que debieron ser respetadas para adoptar una decisión que no fuera arbitraria y resultara ajustada al debido proceso. En lo que respecta al derecho a contar con una comunicación previa y detallada de la acusación y el derecho a la defensa, la Corte consideró que era necesario que, por lo menos, se suministrara a la señora Maldonado información que fuera clara respecto de la motivación del proceso de destitución, así como una mínima referencia a la relación existente entre los hechos respecto de los cuales se aplicaría la sanción disciplinaria y la norma supuestamente infringida.

De igual modo se estableció que en la notificación de su despido no resultaba claro el motivo específico por el cual la señora Maldonado estaba siendo objeto de un proceso disciplinario; en consecuencia, ésta no contó con información detallada de las razones por las cuales podría ser destituida de su trabajo. Esta falta de información constituyó una violación a la garantía de contar con información previa y detallada del proceso iniciado en su contra, contenida en el artículo 8.2.b de la Convención Americana.

Respecto del deber de motivación, consideró que no existió una motivación que estuviera debidamente justificada y razonada para la destitución de la señora Maldonado. No fue señalado con claridad la manera en que la conducta de la señora Maldonado se ajustaría al supuesto de las normas invocadas como fundamento de la destitución y no se realizó ningún análisis del contenido de dichas normas.

**III. Reparaciones.** La Corte ordenó eliminar de cualquier tipo de registro de antecedentes de la señora Maldonado el procedimiento de destitución; así como precisar o regular, con claridad, a través de medidas legislativas o de otro carácter, la vía recursiva, el procedimiento y la competencia judicial para la revisión jurisdiccional de toda sanción o medida de carácter administrativo disciplinario del Procurador de los Derechos Humanos.

**Corte IDH. Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312.**

**Hechos.** El caso se relaciona con la alegada violación del derecho a la salud, a la vida y a la integridad personal de una persona con discapacidad privada de su libertad, así como la accesibilidad y los ajustes razonables en contextos penitenciarios.

**Fondo.** En el presente caso la Corte destacó que las personas privadas de libertad que padezcan enfermedades graves, crónicas o terminales no deben permanecer en establecimientos carcelarios, salvo cuando los Estados puedan asegurar que tienen unidades adecuadas de atención médica para brindarles una atención y tratamiento especializado adecuados, que incluya espacios, equipo y personal calificado (de medicina y enfermería). Asimismo, en tal supuesto, el Estado debe suministrar alimentos adecuados y las dietas establecidas para cada caso respecto de personas que padecen ese tipo de enfermedades. Los procesos de alimentación deben ser controlados por el personal del sistema penitenciario, de conformidad con la dieta prescrita por el personal médico, y bajo los requerimientos mínimos establecidos para el respectivo suministro. En cualquier caso, y más aún si la persona está evidentemente enferma, los Estados tienen la obligación de asegurar que se mantenga un registro o expediente sobre el estado de salud y tratamiento de toda persona que ingresa en un centro de privación de libertad, ya sea en el propio lugar o en los hospitales o centros de atención donde vaya a recibir el tratamiento.

**III.-Reparaciones.** Con respecto a las reparaciones, la Corte, entre otras, ordenó al Estado adoptar medidas para la capacitación de las autoridades judiciales a cargo de la ejecución de las penas, autoridades penitenciarias, personal médico y sanitario y otras autoridades competentes que tengan relación con las personas privadas de libertad, a fin de que cumplan efectivamente con su rol de garantes de los derechos de esas personas, así como llevar a cabo una serie de jornadas de información y orientación en materia de derechos humanos a favor de las personas que se encuentran privadas de libertad.

## **Novedades jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia Bonaerense y la Corte Suprema de Justicia de Nación**

Por Díaz Juan Francisco

### **El límite en la cobertura del seguro automotor obligatorio es válido y oponible a terceros**

Así lo declaró la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el voto de la mayoría (Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz), el máximo tribunal destacó que “no es posible imponer obligaciones a la aseguradora más allá de los términos pactados (...) la ley establece que el contrato es la fuente de sus obligaciones y en dicho instrumento se determinan los alcances y límites de la garantía debida”. Además, sentenció que “obligar a la aseguradora a afrontar el pago de los daños sufridos por la víctima más allá del límite que emerge de la póliza, con el único argumento de la supuesta desnaturalización de la función social del seguro, implica una violación de su derecho de propiedad”.

*CSJN “Flores, Lorena Romina c/ Giménez, Marcelino Osvaldo y otro si daños y perjuicios (acc. trán. cl les. o muerte)”, del 6 de junio de 2017.*

### **La Corte estableció que el trabajador debe pagar las costas cuando el juicio lo pierde por su culpa**

El Máximo Tribunal estableció que cuando el trabajador pierde por su culpa un juicio laboral debe pagar los gastos en concepto de honorarios de los abogados y los peritos que hayan intervenido. La sentencia, que contó con los votos de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Rosenkrantz, afirma que como el rechazo de la demandada se debió a la actitud renuente del trabajador, no había motivos válidos para apartarse de la regla legal que establece que quien pierde un juicio debe pagar los gastos por honorarios que ese juicio originó.

*CSJN “López, Enrique Eduardo c/ Horizonte Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. s/ accidente – ley especial”, 4 de Julio de 2017.*

### **El comprador de un inmueble cuya expropiación fue anterior a la adquisición no está legitimado a demandar**

Así lo afirmó la Suprema Corte bonaerense, con voto de los jueces de Lázari, Kogan, Soria y Kohan, señalaron que el comprador de un inmueble no está legitimado para promover la expropiación inversa cuando la adquisición haya sido anterior al hecho que motivara el desmembramiento del dominio. La mayoría sostuvo que la acción expropiatoria es personal y no se transmite en forma automática. La minoría, integrada por Negri,

Genoud y Pettigiani, consideró que el adquirente sí se encuentra legitimado a reclamar el resarcimiento.

*SCJB “La Cassina S.A. contra Fisco de la Provincia de Buenos Aires. Expropiación inversa”, C. 103.955, 28 de Junio de 2017.*

### **La Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó las elecciones del 2015 en la Provincia de Tucumán**

Así lo hizo el Máximo Tribunal al rechazar un recurso de queja del Frente Electoral Acuerdo del Bicentenario contra la decisión de la Corte Tucumana que dejó sin efecto la decisión de la Cámara Contencioso Administrativo que anulaba las elecciones del 23 de agosto del 2015, en las cuales, el candidato Juan Manzur fue electo gobernador, derrotando a José Cano.

*CSJN “Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Acuerdo para el Bicentenario c/ Provincia de Tucumán s/ amparo”, 11 de Julio de 2017*

### **La Corte dejó firme la decisión que ordena pagar jubilación de privilegio de camarista a un condenado por delitos de lesa humanidad**

El Máximo Tribunal rechazó un recurso de queja del Consejo de la Magistratura contra la decisión de la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social que admitió un amparo de Jaime Lamont Smart -primer civil condenado a reclusión perpetua por delitos de lesa humanidad- y ordenó que le abonen la jubilación como camarista por el hecho de haber integrado la Cámara Federal en lo Penal de la Nación, un tribunal creado por el gobierno de facto de Onganía para juzgar “delitos subversivos” que pasó a la historia como una comisión especial de las que prohíbe nuestra Constitución Nacional.

*CSJN “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Smart, Jaime Lamont c/ Consejo de la Magistratura s/ amparos y sumarísimos”, 4 de julio de 2017*

### **Una trabajadora que sufre un accidente laboral tiene derecho a una indemnización que compense totalmente la pérdida de su capacidad aun que no haya perdido su empleo**

Así lo afirmó, por mayoría, la Corte Suprema de Justicia de la Nación al revocar un fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza que había reducido a menos de cuatrocientos mil pesos –a valores de 2012– la indemnización por los graves daños provocados por el accidente de trabajo que Stella Maris Ontiveros sufrió en 2001 mientras cumplía funciones como magistrada de primera instancia en la justicia local.

Los Jueces Maqueda y Rosatti, en su voto conjunto, recordaron que el derecho a la reparación total encuentra su fundamento en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales incorporados a ella, y que la in-

tegridad de la persona –tanto en su aspecto físico como en el psíquico y el moral– tiene en sí misma un valor indemnizable. A partir de ello descalificaron el argumento dado por la corte provincial para reducir la indemnización referido a que la demandante continuó en sus funciones de jueza después del accidente, sin merma en su salario

*CSJN “Recurso de hecho deducido por la actor a en la causa Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención ARTS .A.Y otros s/ accidente- inc.y cas.”, 10 de Agosto de 2017.*

### **La Corte bonaerense estableció pautas para determinar el monto de la cuota alimentaria**

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires determinó pautas para la cuantificación de la cuota alimentaria teniendo en consideración las crecientes necesidades de los niños según su edad y la relación con las posibilidades y modo de vida del alimentante. El Máximo Tribunal consignó que para fijar la cuota se debe tener en cuenta las “reales necesidades de los niños en su relación con su edad y calidad de vida a la que acceden, posibilidades del alimentante y aumento del costo de vida”.

*SCJB C. 120.884, “D., M. contra G., P. J. Alimentos”, 7 de Junio de 2017.*

### **La Corte Suprema dejó sin efecto la decisión que impedía a Carlos Menem ser candidato a Senador Nacional por La Rioja**

El Máximo Tribunal descalificó la sentencia de la Cámara Electoral dado que ésta no analizó el planteo relacionado con la legitimación, es decir, si alguien que no es de la lista puede impugnarla en las elecciones primarias. Tampoco examinó la denominada “preclusión”, es decir, si había vencido el plazo para la impugnación, cuestión que ha sido muy importante en la jurisprudencia del alto tribunal para dar seguridad jurídica. De esta manera afectó los derechos de quienes invocaron defensas en el proceso. La Corte, no obstante, no se pronunció sobre el fondo que es si Menem puede ser candidato, aspecto que puede generar un nuevo pronunciamiento antes de las elecciones.

*CSJN “Acosta, Leonel Ignacio s/ impugnación de precandidatos elecciones primarias - Frente Justicialista Riojano”, 22 de Agosto de 2017*

### **Las Cataratas del Iguazú pertenecen al dominio público del Estado Nacional**

Así lo determinó la Corte Suprema de Justicia de la Nación al admitir una demanda de la Administración de Parques Nacionales y declarar la inconstitucionalidad de dos leyes de la Provincia de Misiones que creaban el Parque Provincial Río Iguazú en un espacio geográfico que, según determinó el Tribunal, corresponde al Parque Nacional Iguazú. Los jueces fundaron

su decisión en que previamente a la creación de la Provincia de Misiones (1954) fue establecido el Parque Nacional Iguazú (1934) y su motivo principal fue, justamente, el fenómeno natural de las Cataratas que se hallan en su territorio.

*CSJN “Administración de Parques Nacionales c/ Misiones, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 10 de Agosto de 2017*

### **La información sobre asuntos públicos también están amparados por la doctrina de la real malicia**

El máximo tribunal admitió una queja y dejó sin efecto la condena contra los periodistas María Laura Santillan, Juan Micelli y Arte Radiotelevivo Argentino S.A. con motivo de la emisión en el programa “Telenoche Investiga” de un informe sobre la compañía Boston Medical Group que la firma consideró lesivo de su prestigio comercial. La Corte consideró que al tratarse de un informe vinculado con la salud pública y las características del sujeto argaviado, resultaba la aplicación de la doctrina de la real malicia y, en tal caso, no correspondía la condena a los periodistas y a la productora.

*CSJN “Recurso de hecho deducido por la parte demandada en la causa Boston Medical Group S.A. c/ Arte Radiotelevivo Argentino S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, 29 de Agosto de 2017*

### **La actividad de los buscadores de internet se encuentra amparada por la libertad de expresión**

Así lo afirmó hoy la Corte Suprema de Justicia de la Nación al reafirmar la doctrina del fallo “Rodríguez, María Belén”. En tal sentido, el máximo tribunal destacó que los buscadores son meros intermediarios que se limitan a mostrar contenidos ajenos (exhibidos en otras páginas web) y que su responsabilidad surge –en supuestos excepcionales- cuando no actuaran diligentemente a partir del efectivo conocimiento de la ilicitud de dichos contenidos.

*CSJN “Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, 12 de Septiembre de 2017*

### **La Corte rechazó la reintegrar gastos de cobertura de la obra social a un menor por no haber presentado el certificado de discapacidad**

El máximo tribunal eximió a la Obra Social del Poder Judicial de la Nación de cubrir los gastos de un menor con discapacidad por no haber acompañado el certificado que así lo acreditara, extendido por el Ministerio de Salud de la Nación o por “el organismo competente establecido en las leyes provinciales”. Se trató del caso por el cual los padres del menor le pedían a la OSPJN el reintegro de gastos y el daño moral. La Justicia Federal de Posadas

había admitido el reclamo y subrayado que “el organismo conocía el estado de salud del menor”.

*CSJN A., M. G. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ cobro de pesos/ sumas de dinero*, 5 de Septiembre de 2017

### **Los jueces laborales no pueden aumentar a su arbitrio la indemnización de accidentes de trabajo fijada legalmente**

Así lo afirmó la Corte Suprema al dejar sin efecto una sentencia de la Sala VII de la Cámara Nacional del Trabajo que, sin declarar inconstitucional la ley de ART que fija los resarcimientos y dejando de lado un precedente del máximo tribunal con invocaciones a principios genéricos vinculados con la equidad de la reparación, incrementó el monto de una indemnización por accidente laboral. La Corte descalificó la decisión por arbitraria al apartarse injustificadamente de la ley aplicable.

*CSJN “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Marando, Catalina Graciela c/ QBE Argentina ART S.A. s/ accidente- ley especial”*, 12 de Septiembre de 2017

### **Espiarse el Facebook, mail o celular de una pareja es un delito federal**

Así lo determinó la Corte Suprema de Justicia de la Nación al definir, por remisión al dictamen del procurador Eduardo Ezequiel Casal, una cuestión de competencia en una causa iniciada por una mujer dado que “su ex pareja habría ingresado a su usuario de la red social Facebook y en su correo electrónico gratuito, y además habría obtenido, presumiblemente, los datos de sus contactos del teléfono celular y copiado su tarjeta SIM”. La Corte determinó “el usuario de la red social y el correo electrónico constituyen una comunicación electrónica o dato informático de acceso restringido, cuyo acceso sólo es posible a través de un medio que por sus características propias se encuentra dentro de los servicios de telecomunicaciones que son de interés de la Nación”.

*CSJN “T. G. W. s/ violación sistema informático (art. 153 bis, 1er párr del C.P.)”*, 19 de Septiembre de 2017





## OPINIÓN

REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN | Año 2 N° 4 | Invierno 2017

PORTADA: SERGIO MICHAEL ÁLVAREZ |  
DE LAS MÁRGENES Y OTRAS ORILLAS.

OBRAS A LA VENTA

## La Carne sin Sentido

Mi carne se arrulla entre las estrías de un pezón.

Los quejidos de mi cuerpo, estremecen el silencio del vientre de un capullo. De él, se desprende una voz lastimosa que camina, descalabrada, por la segunda envoltura de los pétalos. Pierde la conciencia, un ojo y un amor. Se transforma en una criatura casi inmortal.

Si pudiera depositar la fatiga en el ansia de la mirada de un animal.

Y si, después, ese animal se arrastrara hasta las estrías del pezón y se comiera mi carne.

Y cuando solo quede el “sin sentido”, la carencia para percibir, lo incompleto de mi alma, lo desguarnecido de mi espíritu... Tal vez entonces, y solo entonces, podría mi esencia recuperar un ojo.

## Consideraciones sobre la Universidad Pública<sup>1</sup>

Por Berrotarán Alejandro\*

En el discurso de muchos de los egresados de nuestras universidades públicas se evidencian ciertas ideas de meritocracia. Estas plantean que los logros y éxitos personales son producto exclusivo del esfuerzo del individuo. Quienes las suscriben, orgullosos exhiben su título como premio merecido a su sacrificio. En el mejor de los casos, reconocen y agradecen a su círculo cercano de amigos, familiares y docentes, que colaboraron en su carrera individual. Existe en estas personas una suerte de amnesia. Olvidan que sus estudios son gratuitos gracias a las miles de manos invisibles que montan y sostienen nuestras universidades.

Mantener económicamente una educación superior pública y gratuita implica un enorme sacrificio para nuestro pueblo<sup>2</sup>. Más significativo aun es este esfuerzo colectivo en una sociedad, como la nuestra, que presenta preocupantes niveles de pobreza y desigualdad económica<sup>3</sup>. Esta realidad repercute directamente sobre las posibilidades de educación de las personas, ocasionando que las oportunidades efectivas de iniciar y concluir una carrera universitaria sean remotas para una buena parte de la población<sup>4</sup>. Pero la injusticia que esta situación supone es aún más grave. Paradójicamente, son justamente los sectores de menores ingresos, que no acceden a

---

1 Esta nota de opinión fue elaborada en base al discurso que realice en el acto de egreso de la Facultad de Derecho el 7 de julio del 2017. Disponible online en <https://youtu.be/KCi9ztn-G0kk> (último acceso el día 15 de agosto de 2017).

2 De acuerdo al informe realizado por el Centro de Estudios de la Educación Argentina de la Universidad de Belgrano el presupuesto promedio por alumno de una universidad pública nacional es de 3114 dólares anuales (datos elaborados en base al presupuesto nacional del 2016). Informe disponible en [www.ub.edu.ar/centros\\_de\\_estudio/cea/cea\\_numero\\_48.pdf](http://www.ub.edu.ar/centros_de_estudio/cea/cea_numero_48.pdf) (último acceso el día 15 de agosto de 2017).

3 De acuerdo al INDEC, la pobreza alcanza al 30,3 % de la población nacional y la brecha entre ingreso familiar promedio del 10 % de los hogares más pobres y el 10 % más rico es de 21,8 veces (datos del primer trimestre de 2017). Informe disponible en [www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/ingresos\\_1trim17.pdf](http://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/ingresos_1trim17.pdf) (último acceso el día 15 de agosto de 2017).

4 "La educación superior y universitaria es pro-rica: a mayor ingreso, mayor gasto imputado. El quintil más pobre recibe el 11,8 % del gasto en educación superior y universitaria, mientras que el quintil más rico recibe el 29,7 %" (datos de 2010). Informe disponible en: <http://blogs.eco.unc.edu.ar/jifp/files/47JIFP-RosanaJanCasa%C3%B1o.pdf> (último acceso el día 15 de agosto de 2017).

la universidad, los que soportan la carga más pesada en el sostenimiento económico de estos estudios<sup>5</sup>.

Si creemos en la igualdad, no podemos tolerar las disparidades presentes en el acceso a los estudios universitarios. Las políticas dirigidas hacia los sectores sociales más desfavorecidos para posibilitarles el ingreso a la educación superior son una herramienta fundamental para cambiar esta situación. Nuestras casas de estudio deben llevar a cabo políticas que tiendan a una ampliación social de la matrícula universitaria, y que posibiliten la permanencia y egreso de los estudiantes. Para esto, son necesarios cambios estructurales y reformas profundas.

Pero no solamente debemos preocuparnos por quienes acceden a nuestras aulas. Debemos también preguntarnos al servicio de quiénes están diseñados los contenidos de nuestras carreras y qué deberes tenemos los profesionales que nos egresamos de ellas. Hacernos estas preguntas nos permitirá responder ¿por qué nuestra sociedad debe soportar la carga de contribuir económicamente con la universidad pública?

A partir de esta pregunta, es razonable cuestionarnos el rol del egresado de la universidad pública. Así, se vuelve objeto de análisis el perfil profesional presente en nuestras currículas. ¿De qué sirve que se formen profesionales con contenidos que omiten los problemas de quienes sostienen nuestra educación? La universidad no es una isla sino que forma parte de una comunidad más amplia a la que integra. La universidad debe abrir sus puertas y escuchar las voces silenciadas de nuestro pueblo. Es preciso fortalecer programas, proyectos y acciones dirigidas a la comunidad de acuerdo a los diagnósticos, las demandas y las problemáticas planteadas que requieren de nuestra atención. Los planes de estudio deben traducir las necesidades de nuestra comunidad. Las facultades deben vestirse de obrero, de desempleado, de negro, de campesino, de excluido. El perfil profesional del egresado de nuestras aulas debe estar atravesado por las necesidades de nuestra sociedad y, en especial, por las de aquellos sectores más desfavorecidos que no acceden a nuestras aulas.

Tenemos además, como egresados, un deber ligado a la vocación de servicio público que hay mantener presente. Existe un pueblo que necesita el compromiso de nuestros profesionales con sus causas. En este sentido, todo egresado que realizó sus estudios en una universidad pública tiene un deber general de servir en los asuntos de interés público. Los abogados tenemos esta obligación general pero también responsabilidades específicas

---

5 Mientras que el 20 % de la población con ingresos más bajos paga en impuestos, en promedio, el 49,6% de sus ingresos, el 70 % de la población con ingresos intermedios paga, en promedio, el 43,8 % de sus ingresos, y el 10 % con los ingresos más altos soporta una presión tributaria del 47% de sus ingresos (datos de 2010). Informe disponible en: [www.idaes.edu.ar/papelesde-trabajo/paginas/Documentos/n15/Rosignolo.pdf](http://www.idaes.edu.ar/papelesde-trabajo/paginas/Documentos/n15/Rosignolo.pdf) (último acceso el día 15 de agosto de 2017).

ligadas al papel que como profesionales desempeñamos. Así, desde el lugar que ocupemos, tenemos que mejorar el Derecho, acercarlo a la sociedad y garantizar el acceso pleno a la justicia. Una práctica del Derecho sensible al interés público justifica el status otorgado al abogado y la inversión que significa nuestra formación.

Los egresados de universidades públicas somos privilegiados que nos hemos beneficiado del esfuerzo ajeno. Una sociedad ha subsidiado nuestros estudios. Por ello, nuestro título refleja no solamente nuestro esfuerzo individual, sino el esfuerzo de un pueblo que espera mucho de nosotros. Son vastos los sectores marginados de nuestra sociedad que requieren nuestros servicios y para saldar nuestra deuda con ellos contamos con las herramientas que nuestra formación nos otorgó.

Nuestro compromiso con la defensa de la universidad pública y gratuita no se limita a oponernos a su arancelamiento sino que implica un compromiso con un perfil de egresado y un desarrollo profesional abocado a los que menos tienen. Por eso, tengamos presentes a quienes sin estar en nuestras aulas nos permiten estar a nosotros. A ellos, a los humildes de esta tierra, nos debemos.

\*Abogado de la Universidad Nacional de Córdoba

## Hércules y la fábrica de causas

Por Massaccesi Lucas y Falco Bruno

### 1) Introducción

El presente trabajo constituye una reflexión acerca del discurso consciente o inconscientemente desplegado por los operadores judiciales en el marco del tratamiento de causas penales “armadas” por las fuerzas de seguridad, pensando el papel que los medios de comunicación masiva juegan en su génesis y desarrollo. Utilizaremos el trabajo de Jerome Bruner, *La Fábrica de Historias: Derecho, Literatura, Vida* (2003), como eje central en torno al cual ensayar interpretaciones de la realidad judicial que día a día transitamos desde nuestro lugar dentro de una burocracia especializada en la viabilización del encarcelamiento de cientos de inocentes víctimas de las agencias penales del Estado.

Nos permitimos aclarar que con los términos “causa armada” nos estaremos refiriendo a las distintas situaciones en las que tanto fuerzas de seguridad como penitenciarias intervienen en algún momento (generalmente en los inicios) de una investigación penal o contravencional (o disciplinaria, en contextos de encierro), introduciendo en las mismas, informaciones o elementos probatorios con algún grado de falsedad, de modo tal de implicar injustamente a un/a ciudadano/a en un hecho que no cometió.

Tales prácticas suelen llevarse a cabo con distintos objetivos. En algunos casos, el armado de causa responde a fines extorsivos, amenazándose a la víctima seleccionada con que si se niega a “colaborar”, es decir, si se rehúsa a pagar la coima exigida, o a aportar información para la investigación de algún hecho delictivo, o a participar en la gestión de alguna de las empresas criminales que regentan las fuerzas –tráfico de estupefacientes, robos, distribución intra o extra-carcelaria de alimentos e insumos, etc.-, se la involucrará en algún hecho delictivo, ya sea a través de la falsa atribución de armas o drogas o de algún otro objeto incriminante, o a través de la introducción de algún testigo falso o anónimo que lo vincule a un delito. Otras veces, el armado responde a la necesidad de encubrir algún accionar de las fuerzas, ya sea se trate de un actuar negligente, tal como ocurrió en el conocido caso de Fernando Carrera retratado en el largometraje documental intitulado “El Rati Horror Show” –que analiza la tragedia ocurrida en el barrio porteño de Pompeya, donde policías federales sin uniforme iban persiguiendo a un auto, y confundiendo de vehículo, abrieron fuego contra el de un inocente que, a consecuencia de los impactos de bala, atropelló y mató a peatones que caminaban por la zona-, o se trate de un accionar ilegal abiertamente doloso, tal como lo son las ejecuciones extrajudiciales que luego

son presentadas ante la Justicia como el resultado de “enfrentamientos” entre el asesinado y los uniformados.

En otros casos, hechos delictivos con alguna trascendencia pública o mediática, también suelen disparar la utilización de estas dinámicas de falseamiento, porque ante la imposibilidad de dar con el/la autor/a real del hecho, o ante la necesidad de encubrirlo/a por ser aquél/la un/a agente de las fuerzas o tener acuerdos o vínculos familiares con algún/a agente, el involucramiento de una persona inocente deviene como una forma de “cerrar” el caso y demostrar públicamente a través de medios de comunicación, la *efectividad* del accionar investigativo. En el ámbito carcelario, los falseamientos de las actas donde se registran supuestas inconductas, son una práctica absolutamente cotidiana para el disciplinamiento de la población cautiva y para la gestión de los distintos circuitos de tráfico intramuros de psicofármacos o tóxicos ilegales, así como la distribución del acceso a instancias educativas, laborales, recreativas, régimen de visitas, etcétera. De la misma manera, se falsean constancias para encubrir las ejecuciones y las torturas padecidas por los/as detenidos/as: para nada excepcionales son las actas donde guardia-cárceles relatan inconductas que nunca tuvieron lugar, en aras de basamentar sanciones de aislamiento para ciertos/as detenidos/as, o describen supuestas “autolesiones” que buscan encubrir brutales golpizas.

## 2) Operadores judiciales y multimedios

En su texto “*La Fábrica De Historias*”, Bruner (2003) escribe que

los relatos seguramente no son inocentes: siempre tienen un mensaje, la mayor parte de las veces tan bien oculto que ni siquiera el narrador sabe qué interés persigue. Por ejemplo, los relatos siempre empiezan dando por descontado (e invitando al lector u oyente a dar por descontado) el carácter ordinario y normal de algún estado de cosas particular en el mundo (18).

En pocas dinámicas judiciales esta afirmación es tan literal como lo es dentro del inframundo penal, donde con honrosas excepciones, fiscales y jueces/zas analizan plexos probatorios construidos unilateralmente por las fuerzas del orden, sin aplicar siquiera un mínimo de suspicacia que, teniendo en cuenta las cotidianas denuncias de corrupción policial y penitenciaria, resulta indispensable para la faena.

Desde nuestro rol de operadores judiciales nos topamos día a día con víctimas del “armado” de causas, cuyas imputaciones avanzan sin contratiempos por delante de las anteojeras judiciales que acusan y condenan de manera inercial, allende de las severas inconsistencias y multivocidades que la prueba de cargo pueda contener, e incluso a pesar de las indicativas denuncias que tanto la defensa técnica como los/as propios/as imputados/as y/u organizaciones sociales interesadas, hubieren formulado sobre irregu-

laridades policiales/fiscales en el desarrollo del proceso. Así, basta con que un policía informe falsamente haber recibido declaraciones anónimas sobre la autoría de un ilícito, para que un fiscal pida y un juez ordene la prisión preventiva de un joven, siempre y cuando el señalado pertenezca a los segmentos sociales regularmente criminalizados. Dicho encierro cautelar en conjunción con el aletargamiento de los procesos penales, y con las altas probabilidades de que en juicio resulte condenado por un aparato judicial clasista que sospecha de toda persona de tez trigueña, termina funcionando como un mecanismo extorsivo que impulsa al detenido, por más inocente que sea, a echar mano a cuanto recurso tenga disponible -acuerdos de juicio abreviado o suspensión de proceso a prueba- para poder poner fin a su encierro, generándosele antecedentes penales que luego serán aprovechados por las agencias del orden con fines extorsivos, y también por fiscalías y jueces que no sólo los utilizarán para fundar futuros agravamientos de condenas en eventuales causas posteriores, sino que además constituirán subrepticios e inconfesables indicios de culpabilidad para acusar y condenar al supuesto reincidente.

Dejando por fuera de nuestro análisis aquellos casos en los que las segundas intenciones del relato policial lejos de estar disimuladas, se encuentran explícitas y en sintonía con una judicatura cómplice del fraude, creemos que la dinámica de convalidación judicial sistemática de los armados policiales que señalamos, no podría ser posible sino a partir del sólido plañón creado por la omnipotente batería de asedio psicológico que constituyen los multimedios de comunicación masiva. Con sus cañones apuntados al conjunto de la sociedad en general -de donde, de más está aclararlo, surtimos quienes nutrimos la burocracia judicial-, el poder de fuego mediático focaliza en la construcción de un estereotipo de *delincuente* basado en la estética de los jóvenes de sectores vulnerables, no sólo moldeando ideológicamente a la audiencia sino además logrando calar en lo más hondo del subconsciente del espectador que asiste desprevenido a la yuxtaposición recurrente de sangre y *altallantas*. En este sentido, lo que otrora lograra la gran narrativa literaria en términos de conmoción social, tal y como relata Bruner, hoy lo consigue tanto más acabadamente la narrativa televisiva/radial/gráfica de los multimedios hegemónicos de comunicación masiva, que revolviendo los más bajos instintos del ser humano, forjan un “sentido común” cautivo, pasivamente penetrado por los dictados del aparato ideológico de los grupos dominantes propietarios de los medios de comunicación.

Cabe recordar aquí el trabajo de Alicia Ruiz, “*El Derecho: entre el folletín y la tragedia*” en donde se reflexiona sobre los efectos de la tensión entre ficción y realidad que plasmara Borges en uno de sus cuentos. Allí se pregunta la autora por qué lo increíble convence, respondiéndose que “Quizás algunas ficciones tienen la posibilidad de crear un ‘clima’ de verdad. Es

más, quizás la verdad no sea sino ese ‘clima’ provocado por ciertas ficciones” (Ruiz, 2001). Esta dinámica *climatogénica* no sólo es implementada con sumo éxito en el tratamiento mediático de casos específicos (sobran ejemplos, como el “caso Ángeles Rawson” –Rodríguez, 2015–, el “caso Candelá” –Kollmann, 2011–, entre tantos otros), sino que, además, día a día los medios hegemónicos de comunicación masiva trabajan minuciosamente en el mantenimiento, actualización y refuerzo de lo creado en torno a lo que se ha dado en llamar “la inseguridad”, reproduciendo y multiplicando por todas las vías de comunicación disponibles cada uno de los partes policiales que relatan algún robo, homicidio o violación. Se les recuerda así a los/as pobladores/as que habrán de temer por sus vidas y sus bienes, toda vez que una horda descontrolada de *pibes chorros* no dudan en matar sin piedad con el fin de robar un celular o un par de zapatillas. “*Con el tiempo, el compartir historias comunes crea una comunidad de interpretación, cosa de gran eficacia (...) para la cohesión cultural en general...*” (Bruner, 2003:45).

### 3) Estereotipos catódicos como obstáculos epistemológicos

Escribe Bruner (2003:52) que “Los seres humanos, estamos sobre todo enormemente especializados en adaptarnos al estado habitual de las cosas que nos rodean (...). No prestamos más atención y activamos el piloto automático”. Así, introyectado el modo en que generalmente han de lucir y hablar quienes delinquen [el *esquema tipificador* del que hablan Berger y Luckman (1986)], tan pronto la agencia policial ofrenda a la burocracia judicial un candidato que cuadre dentro del estereotipo, prácticamente ya tiene este último un pie en la mazmorra. Y más allá de que sostenemos que, a los fines de humanizar los procesos judiciales y de propender a una jurisdicción más ajustada y responsable, resulta indispensable el necesario encuentro personal del/la juez/a con el/la imputado/a, lo cierto es que las más de las veces dicha “*interacción cara a cara llevará la impronta de esas tipificaciones*” (Berger & Luckman, 1986:49) previamente incorporadas por los operadores, transformándose así esas introyecciones en un obstáculo epistemológico difícilmente franqueable: “Nuestra conciencia no puede volverse ingenua por decreto, y frente a un fenómeno cualquiera no prescindimos de hecho, de nuestros conocimientos usuales” (Cárcova, 2007:8).

De esta manera, los medios de comunicación engendran y luego refuerzan diariamente el estereotipo del *delincuente*, dentro de un plan de operaciones más amplio dirigido a la determinación y homogenización de las prioridades político-criminales de la población en general, y de los/as fiscales y jueces/zas en particular. Tengamos en cuenta que los operadores judiciales no sólo reciben el mensaje de los medios hegemónicos a nivel inconsciente (fundamentalmente a través de la generación y explotación del miedo) y/o ideológico (apoyando el discurso en el ensalzamiento de un perfil puramente individualista que no se cuestione en ningún momento

sobre la responsabilidad de la sociedad toda por los hechos delictivos que acaecen) tal y como cualquier ciudadano de a pie, sino que además lo hacen en clave pragmática, pudiendo avizorar las altas probabilidades de que, en caso de no honrar las mandas de los multimedios hegemónicos, sus magistraturas serán pasibles de encarnizadas persecuciones y, eventualmente, de jurados de enjuiciamiento que buscarán removerlos de sus puestos de trabajo vitalicios (Ares, 2011; Quiñones, 2014). En palabras de Zaffaroni (1998:146), al/la Juez/a "...no le resta otro recurso que evitar conflictos con las otras agencias para preservar su identidad (...) y también para conservar su función: el único camino es la burocratización, o sea, las respuestas estereotipadas, la conformidad con las pautas 'de siempre'...". En ese marco, entonces, la narrativa policial primero, y la judicial después, se arraigan para operar "en lo que es familiar y que tiene apariencia de real" (Bruner, 2003:27), en lo que resulta previsible dentro de la compilación de realidades tesaurizadas por las líneas editoriales multimediáticas, *catódicamente* impuestas.

Enrique Marí (1993), al analizar el estudio foucaultiano del caso Riviere, y pensar el desajuste entre *conocimiento* y *realidad jurídica* que en dicho caso se patentizaba, afirma como tesis que entre el proceso de producción del discurso jurídico, y este mismo discurso como producto-final, se da una ostensible pero acallada ruptura lógica, que demuestra la absoluta falta de uniformidad en el discurso jurídico, que aunque se presente como producto de operaciones lógico formales de deducción y subsunción, en realidad conviven en su interior cientos de disputas de poder entre diferentes discursos. Es en esa puja en donde se inserta –y muchas veces prevalece– el discurso mass mediático, con los estereotipos que se dedica a instalar y a mantener vigentes.

El lenguaje que día a día vemos utilizado en los fallos, da cuenta de cuán patente es la inserción *catódica* en el relato judicial y con ello, teniendo en cuenta que las sentencias "Representa[n] 'la racionalidad' de una sociedad en un momento dado de su desarrollo, el conjunto de valores e ideología de una estructura político-social..." (Marí, 1993:282), podemos tomar dimensión del grado de impregnación que el estereotipo creado mass mediáticamente logra en el colectivo social.

En ese entendimiento, vemos que no son pocos los pronunciamientos donde los/as señores/as magistrados/as mechan entre sus gerundios, esdrújulas y latinazgos, alusiones al imputado bajo vocablos como "*caco*" o "*malviviente*", lo cual deja traslucir algo mucho más denso y personal que lo que debiera implicar el mero cumplimiento de la tarea propia del operador judicial. Recordaremos aquí que "*Caco*" era un personaje de la mitología romana vinculado con lo malvado, lo feo, lo pseudo humano, lo indeseable. Virgilio en su Eneida lo describió de la siguiente manera: "...

hubo una espaciosa caverna, inaccesible a los rayos del sol, en que habitaba el horrible monstruo Caco, medio hombre y medio fiera; su suelo estaba siempre empapado de caliente sangre; en sus odiosas puertas pendían clavadas, multitud de pálidas y sangrientas cabezas” (Virgilio, 1985). Casi tres milenios más tarde, en cientos de expedientes leemos cómo ese lenguaje es ampliamente utilizado por la agencia policial, pero también por jueces y fiscales. Se llega a naturalizar de tal manera, que incluso se filtra en sentencias de tribunales superiores: “si el agredido no se hubiera resistido o no hubiera agredido al caco, seguramente jamás se habría producido el disparo” –SCBA causa P. 111.207-; “no dudaron los cacos en llevar adelante la eventualidad del uso del arma de fuego” –sentencia de la Sala IV del Tribunal de Casación en causa N° 61.910-; “...fue el mismo con el que los cacos interceptaron su marcha” –SCBA causa P 74.609-; “...desde el momento en que los cacos caminaron con el dinero en su poder... nada impedía que los cacos compraran algo” –Sala II de la Cámara de Apelación de Morón citada en causa SCBA P 49.266-; “no me genera duda alguna que los malvivientes al ver ‘empañado’ su designio furtivo, súbitamente abrieron fuego...” –misma sentencia de la Sala IV del Tribunal de Casación-). Vemos, entonces, cómo ese léxico que, utilizado hoy día, remite y responde a un derecho penal de autor que puja por retrotraer cualquier avance en torno al respeto de las garantías penales/procesales constitucionalmente consagradas, incluido entre ellas el trato digno de todo imputado como ser humano que es. Así, la ideología que informa e implementa dicho lenguaje logra imponerse en el discurso judicial, dando como resultado final una sentencia que, como productora social de significado que es, contribuye a la naturalización del estereotipo deshumanizante *catódicamente* generado y, en definitiva, termina decantando en una –no tan- indirecta pero segura estigmatización de la pobreza y de los ciudadanos que prestan sus cuerpos para integrar los segmentos más vulnerados de las estructuras sociales.

#### 4) Testigos condicionados

Pero si el discurso político-criminal de los medios hegemónicos talla en jueces y fiscales quienes, a partir de su contacto cotidiano con las realidades policiales, deberían estar dotados de una mayor capacidad de detección de lo falaz, de igual –o peor- manera influye en el resto de los/as ciudadanos/as que, eventualmente, serán quienes aporten sus testimonios en las investigaciones penales. Cobra vitalidad lo dicho por Bruner (2003:41) en punto a que “*Los recuerdos basados sobre evidencias oculares o aun sobre repentinas iluminaciones están al servicio de muchos patrones, no sólo de la verdad*”. A este respecto, cabe destacar que unos días atrás, el periódico Página 12 publicó una entrevista a un biólogo neurocientífico del CONICET, Fabricio Ballarini, intitulando la nota con una afirmación terriblemente perturbadora lanzada por el entrevistado: “Ningún Recuerdo es Verdadero”.

Creemos que todo lo que vivimos lo podemos hacer una copia en la cabeza y que, cuando se lo evoca, se reproduce una memoria exacta. Ningún recuerdo es verdadero. Se entra en fases de olvido y cada vez que se lo evoca hay un montón de detalles que se pierden o se modifican. En un recuerdo entran en juego las emociones, los intereses, la subjetividad, si te conviene o no, a veces te conviene olvidar determinadas cosas y eso tampoco se elige. Hay estadísticas que muestran que existieron un montón de condenados a crímenes por testigos presenciales que se confundieron o le vieron la cara parecida al verdadero culpable. En situaciones de estrés, guardar una información es muy complicado y evocarlo peor. Entonces, ¿por qué habríamos de creerle a una persona que vivió esa situación? Es muy fácil implantar un recuerdo. En este experimento con los oyentes se logró implantar un recuerdo falso a un 70 por ciento desde un medio de comunicación, lo cual es inquietante (Olaberría, 2015).

Mucho más que inquietante.

A propósito de implantar recuerdos, y volviendo a la reflexión en torno a las actuaciones espurias de las fuerzas de seguridad, una práctica recurrentemente denunciada es la ilegal utilización de los álbumes fotográficos que contienen las imágenes de los *delincuentes de la zona*. Sobran los casos en los que puede leerse en el expediente cómo los/as testigos que pudieren brindar algún detalle en punto a la identificación del perpetrador, son llevados/as por los efectivos a la sede policial en donde, sin ningún tipo de control de la Defensa -o de cualquier otro organismo que sea ajeno a los intereses punitivistas-, les son exhibidas una serie de fotografías<sup>1</sup> de algunos/as de los ciudadanos que alguna vez hubieren pisado un calabozo policial con motivo de alguna causa penal o por el simple hecho de haber sido víctimas de la cuestionada detención por averiguación de identidad (aclaración esta última que en modo alguno se le realiza al testigo). Cabe destacar que las más de las veces, a los testigos no se les exhibe el álbum completo, sino que directamente se los direcciona rápidamente hacia aquellos fotografiados que a la agencia policial le interesa que sean señalados. Recordaremos aquí que el llamado *reconocimiento fotográfico* está previsto en varias legislaciones procesales de distintos modos; en la bonaerense, el art.261 del Código de Procedimiento estipula que “Cuando sea necesario identificar o reconocer a una persona que no está presente y que no pudiere ser habida, de la cual se tengan fotografías, se presentarán en número no inferior a cuatro (4), con otras semejantes, a quien debe efectuar el reconocimiento. En lo demás, se

<sup>1</sup> También hemos tomado conocimiento de casos en donde con iguales fines, los policías acudieron a la plataforma Facebook para exhibirle a los testigos fotos de quienes quieren que resulten imputados de un hecho.

observarán las disposiciones precedentes [referidas a los reconocimientos en rueda de personas]. // Este procedimiento también se aplicará cuando el imputado se niegue u obstruya el desarrollo del acto”. Vemos, entonces, que el Código supedita fatalmente la posibilidad de efectuar un reconocimiento fotográfico, al hecho de no poder llevarse a cabo un normal reconocimiento en rueda de personas (cnf. arts. 257 y ss. del Código procesal bonaerense). De allí que los reconocimientos fotográficos efectuados en comisarías, salvo que se hubiera imputado formalmente a una persona y se la hubiere notificado de la necesidad de que se presentare para un reconocimiento en rueda –y no hubiere concurrido–, contravienen abiertamente nuestra legislación y en modo alguno pueden ser tolerados por los operadores judiciales. No sólo eso, sino que además, incluso aceptando por hipótesis la viabilidad de los reconocimientos fotográficos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la imposibilidad de que la Defensa controle la producción de dicha diligencia (ya sea porque los policías los realizan a las pocas horas de acaecidos los hechos delictivos, o porque incluso cuando son realizados con posterioridad, no son notificados), hace que los recaudos previstos normativamente en salvaguarda de las garantías constitucionales, no sean cumplimentados siquiera mínimamente.

De esta manera, tenemos cientos de testigos que habiendo fijado en sus mentes uno de los rostros de las fotografías exhibidas por la agencia policial a partir de procedimientos completamente irregulares y reprochables, acuden luego a participar de reconocimientos en rueda de personas, cuyos resultados aprovechará el/la juez/a para tener por probada la autoría de un hecho delictivo investigado. Sorprende que esta práctica ostensiblemente vulneratoria de las mínimas garantías procesales, lejos de ser ocultada por las fuerzas de seguridad y los judiciales a cargo de la investigación, son recogidas y convalidadas en sentencias que niegan (explícita o implícitamente) su absoluta ilegalidad, y minimizan su incidencia determinante en los resultados de una causa penal, refiriéndolas como constitutivas de apenas meras “pautas orientativas de las pesquisas” (ver, por ejemplo, la sentencia de Sala III del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en la causa número 132 -N° 3892 del registro de la Presidencia-, caratulada “Recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal en causa N° 572”)<sup>2</sup>.

---

2 Cabe aclarar que, excepcionalmente, se han dictado fallos que denunciaron la utilización de los álbumes policiales, como por ejemplo la resolución del Juzgado Contencioso Administrativo n°1 de La Plata del 8 de julio de 2005 en la causa “Asociación Civil Miguel Bru Y Otro/A C/ Ministerio De Seguridad S/ Materia A Categorizar”; o la del Juzgado de Garantías del Joven Nro. 2 de Mar del Plata del 24 de julio de 2011 en la causa “Ravino, Juan Manuel S/ Habeas Corpus-Habeas Data”; entre otras.

Sin perjuicio de lo anterior, e incluso teniendo presente que, aunque “La mente del hombre, por más ejercitada que esté su memoria o refinados sus sistemas de registro, nunca podrá recuperar por completo y de modo fiel el pasado” (Bruner, 2003:130), bajo ningún concepto pretendemos relativizar la capacidad testimonial de los individuos al punto de negar toda posibilidad de su utilización como prueba en el marco de un proceso penal. No obstante, sí resulta importante destacar que dentro de un marco normativo/jurisprudencial que impone el respeto de distintas garantías del/la ciudadano/a, entre las que se cuenta el principio de inocencia -y su derivación, “*en caso de duda, se estará por la absolución*”-, deviene imprescindible para los magistrados que acusan y condenan un análisis puntilloso del plexo probatorio en busca de una impoluta univocidad en punto a la identificación del imputado como perpetrador del hecho, sobre todo cuando los elementos de cargo reconocimientos en rueda u otras formas de testimonios. Pero incluso mediando una linealidad incontestable en la sindicación del imputado como responsable, previo a validar una versión de los hechos, es un deber impostergable del juzgador/a hacerse las preguntas indicadas por Bruner (2003:43): “¿De quién es la perspectiva [que está validando], y con qué finalidad se hipoteca, ontológica o políticamente, su relato?”.

##### 5) El mito de la ecuanimidad Judicial

Ahora bien, volviendo a la *meteorología del sentido común*, vemos que en el referido *clima de verdad* se inserta cómodamente un relato judicial que, con honrosas excepciones, termina encarcelando a quienes la hegemonía mediática señala. Y a pesar de que la inobjetable sobrerrepresentación en las cárceles bonaerenses de los jóvenes de entre 18 y 25 años provenientes de sectores populares, pone en absoluta evidencia una política-criminal arbitraria y antidemocráticamente sesgada, la confianza que la ciudadanía deposita en el sistema de justicia penal goza de salud plena, y toda propuesta mediática, política o judicial que refleje un espíritu patibulario, sigue siendo sumamente bien recibida por una buena parte de la ciudadanía.

Leemos en Bruner distintos elementos de su obra que nos ayudan a intentar explicarnos cómo es que se mantiene -más o menos- intacta dicha legitimidad de la jurisdicción:

se cimienta sobre la persuasión consolidada de que tendrán justicia en el juzgado y que serán tratados como lo fueron otros antes (...) La legitimidad del derecho reside no sólo en el solemne ritual del tribunal, sino en su arcano lenguaje especializado, que es cultivado de modo asiduo por los abogados para conservar la apariencia de la autoproclamada distancia y doctrina (2003:70).

Desde luego, Bruner reflexiona inmerso en un paradigma jurídico anglosajón que en sí mismo presupone al precedente jurisprudencial como

el capítulo de la gran novela que todo/a juzgador/a habrá de continuar escribiendo en cada oportunidad de fallar sobre un asunto asimilable al anterior (Dworkin, 1997:165). Sin embargo, y a pesar de la distancia entre las dinámicas jurídicas continental y anglosajona, vemos que en nuestra praxis judicial la ciudadanía en general, lega en lo jurídico, se ve absolutamente cautivada y acallada por las esdrújulas y los latinazgos de los jurídicamente cultivados, y siempre y cuando vaya acorde con los lineamientos pregonados por los multimedios hegemónicos masivos de comunicación, la resolución adoptada es aceptada y validada como el resultado de un proceso ascético de desentrañamiento de la verdad histórica. Claro está que, del otro lado de las rejas, quienes soportan las persecuciones penales poco ven de objetivo e impoluto en un rito repleto de vocablos completamente ajenos a su léxico personal, oralizados por operadores con quienes no se identifican en lo más mínimo, toda vez que en nada se parecen a las personas que rodean su propia cotidianeidad, porque visten distinto, tienen otro color de piel, pronuncian de manera distinta el mismo idioma, no padecen las privaciones que él/ella y su gente padecen, etcétera. Sin embargo, la voz de estos últimos no tiene volumen político y, por ende, no sólo no permea en los ciudadanos que no son clientes del sistema penal, sino que además carece de toda posibilidad de influir en la jurisdicción.

Es en el marco de ese temor reverencial de la sociedad en general, en el que fiscales y jueces imponen categóricamente sus propios deseos -y los del segmento social de donde abrevan- de resolución de los conflictos penales, para luego buscar los rudimentos técnicos que le permitan fundar su decisión de modo que aparente ser la resolución, el resultado indefectible proceso objetivo de subsunción legal. A tal fin, sobran los recursos disponibles para alcanzar los magistrados sus objetivos: cuando la letra de la ley -en sentido formal- aplicable no coadyuve a su proyecto de resolución, siempre existe la posibilidad de echar mano a una forma de interpretación, a algún principio general del derecho, a una manda constitucional, una reglamentación, una jurisprudencia de tal o cual tribunal, un pronunciamiento de alguna Corte internacional o al criterio de algún órgano de tratado internacional: “siempre que un juez pretende haber descubierto la intención detrás de algún párrafo de legislación, lo único que está haciendo es levantar una cortina de humo detrás de la cual el juez impone su punto de vista personal sobre lo que considera que la ley debería ser” (Dworkin, 1997:146). Además, el capital simbólico acumulado por la judicatura le permite hacer un uso -las más de las veces- impune del amplio repertorio de falacias disponibles, con una única condición de efectividad que es que la conclusión acate las líneas editoriales massmediáticas.

A este respecto, por demás interesante resulta la reflexión de Duncan Kennedy (1999:91) en torno al proceso de construcción de una decisión ju-

risdiccional. Dice el autor que siempre se presenta el “conflicto entre lo que ‘la ley’ exige y ‘la-sentencia-a-la-que-yo [juzgador]-quiero-llegar””, proceso que termina siendo dirimido por alguna/s de las múltiples eventuales motivaciones que puedan estar en juego: expectativas en torno a la recepción del fallo en la comunidad (jurídica o civil), reproducción de los criterios del órgano que eventualmente revisará el pronunciamiento, formación política y/o ideológica del juez/a, sobornos, intento de ganar un favor político, etc. Baste referirnos, para ejemplificar lo señalado, lo que ocurre en la dinámica de las excarcelaciones en el proceso penal –bonaerense, al menos-, donde incluso a pesar de ostentar nuestro ordenamiento jurídico normas como el propio art.18 de la Constitución Nacional que establece que “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo...”, y con el art.21 de la Constitución Provincial que establece como regla que “podrá ser excarcelada o eximida de prisión la persona que diere caución o fianza suficiente...”, siempre que el/la imputado/a encaje en el estereotipo criminal massmediáticamente impuesto, la judicatura habrá de acudir invariablemente a la prisionización preventiva del acusado, subvirtiendo así las mandas constitucionales que estipulan la libertad durante el proceso como regla. A tal fin, bastará con afirmaciones dogmáticas que declamen la supuesta existencia de “peligros procesales”, para encarcelar a una persona sin condena. En última instancia, “la argumentación jurídica no es otra cosa que la manipulación del material jurídico” (Kennedy, 1999:122).

No obstante lo anterior, la plasticidad del ordenamiento jurídico pasa a un plano secundario cuando de *desarmar* causas se trata. En estos casos, la relevancia máxima radica en el grado de perspicacia que se utilice a la hora de revisar críticamente el plexo probatorio llevado a juicio. La tesitura que adopte la judicatura (y el/la mismo/a fiscal que, conforme la normativa procesal bonaerense, tiene que “adecuar sus actos a un criterio objetivo debiendo formular los requerimientos e instancias conforme a este criterio, aún a favor del imputado” –art.56 CPP-) a la hora de evaluar los elementos de cargo y descargo que hubieren sido recabados o referidos, terminará decidiendo la opción por una respuesta conforme hegemonía o, por el contrario, por una contrahegemónica.

De decidirse por la primera de las opciones, esto es, condenar a la víctima que las fuerzas de seguridad seleccionaron para sufrir injustamente la prisión, teniendo presente lo dicho en cuanto a la función del discurso jurídico como creador de sentido, el magistrado termina legitimando y reforzando el estereotipo massmediáticamente impuesto del *delincuente*. En ese caso, el/la juzgador/a podrá estar tranquilo de que los sectores de la sociedad cuyas voces tienen verdadero peso institucional (y que, eventualmente, podrían generarle inconvenientes a su estabilidad laboral) secundarán su decisión en tanto coincida con la realidad *catódicamente* impuesta, es decir,

siempre que el condenado sea un joven de tez morena, ropa deportiva y gorra, y con un léxico atravesado por el argot carcelario. Claramente será ésta la decisión que menos consecuencias negativas le acarree al magistrado (si sacamos de la base de cálculo a la moral, claro está), suponiendo el reducido costo de verse obligado a fingir -en mayor o menor medida, dependiendo de su propia capacidad crítica- que lo/a embarga la firme convicción de la culpabilidad del/a imputado/a, incluso a pesar de los distintos puntos oscuros que pudiere haber notado en el plexo probatorio como ser, por ejemplo, que la prueba se reduzca a meras declaraciones policiales, o que las llamadas anónimas sean de dudosa procedencia, o que diversas líneas hipotéticas exculpatorias no hubieren sido debidamente investigadas, o que los/as testigos hubieren sido inexactos/as o condicionados previamente, etc.); en última instancia, cuando el/la imputado responda a la estética de lo feo (Zaffaroni, 1998:134-135), de lo marginal, de lo que probablemente haya delinquido o, en todo caso, vaya a delinquir en el corto plazo, su condena aunque no se apoye en la verdad de lo sucedido, tampoco será una carga tan pesada a la hora de conciliar el sueño.

Por el contrario, la opción por la alternativa contrahegemónica, como tal, supone necesariamente consecuencias [“Mi poder legitimador se reduce o aumenta sólo cuando intento hacer algo fuera de lo común” (Kennedy, 1999:127)]. Hemos de decir que, excepcionalmente las mismas pueden tener matices positivos, toda vez que una resolución de este tipo puede redundar en un mejor posicionamiento relativo del/a juzgador/a para con un determinado grupo progresista, por ejemplo; pero sin lugar a dudas, la reiteración de elecciones contrahegemónicas habrá tarde o temprano de acarrear represalias de los factores de poder real, máxime cuando la hegemonía que se ataca no sólo cuenta con la opinión pública massmediáticamente manipulada en su favor, sino que además el orden de cosas por ésta establecida protege y ampara el funcionamiento de organizaciones criminales estatalmente amparadas, cuyo accionar delictivo quedaría irremediablemente expuesto por una decisión judicial que denuncie las manipulaciones en las investigaciones.

### **Palabras finales**

El discurso jurídico se construye en un entretejido de discursos sociales diversos, aludidos y eludidos en cada tramo de esa construcción – y no por azar-. No deviene ni de la pura razón, ni de dios; es parte de la cultura, es contingente y cambiante, es opaco, atravesado por ficciones, y su trama es la de un relato peculiar que constituye realidades, relaciones, sujetos, que legitima o deslegitima pedazos del mundo (...) (Ruiz, 2014)

Los/as jueces/zas y fiscales son los/as principales protagonistas y factores/as de dicho discurso jurídico, y es precisamente de ellos/as de quienes pende el encarcelamiento de ciudadanos/as inocentes injustamente acusados de haber cometido hechos fraguados por las fuerzas de seguridad. La perspicacia, decencia y valentía de cada magistrado/a es puesta a prueba una y otra vez por las lógicas mafiosas del crimen organizado al servicio de los poderosos, en un marco dentro del cual los sectores populares no sólo sufren la marginalidad impuesta por el modelo económico y la estigmatización por estereotipación, sino que además padecen la crueldad de un poder punitivo que pesa billeteras para decidir la reclusión en las condiciones carcelarias más violentas e inhumanas que puedan imaginarse.

Resulta fatalmente decisiva la comprobada capacidad de los medios de comunicación a la hora de construir hegemonía en torno a las facetas de la vida democrática, pero especialmente visible es la influencia que ejercen en materia político-criminal. Asimismo, imponen nuevas lógicas comunicacionales (“*Planos breves, repetición y acumulación de imágenes*” -Ruiz, 2001-) que tornan verdaderamente dificultosa la resistencia de los bienintencionados, sobre todo en un paisaje de concentración de la propiedad de los medios de comunica(manipula)ción masiva, no sólo en escala nacional sino además regional e incluso global.

Con el pesimismo de la inteligencia, nos permitimos decir que los Hércules (conforme Ost, 2007) del mundo jurídico penal poco pueden hacer para sobreponerse a una Hidra massmediática que cumple su misión de manera sumamente eficaz. Con el optimismo de la voluntad, creemos que, en la praxis cotidiana, cada inocente que es librado del encarcelamiento injusto, significa una verdadera contribución insoslayable a la que está obligado/a todo/a operador/a jurídico en el marco de la responsabilidad transgeneracional que nos impone la función pública. A diferencia de lo sucedido en el relato mitológico, los/as Hércules de nuestros días debemos sacar a relucir nuestra suspicacia y no dejarnos engañar por lo que se nos presenta como ostensible: el hecho de que mujan los bueyes en la caverna de Caco, no significa que Caco haya perpetrado del hurto.

## Bibliografía

ARES, J. L. (2011). *Caso Sal Lari: absurdo y paradójico*. Recuperado de <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-166942-2011-04-25.html>.

BRUNER, J. (2003). *La fábrica de historias. Derecho, literatura, vida*. Méjico DF: Fondo de Cultura Económica.

BERGER, P. L. Y LUCKMANN, T. (1986). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu.

CÁRCOVA, C. M. (2007). *Las teorías jurídicas post positivas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Lexis Nexis.

DWORKIN, R. (1997). *Cómo el derecho se parece a la literatura*. En *La decisión Judicial. El debate Hart-Dworkin*, estudio preliminar de César Rodríguez. Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre editores.

KENNEDY, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial: una fenomenología crítica*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

KOLLMANN, R. (2011). *El complicado caso Candela*. Recuperado de <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-179531-2011-10-23.html>.

MARÍ, E. E. (1993). *Papeles de Filosofía*. Buenos Aires: Editorial Biblos.

OLABERRÍA, G. (2015). 'Ningún recuerdo es verdadero'. Recuperado de <http://www.pagina12.com.ar/diario/dialogos/21-287216-2015-11-30.html>

OST, F. (2007). Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 4, Número 8.

QUIÑONES, R. (2014). *Mirando la paja en el ojo ajeno*. Recuperado de <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-248176-2014-06-09.html>

RUIZ, A. E. C. (2001). *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

RUIZ, A. E. C. (2014). Jueces y memoria. *Jurisprudencia Argentina "Los derechos fundamentales en la constitución: interpretación y lenguaje"*, Número especial, Fascículo 9.

RUIZ, A. E. C., DOUGLAS PRICE J. E. & CÁRCOVA C. M. (2014). *La letra y la ley: estudios sobre derecho y literatura*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.

RODRÍGUEZ, C. (2015). *Mangeri, perpetua por el femicidio de Angeles*. Recuperado de <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-277217-2015-07-16.html>

VIRGILIO. (1985). *La Eneida*. Madrid: Editorial Edaf.

ZAFFARONI, E. R. (1998). *En busca de las penas perdidas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora Comercial Industrial y Financiera.

## Municipios: ¿Modernización o privatización?

Por Verdolini Valeria S. \*

Cada vez es más frecuente encontrar en los distintos municipios de la Provincia de Buenos Aires ejemplos de privatizaciones o concesiones que hacen los fiscos locales de las distintas etapas que conforman la recaudación, delegando de esta manera directamente el ejercicio de funciones esenciales del Estado en materia tributaria.

Especialmente a partir de la reforma constitucional de 1994 (con la consagración que allí se ha logrado del principio de autonomía municipal del artículo 123), y de sus reflejos en las distintas jurisdicciones provinciales, se han arbitrado en los municipios, con independencia de su magnitud poblacional o geográfica, mecanismos tendientes a optimizar su funcionamiento a partir de la aplicación de un peligroso dispositivo recaudatorio consistente en lo que se conoce como privatización o tercerización de las funciones municipales.

De esta forma, los municipios delegan en empresas privadas o estudios de profesionales (generalmente bajo la forma legal de “consultoras”) la función pública consistente en determinar la existencia y cuantía de los créditos fiscales cuya retribución, casualmente, consiste en un porcentaje de lo que se recaude.

Esta idea de privatizar el cobro de impuestos no es nueva en la Provincia de Buenos Aires. La experiencia cuenta con numerosos antecedentes: Pilar, Quilmes, Cañuelas, por mencionar algunos municipios que han tercerizado por ejemplo la provisión del equipamiento informático, la capacitación del personal municipal, la digitalización de los planos de obra (que en la mayoría de los municipios hoy existe solo en formato papel), el relevamiento geoespacial para actualizar el catastro y por supuesto las gestiones de cobro.

Claro está que no veríamos con buenos ojos si la AFIP decidiera contratar una empresa a quien se le encomiende la verificación de la exactitud de las declaraciones juradas de bienes personales o del impuesto a las ganancias de los contribuyentes, fijando como mecanismo de retribución de tales servicios un porcentaje sobre lo que se recaude como consecuencia de la revisión de aquellas, extremo que constituye una función pública indelegable que inequívocamente debe ser cumplida por agentes públicos integrantes de la estructura de recursos humanos del Estado, sujetos, por ello, al poder disciplinario del mismo y a las responsabilidades civiles y penales pertinentes.

Por supuesto que los argumentos a favor son bastante convincentes, esgrimiendo la búsqueda de una mejora en la calidad administrativa, que tiene como fundamento principal modernizar al municipio dotándolo de

tecnología a partir de la incorporación de herramientas técnicas y capacitación del personal.

Sin embargo, estos argumentos no son más que los utilizados en cualquier proceso de privatización de un servicio público que hemos vivido en nuestro país. De esta manera se infra valorizan los recursos (de todo tipo: humanos y técnicos) del Estado para justificar el desembarco del capital privado, más eficiente y más avanzado según sus defensores.

Claro que, desde el punto de vista constitucional, no parece ser ésta una práctica admisible, puesto que las potestades de aplicación, gestión, verificación y posterior recaudación de los gravámenes no son susceptibles de ser transferidas fuera de la órbita estatal, por elementales razones ligadas a su estrecha relación con el principio constitucional de reserva de ley, a la vez que se vacía al Estado del ejercicio de sus funciones vitales e intrínsecas a su existencia.

Los tributos constituyen prestaciones obligatorias en dinero (o en especie) exigidas por el Estado en ejercicio de su poder de imperio y en virtud de ley, que dan lugar a relaciones de derecho público. Esto implica que el tributo debe cobrarse con arreglo al principio de indisponibilidad del crédito fiscal y como tal no puede ser privatizado o tercerizado en un sujeto particular, toda vez que la función de control fiscal y determinación de deuda fue delegada monopólicamente al Poder Ejecutivo –Jefe de Gabinete en el orden nacional- y como tal es una función indelegable (artículo 100 inc. 7 de la Constitución Nacional y 144 inc. 9 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), la que además es resguardada por el instituto del secreto fiscal.

Así, la privatización o tercerización de las funciones que integran las distintas etapas de la recaudación tributaria encuentra otra limitación mediante el instituto del secreto fiscal, en tanto aborda la protección del dato puesto bajo resguardo de la administración tributaria.

No podemos omitir considerar que la función pública de la recaudación constituye un quehacer estratégico del gobierno. Dicho esto, la privatización de la misma pone en jaque el aparato fiscal cuando colocamos en manos privadas las bases de datos que contienen todo lo relacionado a la identificación de los contribuyentes y la determinación (tanto la realizada por el particular como la efectuada por el fisco) de sus tributos.

Ni hablar de la retribución de un porcentaje a favor del recaudador privado que se opone al destino del tributo, afectando el mandato constitucional de contribuir y la cláusula de formación del tesoro.

Llama la atención la ideología neoliberal que se esconde detrás de estas privatizaciones de áreas propias de la función pública, bajo el pomposo mote de “modernización”, que no es otra cosa que la mera privatización, es decir, pasar la gestión de la cobranza y apremio a manos privadas.

Sin embargo, se esgrimen deficiencias en la gestión pública municipal, desde la mala atención de los empleados de “Rentas”, la desactualización de los sistemas informáticos hasta los problemas de calidad. Pero dicho esto, es importante comprender que las soluciones deben buscarse dentro de la misma administración.

Con los servicios de un contratista externo que “colabora” con las tareas propias del Estado, no solo se desdibuja la función propia del organismo, no lo complementa ni mejora, sino que le quita su especificidad: el control y la recaudación fiscal.

Resulta plausible todo intento del Estado destinado a modernizarse con el objeto de enfrentar los nuevos desafíos que encierra la gestión de los asuntos públicos. En ese contexto la iniciativa privada puede coadyuvar a través del suministro de tecnología, insumos, conocimiento, etc.

Las herramientas de la modernización del Estado deben buscarse en las jornadas de actualización de la Asesoría General de Gobierno; en el asesoramiento tributario del Ministerio de Economía; en la asistencia continua de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires, quien, sin ir más lejos, desarrolló un programa destinado exclusivamente a la modernización municipal, brindando capacitaciones, fiscalizaciones, jornadas de recaudación, herramientas tecnológicas y geoespaciales de última generación.

Las herramientas gratuitas para hacer frente a estas concesiones municipales existen y pretenden dar batalla a las transacciones de los gobiernos municipales con el objeto de poner a resguardo las garantías constitucionales de los contribuyentes y el destino de la recaudación.

\*Abogada UNLP – Especialista en Derecho Tributario UBA



## SEMINARIOS DE GRADO

REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN | Año 2 N° 4 | Invierno 2017

PORTADA: SERGIO MICHAEL ÁLVAREZ |  
DE LAS MÁRGENES Y OTRAS ORILLAS.

OBRAS A LA VENTA

## Rojo Entrañas

Todo se licua y es de un color indefinido.

Hay un reloj debajo del agua y unos hombres, con alma de pez, buscándolo. Las mujeres esperan apedreando ropa en las orillas y, entre golpe y golpe, fantasean con las imágenes de niños que no regresaran.

Tic-tac lento. Turbiedades del tiempo.

Rojo entrañas desde mí hasta el azul.

Se escalonan los sueños como ovillando la vida hacia atrás. Hacia lo que fue. Rescato mis pies de río que quieren ser mar. Acaricio tu fondo y arrastro arenas dulces. Construyo castillos de agua y te los regalo. Se deshacen mis fortalezas entre tus manos de sal y, juntas, se escurren hasta lo más profundo de una mirada que no es río ni es mar.

## Educación: un derecho de los pueblos originarios

Por Simeone Iván Alejandro

### Resumen

El presente trabajo que he decidido nombrar “Educación: un derecho de los pueblos originarios” es realizado en el marco del Seminario de grado “La Justiciabilidad de los Derechos Sociales. Los estándares internacionales en la justicia bonaerense”. Se elabora un estudio sobre el derecho a la educación reconocido a los pueblos originarios. Partiendo de su conceptualización, se elabora un análisis de la normativa aplicable al derecho a la educación, desde los tratados internacionales hasta la normativa local de la Provincia de Buenos Aires, para contrastar esa construcción ideal de la educación con la realidad vigente a partir de las falencias en su ejecución, fundamentalmente por la política educativa, en torno a los pueblos originarios.

Palabras Claves: educación intercultural, Estado, pueblos originarios, obligaciones, política.

### Introducción

La educación intercultural bilingüe (EIB) es un modelo educativo que tiene como propósito la transmisión y participación de los conocimientos, costumbres y tradiciones ancestrales. En su aplicación, la EIB se encuentra íntimamente ligada a las contingencias sociales que viven los pueblos originarios y forma parte de un cúmulo de derechos humanos. Esos derechos reconocidos, tanto en los tratados internacionales como en las normativas locales, deben ser garantizados por los Estados a través de sus políticas públicas.

La característica principal del derecho a la educación a los pueblos originarios, es que debe darse en el marco del respeto por la identidad cultural, sin discriminación, acorde a las creencias y al lenguaje nativo de las comunidades aborígenes. Por lo tanto, la educación indígena cuenta de dos ejes centrales que son la interculturalidad y el bilingüismo, pero ambos se ven amenazados por la globalización educativa.

Para analizar esta problemática es necesario mencionar sus causas. Una de ellas es la falta de implementación continua y a gran escala, de programas estatales educativos interculturales en la región de Latinoamérica. En Argentina, “(...)hay una profunda escisión entre las declaraciones de derecho y la práctica política y social (Diez, 2004:191)”

Otra de las causas, es la falta de acceso y reclamos a los órganos de justicia por parte de los pueblos originarios, que responde a su incipiente reconocimiento de derechos en las constituciones nacionales y en corolario, el desconocimiento que tienen de ellos.

Por las razones esgrimidas, la EIB carece de calidad y alcance, impidiendo la transmisión de conocimientos indígenas y, esa consecuente desvalorización, viene acompañada de pobreza cultural, detrimento de la lengua y, lo que no es poco, pérdida de su identidad.

### **Objetivos perseguidos de esta investigación**

Analizar, en base a tres fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relacionados al derecho a la educación de los pueblos originarios, el grado de implicancia que adquirirían en el futuro para Argentina.

Diferenciar la actividad de los tres poderes del Estado (Legislativo, Judicial y Ejecutivo) y la influencia que ejercen sobre el derecho a la educación de los pueblos originarios.

Verificar, en nuestro universo de estudio, si es posible la realización plena de la Educación Intercultural Bilingüe en Argentina.

La estrategia empleada en el presente trabajo fue comenzar por el marco conceptual y la importancia del derecho a la educación, en interdependencia con otros derechos humanos. Son fundamentales las “4 A” de la Relatora de Las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, ya que sirve de base para entender los objetivos que debe tener la política educativa de los estados.

Asimismo, se realizó un análisis histórico normativo desde el enfoque educacional, de los derechos reconocidos en Argentina a los pueblos originarios que llevó a la construcción teórica de la Educación Intercultural Bilingüe.

Han sido utilizadas estadísticas de la Provincia de Buenos Aires (y en comparación con el plano nacional) para tener un reflejo de la situación actual y entender aún más la problemática. Además, fueron consideradas las críticas del investigador del Comité de Derechos Humanos en la última visita a nuestro país.

Fue necesario entender el marco jurídico del derecho a la educación y las obligaciones asumidas internacionalmente por parte del Estado argentino para adentrarse en las falencias del mismo, a la luz de la Observación General N°3 del Comité de Derechos Humanos, en asegurar el derecho a la educación en las comunidades aborígenes. A su vez, se utilizaron fallos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde varios países tuvieron sentencias adversas, por el incumplimiento y la falta de medidas protectorias de los derechos humanos. También, se hizo hincapié en la falta de jurisprudencia de casos relacionados con el derecho a la educación de los pueblos originarios en nuestro país.

Culmina la investigación evaluando si los objetivos planteados en el comienzo fueron alcanzados y que reflexiones personales se pueden sacar al respecto.

## II) El derecho a la educación

### Conceptualización

En la actualidad, acercar una definición del derecho a la educación no es tarea sencilla, debido a que, a lo largo de los años, el concepto ha ido evolucionando por el avance del derecho internacional para acercar respuestas a las problemáticas sociales de los países. Brindar una educación accesible, de calidad y en igualdad de oportunidades para toda la sociedad son principios del derecho a la educación que funcionan como una herramienta para lograr la erradicación de la pobreza. Por eso, el derecho a la educación se relaciona a su vez con otros derechos humanos, como el derecho a la salud, trabajo, igualdad, no discriminación, participación ciudadana, derechos políticos y libertad de expresión, entre otros. En resumen, una persona con una formación integral educativa de calidad acrecentará sus oportunidades a conseguir un empleo mejor, y/o desarrollar una actividad profesional, obtener fluidez en su comunicación y conocimientos, tanto para la defensa de sus derechos como también para el desarrollo pleno de su humanidad.

Para que las personas puedan desarrollarse a lo largo de todo un proceso educativo es necesario el acompañamiento de las políticas públicas y el rol del Estado, como también de las provincias. La Convención de los Derechos del Niño dice en su art. 29 inc. A que los Estados deben velar por el desarrollo de la personalidad, aptitudes y desarrollo psico-físico del niño hasta el máximo de sus posibilidades. Sobre dicho artículo se realiza la Observación General N°1 de la Convención en el año 2001, que dice

(...) el objetivo principal de la educación es el desarrollo de la personalidad de cada niño, de sus dotes naturales y capacidad, reconociéndose el hecho de que cada niño tiene características, intereses y capacidades únicas y también necesidades de aprendizaje propias (...) (Comité de los Derechos del Niño, 2001).

A su vez, en el plano del derecho internacional, la Observación General N° 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que "...la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos..." Asimismo, destaca que

(...) la educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. Está cada vez más aceptada la idea de que la educación es una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer, pero su importancia no es únicamente

práctica pues dispone de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, lo que es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana (...) (Comité de los Derechos del Niño, 2001).

Para finalizar la conceptualización, el Foro Mundial sobre la Educación Dakar (Senegal) del año 2000, describe que

(... ) la educación es un derecho humano fundamental, y como tal es un elemento clave del desarrollo sostenible y de la paz y estabilidad en cada país y entre las naciones, y, por consiguiente, un medio indispensable para participar en los sistemas sociales y económicos del siglo XX(...) (PIDESC, 1976).

Asimismo, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos establece que (...) la educación en materia de derechos humanos y la difusión de información adecuada, sea de carácter teórico o práctico, desempeñan un papel importante en la promoción y el respeto de los derechos humanos de todas las personas sin distinción alguna por motivos de raza, sexo, idioma o religión y debe integrarse en las políticas educativas en los planos nacional e internacional(...) (Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, 1993).

#### **a) Obligaciones de los Estados**

El artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante el PIDESC) deja al arbitrio de los Estados Partes interesados la elección de medidas, sobre todo legislativas, hasta el máximo de los recursos de que disponga y en forma progresiva la aplicación del Pacto en sus territorios. Además, deben garantizar el cumplimiento de los derechos “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...” (PIDESC, 1976).

El Estado debe respetar, proteger y cumplir los derechos sociales, entre ellos, el derecho a la educación, lo que incluye, a su vez, dentro de la faceta de cumplir, la de facilitar y proveer.

He de aquí que el Comité del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en reiteradas oportunidades, menciona que el derecho a la educación reconocido en el Pacto es una imposición al Estado de obligaciones de comportamiento y resultado.

Por lo tanto, el Estado debe evitar restringir o limitar el derecho a la educación por sus propias acciones o medidas. También, debe proteger

que terceros interfirieran en el ejercicio de este derecho y establecer medidas sancionatorias, utilizando principalmente la actividad legislativa. Además, el Estado debe tomar medidas positivas para que los individuos o comunidades puedan gozar del derecho a la educación y, en caso de que no puedan facilitárselos por sus propios medios, el Estado es quien debe brindarle la asistencia suficiente.

### **b) Esquema de las “4 A”**

Adicionalmente a las obligaciones de los Estados (descriptas en el título anterior), la ex Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación de las Naciones Unidas, Katarina Tomaševski, propuso un esquema conocido como las “4 A”, en materia de PIDESC, que son *availability* (disponibilidad), *accessibility* (accesibilidad), *acceptability* (aceptabilidad) y *adaptability* (adaptabilidad). Mediante este esquema, se puede medir el grado de eficacia del derecho. Las cuatro características fundamentales, en interrelación con el interés superior del niño, deben ser las consideraciones prioritarias

### **Disponibilidad**

La disponibilidad incluye dos obligaciones gubernamentales distintas: el derecho a la educación como un derecho civil y político requiere que el gobierno permita a agentes no gubernamentales establecer instituciones escolares; y el derecho a la educación como un derecho social y económico requiere que el gobierno las establezca, financie o combine estos u otros medios para asegurar que la educación esté disponible (Tomaševski, 2001:13).

La disponibilidad se refiere a que las escuelas primarias deben estar físicamente presentes en el territorio estatal y ser aptas para utilizarse; debe haber suficiente cantidad y estar distribuidas adecuadamente en la jurisdicción estatal. También, se refiere a la existencia de medidas y condiciones que garanticen que todas las personas fuera de la edad escolar que no hayan terminado la secundaria puedan hacerlo.

### **Accesibilidad**

Todas las personas deben tener acceso a los establecimientos escolares, sin discriminación alguna. La accesibilidad tiene tres dimensiones que se superponen: no discriminación, accesibilidad física y accesibilidad económica.

Principio de No Discriminación: todas las personas deben tener acceso a la educación, especialmente los grupos más vulnerables. Al respecto, considero fundamental traer la definición en materia educacional de la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la

Enseñanza al decir, en su art.1, que se considerará discriminación (...) toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial: a. Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza; b. Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo; c. A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o d. Colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana (...) (Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, 1960/S/A)

Los niños excluidos, vulnerables, marginados y perjudicados deben gozar siempre de oportunidades igualitarias al acceso a educación primaria de calidad.

La accesibilidad física se relaciona con eliminar todas las barreras físicas que le impidan al alumno acudir al establecimiento educativo ya sea, por la ubicación geográfica o por la tecnología, si se trata de educación a distancia. En el primer caso, es importante brindar el transporte y no solo asegurar la gratuidad, sino también adecuar estratégicamente la necesidad del individuo o comunidad. El segundo caso se relaciona con el aporte de instrumentos técnicos acorde a la enseñanza. Asimismo, los edificios o casas educativas deben adaptarse con rampas y toda construcción edilicia para que el alumno con discapacidad no pueda ver vulnerado su derecho a aprender por no poder concurrir a clase.

La accesibilidad económica se refiere a que la educación debe ser asequible para todos. Aquí ingresan la obligatoriedad global de que las escuelas en su nivel primario sean gratuitas y en sus niveles superiores (en nuestro país el nivel secundario es obligatorio y gratuito según Ley de Educación Nacional 26.026), implementen programas o becas que permitan saltar los obstáculos económicos para la formación profesional de niños, adolescentes y adultos.

### **Aceptabilidad**

La aceptabilidad significa que la educación debe ser pertinente, culturalmente apropiada y de calidad, y conforme con el interés superior del niño, incluyendo las normas mínimas de salud y seguridad y los requisitos

profesionales de los docentes, que deben ser establecidos, monitoreados y aplicados por el gobierno.

La aceptabilidad para los padres se relaciona con su libertad para elegir la educación de sus hijos, sin interferencia, conforme con sus convicciones religiosas, morales o filosóficas.

### **Adaptabilidad**

Este concepto se relaciona con que la escuela se adapte al alumno acorde a las condiciones y necesidades de la comunidad donde vive, adaptándose el plan de enseñanza al entorno social del chico. Por ende, se revirtió una opinión predominante que obligaba a los niños a adaptarse a la forma de educación que la escuela ofrecía. Este es el caso de algunos niños discapacitados, niños con necesidades especiales para el aprendizaje o niños que trabajan o están encarcelados. Si ellos no pueden asistir a la escuela, la educación debe ir a donde sea que ellos estén.

Lograr la asistencia regular del alumno y la no deserción escolar son claves en las que debe enfocarse un Estado, dentro de la política educativa. Las prestaciones adecuadas, continuas y progresivas ayudan al alumno a concurrir regularmente a los establecimientos educativos y, sobre todo, a protegerlo de toda discriminación que pudiera sufrir e hiciera que abandone la escuela. Compone una de las obligaciones del Estado la lucha por la discriminación, acorde al art. 13 del PIDESC, al igual que las medidas positivas al derecho a la educación. Otros dos principios en materia obligacional lo componen los principios de progresividad (art. 26 PIDESC) y no regresividad de los derechos humanos del Pacto mencionado. Sobre estos, las medidas que adoptan los Estados Partes en favor de los derechos humanos no pueden implicar un retroceso en su reconocimiento, sino que siempre se debe mirar hacia adelante y asumir compromisos en las políticas públicas.

### **III) Marco jurídico**

Se enunciarán los tratados, constituciones y leyes de mayor relevancia que aportan los cimientos más fuertes sobre el derecho a la educación. A su vez, se destacarán los principios y fines de cada uno.

#### **a) Normativa Internacional**

Convención sobre los Derechos del Niño

Art. 28

- Enseñanza primaria obligatoria y gratuita.
- Fomento de la educación secundaria, general y profesional.
- Accesibilidad a la enseñanza superior y todas las cuestiones educacionales.

- Adopción de medidas estatales para la concurrencia regular y evitar la deserción escolar del alumno.

Art. 29

- Velar por el desarrollo integral de la personalidad del niño.
- Enseñanza de derechos humanos.
- Respeto por la identidad cultural y raíces del niño.
- Respeto por el medio ambiente.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Art. 13.

- Desarrollo de la personalidad y dignidad humana.
- Respeto por los derechos humanos y por las libertades fundamentales.
- Respeto por la diversidad cultural.
- Enseñanza primaria obligatoria y gratuita.
- Implementación de medios para la gratuidad de la escuela secundaria e incluso niveles superiores.
- Implantar sistema de becas. Mejorar la formación del docente.
- Libertad de los padres de elegir la educación de sus hijos acorde a sus creencias.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

(Pacto de San José y Protocolo de San Salvador)

Arts. 1 y 26

- Protección y desarrollo progresivo del derecho a la educación.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo XII

- Educación inspirada en principios de libertad, moralidad y solidaridad humana

- Utilidad de la educación para mejorar el nivel de vida.
- Igualdad de oportunidades.
- Gratuidad de la educación primaria.

Declaración Universal de Derechos Humanos

Art. 26

- Gratuidad y obligatoriedad de la instrucción elemental.
- Fomentación del desarrollo de la persona humana.
- Respeto por los derechos humanos.
- Libertad de los padres para elegir la educación de sus hijos

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

Art. 5.

- Asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida.

- Eliminación de prejuicios, estereotipos y otras actitudes.

### **b) Normativa Nacional y Provincial**

Constitución de la Nación Argentina

Art. 5, 14, 75 inc. 19

- Obligatoriedad de la escuela primaria en cada provincia.
- Derecho de todos los habitantes a enseñar y aprender
- Principio de gratuidad.
- Obligaciones del Congreso de sancionar leyes en materia de educación que obliguen al Estado a proporcionar igualdad de oportunidades y posibilidades (no discriminación), gratuidad, equidad y educación autónoma y autárquica, incluso en sus niveles superiores.

### **Constitución de la Provincia de Buenos Aires.**

Art. 36. Artículo 198 y subs.

- Igualdad de oportunidades y posibilidades.
- Formación integral. Respeto y libertad de conciencia.
- Gratuidad de la educación pública en todos sus niveles (incluso universidades). Obligatoriedad en el nivel básico.

- Calidad educativa equitativa.

Ley Educación Nacional 26026:

- Educación y conocimiento como bien público, derecho personal y social.

- Promoción de una educación integral, permanente y de calidad.
- Principios de igualdad, gratuidad y equidad.
- Calidad educativa. Integralidad.
- Respeto de valores éticos y democráticos.
- Diversidad cultural. Integración regional.
- Educación inclusiva.
- No discriminación de género o cualquier otro tipo.
- Accesibilidad.
- Cultura del trabajo.
- Libre circulación del conocimiento. Estimular la participación ciudadana.
- Adaptabilidad a las nuevas tecnologías y formas de comunicación.
- Educación especial a las personas con discapacidades provisorias y temporales.
- Respeto a la identidad cultural y lenguas de las comunidades indígenas. Educación multicultural.
- Programas de enseñanza con valores y formación en todas las ciencias y disciplinas.

Además, es importante mencionar que establece para la educación:

- Presupuesto mínimo del (6 %) del Producto Interno Bruto (PIB). Ley Provincial 13688:
  - Prioridad provincial y política de Estado.
- A cargo de la Dirección General de Cultura y Educación:
- Provisión, garantía y supervisión de una educación, integral, inclusiva, permanente y de calidad para todos. Mecanismos y procedimientos para asegurar el derecho a la educación.
  - Incorporación de personal especializado para trabajar en conjunto con los docentes de la escuela común.
  - Cobertura de las instituciones educativas especiales; transporte; recursos técnicos y materiales, entre otras.
  - Obligatoriedad escolar desde el nivel inicial hasta terminar la secundaria.

La ley asimila a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño estos principios:

- Gratuidad de la educación pública.
- Interculturalidad en la formación.
- Disposición del acceso libre y gratuito a la información pública de los datos estadísticos educativos.

### **c) Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: carácter no vinculante**

Adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es el instrumento internacional para la protección de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas más importante de los últimos tiempos. Aquí, se les reconoce a las familias indígenas su rol primordial en las responsabilidades por la crianza, la formación, la educación y el bienestar de sus niños, niñas y adolescentes y destaca el derecho a su identidad cultural como descendientes de pueblos originarios. Es adoptada por una mayoría 144 Estados a favor (entre ellos Argentina), 4 votos en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos de América) y 11 abstenciones (Azerbaiyán, Bangladesh, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, La Federación Rusa, Samoa y Ucrania).

Les acerco, en el marco de la Asamblea, la opinión de Les Malezer sobre la Declaración

La Declaración no representa solamente el punto de vista de las Naciones Unidas, ni representa solamente el punto de vista de los pueblos indígenas. Es una Declaración que combina nuestras visiones e intereses y que establece un marco para el

futuro. Es una herramienta para la paz y la justicia que se basa en el reconocimiento y respeto mutuo (Les Malezer, 2007).

El proyecto de Declaración es un documento largo y complejo que contiene un preámbulo y 45 artículos, y está dividido en nueve secciones. Los artículos que desarrollan el derecho a la educación de los pueblos originarios son los siguientes:

#### Artículo 14

Inc.1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje.

Inc.2. Los indígenas, en particular los niños, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación.

Inc.3. Los Estados adoptarán medidas eficaces, conjuntamente con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma.

#### Artículo 15

Inc.1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación y la información pública.

#### Artículo 17

Inc. 2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, tomarán medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación de los niños, o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social de los niños, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad y la importancia de la educación para empoderarlos.

La Declaración también condena la discriminación contra los pueblos indígenas, promueve la participación indígena en la toma de decisiones políticas que les atañen, al respeto de su autonomía y propias prioridades, en cuanto al desarrollo económico, social y cultural. La declaración estimula explícitamente las relaciones de cooperación entre los Estados y los Pueblos Indígenas.

Si bien, en materia obligacional para los Estados, la Declaración no es vinculante, como los tratados internacionales que hemos desarrollado, y, por lo tanto, no hay mecanismos para denunciar a los países miembros por

incumplimiento, tiene una fuerza moral innegable, ya que muchos de los derechos consagrados han sido reconocidos anteriormente en tratados de derechos humanos. Por lo tanto, a la hora de evaluar el accionar de un Estado, no deja de aplicarle la presente Declaración por parte de los comités de derechos humanos.

#### **IV) La educación intercultural bilingüe en Argentina**

##### **a) Evolución normativa**

El debate sobre la problemática indígena a nivel global por la falta de reconocimiento de sus derechos humanos comenzó en la década del 80 en el marco del VIII Congreso Indigenista Interamericano realizado en México. En años posteriores, los primeros que adoptaron la normativa en Argentina para el reconocimiento de derechos humanos a las comunidades indígenas fueron las provincias de Formosa (1984), Salta (1986), Chaco (1987), Misiones (1989), Río Negro (1987) y Santa Fe (1991). A nivel nacional, el primer suceso relevante es en el año 1985 en el cual se promulgó la ley 23.302 denominada “Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes” que crea el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) como entidad descentralizada con participación indígena que dependerá en forma directa del Ministerio de Salud y Acción Social. En 1994, se reformó la Constitución Nacional y significó un hecho histórico para los pueblos indígenas, ya que lograron el reconocimiento de la existencia de “pueblos originarios” en suelo argentino.

Habiéndose reformado la Constitución, se comenzó a trabajar en proyectos educativos denominados Interculturales Bilingües. Entre 1997 y 1999, el Programa Plan Social Educativo, junto con la Resolución 107/99 del Consejo Federal de Educación, bajo el proyecto “Promoción de Propuestas Alternativas”, se incorporan al anexo de la Resolución 63/67 los títulos de Profesor Intercultural Bilingüe Modalidad Indígena para la Educación Inicial y de Profesor Intercultural Bilingüe Modalidad Indígena para el Primero y Segundo Ciclo de la Educación General Básica. En los años 2000 y 2001, se lanzan nuevos programas para mejorar la calidad educativa en las comunidades indígenas.

En el plano internacional, en el año 2001, entra en vigor el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Este auge de reconocimiento de derechos a las comunidades indígenas significó la reforma de muchas constituciones en los países de Latinoamérica, excepto la de Chile. Además, en el año 2007, Argentina vota a favor de la Declaración de las Naciones Unidas en la Asamblea General N° 13, cuyo objetivo fue preservar y fortalecer el derecho de los pueblos indígenas a regir sus propias instituciones, culturas

y tradiciones y a trabajar por su desarrollo de acuerdo a sus aspiraciones y necesidades.

En Argentina, en el año 2004, se crea el Programa Nacional de Educación Intercultural Bilingüe (PNEIB) y, dos años después, mediante la Ley de Educación Nacional 26.026, art. 52, se incorpora a la modalidad del sistema educativo la Educación Intercultural Bilingüe para, conforme al art. 75 inc. 17 de la C.N., brindar una educación acorde a las pautas culturales, lengua, cosmovisión e identidad étnica, y todo aprovechamiento para mejorar la calidad de vida de los pueblos originarios.

### **b) Objetivos**

Ampliar normativamente los derechos mínimos reconocidos por las leyes nacionales a los pueblos indígenas es facultad de las provincias. En la Provincia de Buenos Aires, para abordar la temática de un modelo educativo específico, se trazaron los fines en la ley 13688 (que hemos desarrollado previamente) sobre la Educación Intercultural. El art. 44 de dicha ley provincial establece que la Educación Intercultural "...es la modalidad responsable de impulsar una perspectiva pedagógica intercultural en articulación con la Educación común..." (Ley de Educación Provincial, 2007) cuyo fines son aportar propuestas curriculares para una perspectiva intercultural democrática, bajo el principio de la igualdad y de una educación inclusiva; programas que aseguren el respeto por la diversidad cultural y alienten la comunicación entre distintos grupos culturales; y toda contribución para "(...)asegurar el derecho de los Pueblos Originarios y comunidades migrantes a recibir una educación intercultural y/o bilingüe que ayude a preservar, fortalecer y recrear sus pautas culturales, sus lenguas, sus cosmovisiones, sus tradiciones e identidades étnicas (...)"(Ley de Educación Provincial, 2007).

### **c) Datos estadísticos**

Para entender la problemática, analizaremos datos estadísticos de La Encuesta Complementaria de Pueblos Indígenas, realizada en el año 2004 y 2005, arrojó que 600.329 personas se reconocían pertenecientes y/o descendientes en primera generación de pueblos indígenas. En aquel momento, representaban el 1,7% del total de habitantes del país. En Argentina, históricamente, han vivido por su flora y fauna una gran diversidad de pueblos indígenas, y se han dispersado por todas las provincias. Se han logrado identificar 46 pueblos, numérica y culturalmente diferentes, distribuidos por todo el territorio nacional, de los cuales 18, por lo menos, mantenían su habla originaria.

El Censo Nacional de Población, Hogares y Vivienda, del año 2010, constituye la mayor fuente de datos para conocer, cuantificar y analizar las

características de los pueblos originarios en el territorio de la Argentina. Este censo arrojó resultados más llamativos para el desconocimiento de la población argentina en general, debido a que la composición de la población originaria resulta ser de 955.032 personas, que representaron el 2,38 por ciento del total de la población.

Para la presente investigación, se utilizó los datos censales de la Provincia de Buenos Aires<sup>1</sup>, donde el 1,9% de la población de los 24 partidos del Gran Buenos Aires (GBA) se reconoce indígena. Se trata de 186.640 personas sobre un total de 9.916.715 habitantes. Este porcentaje es inferior a la media nacional de 2,4%. En cuanto a su pertenencia, el 21,2% de esos 186.640 habitantes se autor reconocieron descendientes del pueblo Guaraní, el 19% del Toba, el 11,3% del Mapuche, el 10,5% del Quechua y el 7,6% del Diaguita-Calchaquí.

En el censo en cuestión, se realizó un análisis del alfabetismo, la condición de asistencia y el nivel educativo alcanzado en la región, detallado a continuación:

1) Alfabetismo: se estableció parámetros para personas a partir de 10 años en adelante, que arrojó que la tasa de analfabetismo es del 1,3% en el GBA (una cifra similar para el total de la población en la provincia, que es del 1,4%).

2) Asistencia escolar: el 35,7% de la población indígena mayor de 3 años del Gran Buenos Aires asiste a un establecimiento educativo, el 62% asistió y sólo el 2,3% nunca asistió. Entre los 63.744 indígenas que asistían en el año 2010 a un establecimiento escolar, el mayor porcentaje estaba en los grupos de 6 a 11 años, 97,8% (frente al 98,8% del total de los partidos del GBA); de 12 a 14 años, 96,7% (frente al 98%); de 15 a 17 años, 90,5% (frente al 86,2%). En el grupo de 18 a 24 años cae significativamente al 41,2%, aunque es superior al 35,9% del total del Gran Buenos Aires. El 37,4% de indígenas que nunca asistieron a un establecimiento educativo es mayor de 30 años. En este grupo, las mujeres duplicarían a los varones.

3) Nivel Educativo alcanzado: de las 105.496 personas de 20 años o mayor que asistieron a un establecimiento educativo, el 11,2% tenían el primario incompleto, el 25,9% primario completo, el 20,5% secundario incompleto, el 24,4% secundario completo y el 18% niveles superiores.

Este número arroja resultados preocupantes, debido a que, según los instrumentos internacionales, leyes nacionales y provinciales que hemos visto, se está muy lejos del ideal de garantizar el derecho a la educación, teniendo en cuenta que una persona de 20 años ya debería estar cursando los niveles superiores. Para dejar aún más en claro la problemática en números,

---

<sup>1</sup> Se utiliza la Provincia de Buenos Aires por la densidad poblacional, ámbito geográfico con áreas urbanas, semiurbanas y rurales, y por el grado de influencia en las políticas públicas.

sólo 44.730 personas de 105.496 personas a sus 20 años o más, terminaron siquiera el secundario (lo que representa menos de la mitad).

## V) Jurisprudencia

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es “un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano”<sup>2</sup>. Por lo tanto, es parte de la labor de la Comisión elaborar denuncias a los Estados Miembros de la Convención Americana para la protección de los derechos humanos y presentar las mismas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

### a) Caso 1: Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala<sup>3</sup>

En la región central de Guatemala, en el año 1982, alrededor de 268 personas fueron ejecutadas en una masacre desatada por el ejército nacional a los miembros de la Aldea Plan de Sánchez, quienes eran en su mayoría miembros del pueblo maya de ahí y, algunas eran no indígenas residentes de algunas comunidades aledañas. No se realizaron mayores investigaciones ni se sancionaron a los responsables. Ingresó la denuncia a la Comisión la cual accede a investigar los hechos y, en el año 2002, remite el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Mediante sentencia en el mes de noviembre del año 2004, la Corte determina la responsabilidad internacional del Estado de Guatemala por la violación de numerosos derechos humanos y por la falta de acción en contra de los presuntos autores. Entre las medidas asistenciales, obliga a adoptar al gobierno local el diseño de programas para estudiar y difundir la cultura maya de ahí que fue gravemente afectada y, de esa forma, evitar su desaparición. A su vez, debió dotar de personal docente capacitado para la enseñanza intercultural y bilingüe en los niveles primarios, secundarios y otras diversificadas de dichas comunidades.

### b) Caso 2: Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay<sup>4</sup>

En el marco de sus facultades, en el año 2003, la Comisión denuncia al Estado de Paraguay por la imposibilidad de una comunidad aborigen conocida como “Yakye Axa” de acceder a la propiedad de sus tierras ancestrales. Opina que la vulneración de ese derecho trajo aparejado a su vez la

---

<sup>2</sup> Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>

<sup>3</sup> CIDH, “Masacre Plan Sanchez vs Guatemala”, sentencia noviembre del año 2004 disponible en: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_105\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_105_esp.pdf)

<sup>4</sup> CIDH, Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia 17 de junio 2005, Serie C N° 125, disponible en: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf)

falta de asistencia alimentaria, médica y sanitaria por parte del gobierno de Paraguay.

Uno de los profesores que daba clases en una escuela de la comunidad presenta sus testimonios a la Corte. Entre ellos, resume claramente la situación que viven los niños y por la cual, no ha podido seguir brindando la educación para fomentar, no solo el desarrollo de la personalidad y aptitudes del alumno, sino también la transmisión de los valores culturales de la comunidad que se veía amenazada. Si un niño no tiene comida ni agua, probablemente se enferme y deje de asistir a clases, ya que sería la menor de sus preocupaciones cotidianas. Lo mismo sucede, dice el testigo, con aquellos niños que no tienen ropa, andan descalzos y con padres desocupados.

Cabe destacar, para entender la precariedad que vivía la comunidad, que la escuela a la que se refería el profesor, se trataba de una casita hecha de palma, con piso de tierra y contaba con dos pizarrones y sillas con pupitres.

Dadas esas circunstancias y otras de igual o mayor tenor, la Corte Interamericana, además de considerar vulnerado el derecho a la educación, decidió dictar sentencia en contra del Estado de Paraguay y obligar al Estado a la restitución del territorio tradicional de los miembros de la comunidad, como así también, asumir su responsabilidad por la violación de los derechos a la salud, la identidad cultural, la integridad personal, la libertad de pensamiento y expresión, la protección de la familia y la propiedad privada, entre otros. La Corte dictamina que el gobierno paraguayo debió adoptar medidas para que la comunidad Yakye Axa pueda gozar de una vida digna. Tales medidas son, por ejemplo, garantizar el derecho a una alimentación adecuada, al acceso a agua limpia, a la asistencia médica y sanitaria, y poner el acento en proteger de las enfermedades crónicas a los ancianos de la comunidad; visto y considerando que estos son quienes mejor preservan la identidad cultural de una comunidad y pueden transmitirla oralmente a las nuevas generaciones.

Agrega uno de los petitorios de la Corte que, en materia educativa, se dote a la escuela, antes dicha, en forma inmediata y periódica, de materiales bilingües suficientes para la enseñanza.

En resumen, lo fundamental del fallo es que la Corte Interamericana haya decidido obligar al Estado de Paraguay a la preservación y protección de la comunidad aborígen, señalando que debe abstenerse la actividad estatal de vulnerar sus derechos humanos y, por consiguiente, obligar a dictar medidas positivas que permitan el goce de estos derechos. Además, para la presente investigación sobre el derecho a la educación, se debe resaltar la importancia que otorga la Corte a la presencia de una escuela bilingüe para la preservación de los propios métodos de enseñanza y lenguaje de los pueblos originarios.

### c) Caso 3: Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay<sup>5</sup>

El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado de Paraguay por no haber garantizado el derecho de propiedad ancestral de los miembros de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek del Pueblo Enxet-Lengua, lo cual amenazó la supervivencia de sesenta y seis familias y atentó a la desaparición permanente de la comunidad. Ello motivó que los miembros de la comunidad se vieran cada vez más restringidos en el desarrollo de su modo de vida, en sus actividades tradicionales de subsistencia y en su movilidad dentro sus tierras tradicionales.

El conflicto se inició a finales del siglo XIX, y la CIDH recibió la petición en el año 2001; luego de varios años elevó el caso a la Corte IDH. Recién en el año 2010, la comunidad indígena pudo tener sentencia y se destaca que la Corte no se refiere solo al derecho a la propiedad, sino que también alecciona al Estado de Paraguay en materia de derechos humanos.

La Corte realizó observaciones sobre el precario nivel de abastecimiento de agua a la comunidad y sobre la calidad de la misma. Preocupó también a la Corte el suministro de la alimentación y que le corresponde a ella valorar la accesibilidad, disponibilidad y sostenibilidad de la alimentación otorgada a los miembros de la comunidad y determinar si la asistencia brindada satisface los requerimientos básicos de una alimentación adecuada.

Ambos puntos son complementarios del derecho a la salud y a vivir en condiciones dignas. La Corte advirtió al Estado de Paraguay sobre tomar medidas para evitar la deserción escolar de los niños y sobre invertir en mejoras a las condiciones de la escuela a la que asisten los miembros de la comunidad.

La situación de pobreza los llevó a abandonar su propio estilo cultural de vida y necesitaron de las prestaciones básicas por parte del Estado. Aquí un resumen de las palabras de la Corte: "...conforme a los estándares internacionales, los Estados tienen el deber de garantizar la accesibilidad a educación básica gratuita y la sostenibilidad de la misma. En particular, cuando se trata de satisfacer el derecho a la educación básica en el seno de comunidades indígenas, el Estado debe propiciar dicho derecho con una perspectiva etno-educativa. Lo anterior implica adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada..."

## VI) Observación General N° 3

### a) Razón política

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) de

---

5 Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214 disponible en: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf)

las Naciones Unidas, acorde al art. 16 y subs. del PIDESC establece que los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan esos derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar informes a los dos años de la aceptación del Pacto y luego, cada cinco años. El Comité tendrá la labor de evaluar los informes para luego expresar sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de observaciones finales.

El Comité, en su informe n° 3 a la Argentina, le ha manifestado una serie de preocupaciones de las cuales nos interesa, para los fines de la presente investigación, la violación al derecho a la educación y a su interdependencia con otros derechos a la igualdad y no discriminación, a respetar la identidad cultural, entre otros, de las comunidades indígenas. A continuación, la observación:

(...) Preocupa al Comité que a pesar de los esfuerzos hechos por el Estado parte para garantizar el acceso universal a la educación sigan existiendo problemas como el de los niños no incorporados al sistema educativo, el analfabetismo, la repetición de cursos y la deserción escolar, especialmente entre las comunidades indígenas desfavorecidas y marginadas. Además, observa con preocupación que las comunidades indígenas no siempre disfrutan del derecho a una educación bilingüe intercultural (art. 13) (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, N 13).

El Comité recomienda al Estado Parte que aplique eficazmente la legislación vigente para garantizar el derecho a la educación y resolver, en particular, los problemas relacionados con los niños que no se han incorporado al sistema educativo, el analfabetismo, la repetición de cursos y la deserción escolar. Asimismo, lo insta a que continúe sus esfuerzos por eliminar las disparidades existentes entre los distintos grupos de la sociedad y promueva los avances en materia de educación de las provincias y los grupos desfavorecidos y marginados. También, le recomienda que adopte medidas eficaces para garantizar el acceso a los pueblos indígenas a la educación intercultural y que vele para que esa educación se adapte a las necesidades específicas de esos pueblos.

Al finalizar el informe, junto con otros petitorios, solicita a la Argentina que difunda las recomendaciones y críticas realizadas a todos los organismos estatales e inclusive a las ONG. De esta forma, trabajando en conjunto, puedan crear medidas para dar cumplimiento a los derechos económicos, sociales y culturales y se puedan notificar en el próximo informe del mes de diciembre del año 2016.

### **b) Informe del relator**

A fines del año 2011, en su visita a la Argentina, James Anaya, Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, enviado por el Comité del PIDESC, se dedicó a investigar los derechos reconocidos en la Argentina para los pueblos originarios y la efectividad de los mismos. Dicho informe sirvió para la Observación General N°3 vista previamente. Para entender el cuadro de situación actual, pretendemos diferenciar los puntos de vista a favor y en contra elaborados en el informe del relator, que fue elevado al Comité sobre el Estado argentino.

A favor:

- Amplio reconocimiento legal del derecho a la educación intercultural bilingüe en la Argentina.
- Diseño de programas de apoyo a la educación intercultural aborigen (diseñado por la INAI) que contempla: becas, tutorías interculturales, alfabetización, reconocimiento y recuperación del conocimiento ancestral de las comunidades, y apoyo para estudiantes de niveles superiores.
- Avance de algunas provincias en la temática, desarrollando políticas que faciliten la educación intercultural bilingüe.

En contra:

- Falta de escuelas en establecimientos rurales, y, sobre todo, la carencia de escuelas del nivel secundario.
- Condiciones de pobreza de las comunidades. Muchos jóvenes se ven obligados a trabajar.
- Falta de capacitación docente para la educación intercultural bilingüe y de maestros que sean, preferiblemente, originarios de comunidades aborígenes.
- Falta de material de estudio idóneo que respete su propia cultura.
- Enseñanza de toda curricula en español para comunidades que lo hablan precariamente. Es necesario que las clases de las materias duras, por lo menos, sean en idioma indígena.
- Situación de vulnerabilidad de las niñas aborígenes. La familia, por su situación económica, da preferencia al niño para asistir a centros educativos y, las mujeres terminan desamparadas buscando su propia subsistencia.

Para lograr compensar la balanza a favor del derecho a la educación intercultural bilingüe, el Relator da una serie de consejos a la Argentina. Entre estos, menciona el reconocimiento a la labor del INAI, pero, en contrapartida, que su funcionamiento sería más efectivo si el Estado le destinara una mayor partida presupuestaria. Asimismo, le señala al ente que les otorgue a

los miembros de los pueblos originarios mayor participación en la toma de decisiones. Al respecto, opina que el Estado, para fomentar la participación, debe crear mecanismos de consulta acorde a los estándares internacionales.

## VII) Tribunales de Justicia en Argentina

En nuestro país, hay un amplio reconocimiento normativo del derecho a la educación, pero encontramos graves falencias en el ejercicio de este derecho, ya que muchas personas se encuentran en una situación de vulnerabilidad tal que les impide acceder a la educación o, si logran hacerlo, no están en condiciones de igualdad. Dentro de estos grupos excluidos, podemos mencionar a los niños en situación de calle o de pobreza extrema, mujeres (discriminación de género), personas con discapacidad y, también, nuestro objeto de estudio, las comunidades aborígenes.

Al respecto, la autora del libro “Derecho a la educación: el rol de los tribunales de justicia como garantizadores del acceso a la educación en condiciones de igualdad”, Liliانا M. Ronconi, plantea el trato que suelen tener estos grupos en la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

(...) Es posible identificar distintos “test” o “modelos” de razonabilidad. Sin embargo, existen categorías o clases que implican distinciones que prima facie son inconstitucionales por ser discriminatorias: las “categorías sospechosas”. Forman parte de dichas categorías, las distinciones basadas en el sexo, la nacionalidad, la raza, la orientación sexual, entre otras. Es así que, verificada la existencia de una categoría sospechosa, el análisis de constitucionalidad debe ser muy estricto y deberá ser el Estado quien justifique la constitucionalidad de dicha diferenciación (inversión de la carga justificadora). Es decir que rige sobre dicha distinción una presunción de inconstitucionalidad, y es el Estado quien debe demostrar por qué está justificada. Así, las consecuencias de que una norma se base en una categoría sospechosa para establecer una distinción son: a) cae la presunción de constitucionalidad de la norma, b) es el Estado quien debe probar que la distinción es estrictamente necesaria para alcanzar un fin imperioso c) se aplica un análisis estricto de razonabilidad(...) (Ronconi, 2015).

Esta doctrina fue aplicada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, la CSJN o la Corte) en distintos casos, en los cuales existía una norma que establecía una clasificación fundada en una “categoría sospechosa”. En todos estos casos se utilizaba la nacionalidad o el sexo para negar el ingreso de ciertos grupos (extranjeros, mujeres) al empleo público, a un establecimiento educativo, a la continuación del ejercicio de la docencia en

un establecimiento educativo privado con reconocimiento oficial, a un beneficio social, a un puesto de trabajo.

No hay aún un fallo emblemático de la CSJN sobre la educación intercultural bilingüe, pero sí hay amparos en distintas provincias por el vacío estatal en la política educativa. La falta de reclamos judiciales por parte de grupos indígenas, en comparación con la abundancia jurisprudencial de otras temáticas, no se debe al cumplimiento eficaz de sus derechos, sino al desconocimiento de sus derechos constitucionales y otras normas que los tienen como destinatarios.

A partir del reconocimiento de los pueblos originarios en la constitución nacional y provincial, han podido avanzar en reclamo de las tierras que ocupan históricamente ante las órdenes de desalojos. El reclamo por sus tierras es continuamente objeto de litigiosidad, sobre todo por el apoyo de organizaciones no gubernamentales para acceder a la justicia, pero no así en materia de educación.

Hay casos aislados que no llegan a tener la publicidad suficiente, como el de un grupo de estudiantes provenientes de una clínica jurídica de la Universidad de Palermo que, en cooperación con abogados de la Provincia de Neuquén, presentaron un reclamo administrativo al Consejo de Educación Provincial para que se hiciera efectivo el nombramiento de un maestro en el idioma de la comunidad mapuche que habitaba en dicha provincia. Como no tuvieron eco en su reclamo a las autoridades educativas, promovieron una acción de amparo y tuvieron en el Tribunal de Junín de los Andes respuesta favorable, cuya resolución fue obligar al estado provincial a producir el nombramiento de un maestro bilingüe en la comunidad.

A continuación, aporto un caso de la Provincia de Neuquén sobre la inconstitucionalidad de un decreto reglamentario que llegó en manos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Confederación Indígena de Neuquén c/ Provincia de Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad.<sup>6</sup>

La Confederación Mapuche de Neuquén (CMN) realizó una demanda en el año 2002 y planteó la inconstitucionalidad del decreto 1184/02 que había sido firmado ese mismo año por el Gobernador Jorge Sobisch de la Provincia de Neuquén. Lo que plantea la Confederación Mapuche es que

---

<sup>6</sup> 18 Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad

SENTENCIA10 de Diciembre de 2013, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, Magistrados: Fayt, Highton, Zaffaroni, Maqueda, Id SAJ: FA13000190 disponible en: <http://www.sajj.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-confederacion-indigena-neuquen-provincia-neuquen-accion-inconstitucionalidad-fa13000190-2013-12-10/123456789-091-0003-1ots-eupmocsollaf?>

el decreto limitaba el reconocimiento de comunidades con requisitos que contradecían la ley nacional y los tratados internacionales de derechos humanos: evaluación de la “identidad étnica”, la lengua, tipo de “cultura y organización”, “que convivan en un hábitat común” y que sean “por lo menos diez familias”.

La demandante apuntó a que, si la provincia regula las personerías jurídicas, obstruiría a las comunidades y sus derechos a la discrecionalidad del gobierno local, contraviniendo de esa forma el artículo 75 de la CN.

Luego de once años de acciones judiciales, en diciembre del 2013, llegó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina que declaró la inconstitucionalidad del decreto. Es destacable del fallo, para la presente investigación, la opinión de la Corte al hacer hincapié en el derecho a la auto identificación (no se requiere que el Estado reconozca a una comunidad para que ésta tenga derechos como tal) y la obligación de los Estados a consultar a los Pueblos Originarios al tomar medidas que pudieran afectarlos.

### VIII) Conclusión

A pesar del carácter vinculante de solo dos artículos del PIDESC, la CIDH ha elaborado la estrategia de centrar el litigio y el análisis de posibles violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de su vinculación con los derechos civiles y políticos, como por ejemplo el derecho a la vida. Considero, que a pesar de la discusión doctrinal sobre la interpretación que le han querido otorgar los Estados al art. 26 de la CADH, la Argentina ante cualquier petición individual se vería envuelta en una violación de numerosos derechos humanos. No sería la excepción de estas transgresiones el derecho a la educación y más específicamente, ante los informes negativos, las falencias observadas hacia las comunidades indígenas.

A su vez, se debe respetar el principio de progresividad y no regresividad consagrado en el PIDESC, por lo cual, la normativa local debe siempre avanzar hacia adelante en defensa de los derechos humanos. En el caso de las reglamentaciones de la Provincia Buenos Aires deben adecuarse al piso mínimo de derechos reconocidos en los tratados internacionales, la Constitución Nacional y las leyes nacionales. Hemos analizado el caso de la Provincia de Neuquén en el cual un decreto se devino inconstitucional.

En base a la investigación realizada sobre el primer objetivo planteado considero que ha sido alcanzado el punto de reflexión al que pretendí llegar. La Argentina, en corto plazo, podría tener una sentencia adversa de la CIDH, si las entidades de mayor representatividad de los pueblos originarios demandan a nuestro país ante la CIDH.

Es menester darle entidad a la EIB para salvar la identidad cultural de los pueblos originarios y permitir que las nuevas generaciones aprendan,

en las escuelas interculturales bilingües, la historia, costumbres, idioma y creencias de sus antepasados y logren aptitudes para participar del mundo moderno.

En Argentina, la política estatal debe proveer los recursos para que se garantice la modalidad educativa de la EIB por medio de medidas, tales como la creación de nuevos establecimientos educativos en zonas aledañas a las comunidades aborígenes (sobre todo del nivel secundario), la mejora de la formación pedagógica docente y el tratamiento de la lengua nativa en la curricula, entre otras. También, se deben adoptar medidas para evitar la deserción escolar, siendo su principal causa la pobreza y/o enfermedad, brindando prestaciones alimentarias y sanitarias, respectivamente.

Es necesario controlar la política educativa en Argentina y permitir una mayor discusión de fondo de las partidas presupuestarias, ya que es en esto último donde los jueces deberán revisar el accionar del Poder Ejecutivo, exigiéndole explicaciones sobre el destino de los recursos económicos a la hora de tomar medidas. Es aquí donde deberían entrar en función la actividad de los poderes judiciales cuando falla el reconocimiento de un derecho a particulares o grupos de personas. Es el juez quién debe citar a los ministros del gabinete pertinente para realizar las preguntas: cuanto, cómo, por qué y para qué.

La falta de jurisprudencia se debe a otras razones que escapan al cumplimiento efectivo del derecho a la educación para los pertenecientes de pueblos originarios, como el desconocimiento de sus derechos para reclamar por qué no pueden ir a la escuela o la falta de enseñanza en la curricula. El acceso a la justicia también se ve limitado por las situaciones de pobreza (falta de alimentación, vivienda, vestimenta) que deben enfrentar muchas comunidades aborígenes que intentan superar el día a día. Otra causal de la falta de casos jurisprudenciales es la denegatoria en materia de recursos judiciales por la estrictez de los poderes de justicia en procesos de crisis económica y/o política.

También considero alcanzado el segundo objetivo planteado. Razono que el rol principal para garantizar el derecho a la educación a los pueblos originarios es de la política educativa que debe asumir el Ministerio de Educación y Cultural ya sea por sí mismo o a través de sus entes descentralizados. En segundo plano, para acceder a la Justicia será fundamental el papel de las organizaciones no gubernamentales de los pueblos originarios para elevar petitorios y en congruencia, con la no aplicación de un rigorismo formal por parte de los jueces al tramitar remedios judiciales.

Para finalizar, sobre el tercer objetivo planteado, reflexiono que, si bien la mirada no es optimista para el desarrollo pleno de la EIB, hay una cantidad de razones que pueden revertir dicha situación. Algunas de las razones que me llevan a pensar positivamente son el grupo numeroso de personas

que se reconocen descendientes de grupos originarios en nuestro país, la creciente información de estos grupos sobre los derechos humanos que le pertenecen, y el interés que despierta la temática en algunos sectores de la sociedad.

Quiero compartir la opinión que brinda Gladys Acosta Vargas, Representante de UNICEF Argentina, sobre la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>7</sup>: “Esperamos que todos los funcionarios de la administración pública inspirados en los contenidos de la Declaración colaboren con su implementación en las diferentes áreas mediante políticas públicas, decisiones judiciales y leyes, entre otras acciones necesarias para revertir la injusta y discriminatoria situación que viven hoy los pueblos indígenas, particularmente sus niños, niñas y adolescentes, y lograr una mejora sustantiva”.

### **Bibliografía**

ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU (2013). *Derechos de los pueblos indígenas*. En línea en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9697.pdf?view=1> (informe del relator)

ÁREA METODOLÓGICA (Dirección Nacional de Información y Evaluación de Calidad Educativa) (2007). *La educación que reciben alumnos indígenas. Un aporte a la Educación Intercultural Bilingüe*. Ministerio de Educación. Argentina.

ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (2008). “Desigualdad en el acceso a la educación en la Provincia de Buenos Aires”. El rol de los tribunales de justicia como garantizadores del acceso a la educación en condiciones de igualdad, *Revista Latinoamericana de Educación Comparada*, pp 66-80 / relec / Año 6 N°7 / 2015 / ISSN 1853-3744 / Estudios e Investigaciones, marzo del año 2015.

CENSO NACIONAL DE POBLACIÓN, HOGARES Y VIVIENDAS (2010). *Censo del Bicentenario*. Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) En línea en:

[http://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/poblacion/censo2010\\_tomo2.pdf](http://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/poblacion/censo2010_tomo2.pdf)

DALILE A. ET AL (2015). *Budgets and Human Rights: Guidelines for litigators*, ACIJ.

DIEZ M. (2004). *Reflexiones en torno a la interculturalidad*, Cuadernos de Antropología Social N° 19. FFyL - UBA - ISSN: 0327-3776.

DIEZ, M. L. (2004). Reflexiones en torno a la interculturalidad. Cuadernos de Antropología Social N° 19. En línea en: [\\*http://www.scielo.org.ar/pdf/cas/n19/n19a12.pdf](http://www.scielo.org.ar/pdf/cas/n19/n19a12.pdf)

---

<sup>7</sup> Extraído: Los derechos de los pueblos indígenas explicado para todos y para todas, © Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), agosto de 2008, primera edición.

ENCUESTA COMPLEMENTARIA DE PUEBLOS INDÍGENAS (2004). En línea en: [http://www.indec.gov.ar/micro\\_sitios/webcenso/ECPI/index\\_ecpi.asp](http://www.indec.gov.ar/micro_sitios/webcenso/ECPI/index_ecpi.asp)

JAMES V. (2015). “Los derechos sociales en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, en el marco del Seminario de grado *La Justiciabilidad de los Derechos Sociales. Los estándares internacionales en la justicia bonaerense*, La Plata.

MUÑOZ, R. (2014). “El “derecho a la educación” como derecho humano”, Revista *Los Derechos Humanos en el Derecho Internacional*, 1ra. edición, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

SALVIOLI, F. (2004). “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos”, En Revista N 40; ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos; San José de Costa Rica.

TOMAŠEVSKI, K. (1999). *Preliminary report of the Special Rapporteur on the right to education to the UN Commission on Human Rights*, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1998/33.

----- (2001) *Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable*. Right To Education Primers No. 3. Novum Grafiska AB, Gothenburg.

----- (2006) *Human rights obligations in education: the 4-A scheme*. Nijmegen, Wolf-Legal-Publishers.

----- (2006) *The State of the Right to Education Worldwide: Free or Fee - 2006 Global Report*. Copenhagen.

UNICEF (2008). *Los derechos de los pueblos indígenas explicado para todos y para todas*. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, primera edición.





## SECCIÓN HOMENAJE

REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN | Año 2 Nº 4 | Invierno 2017

PORTADA: SERGIO MICHAEL ÁLVAREZ |  
DE LAS MÁRGENES Y OTRAS ORILLAS.

OBRAS A LA VENTA

## Soledad

Estoy sentado en el patio de mi casa.

Nada sucede.

Las hojas como pájaros.

Los pájaros como un destino huidizo e inasible.

Es este otoño interminable. Esta indefinición del tiempo que todo lo abraza. Que todo lo puede.

¿Qué mundo es este?

¿Qué reino?

Convulsiona el cielo.

Las hojas se llevan a los pájaros envolviéndolos en remolinos ensortijados, retorcidos de anhelos indescriptibles.

Crepitan los tallos y los troncos, luego son astillas, aserrín, aire turbio de maderas.

Las gargantas de agua azulina chorrean su silencio hacia una palabra escondida.

La mirada de mis ojos, se clava en un punto indefinido.

Sigo sentado en el patio de mi casa.

A 40 años de la Noche de las Corbatas: La función social del abogado laboralista ayer y hoy

Por Surache Zarina <sup>1</sup>

Quienes hacemos ReDeA entendemos a la teoría y la praxis jurídica como muestra de una realidad que por un lado es dinámica (con lo cual nos lleva a estar en un proceso de adaptación permanente a los cambios que se producen) y por otro nos interpela a participar activamente considerándonos una parte fundamental del devenir histórico y como “garantes” de la operatividad de principios fundamentales que se expresan en el derecho positivo y en la doctrina.

En este contexto particular que existe actualmente, nos urge replantearnos nuestro rol como abogados, docentes, operadores jurídicos y actores sociales en general y en esta línea no podemos dejar de lado el análisis de ciertos sucesos que marcaron nuestra historia reciente y tienen vinculación directa con la evidente función social que tiene el abogado.

A modo de introducción, diremos que se conoce **la noche de las corbatas** al conjunto de secuestros de abogados y familiares (11 personas en total), ocurridos entre el 6 y 13 de Julio de 1977 en la ciudad de Mar del Plata a manos de los grupos de tareas de las Fuerzas Armadas que actuaban en forma ilegal durante la última dictadura cívico militar.

Entre las víctimas de los sucesos mencionados se encuentran:

- Salvador Manuel Arestín (abogado) Desaparecido.
- Raúl Hugo Alaiz (abogado) Desaparecido
- Camilo Ricci (abogado) Sobreviviente
- Carlos A. Bozzi (abogado) Sobreviviente
- Tomás J. Fresneda (abogado) Desaparecido
- María de las Mercedes Argañaraz de Fresneda (Embarazada de cuatro meses) Desaparecida.
- Néstor Enrique García Mantica Desaparecido
- María Esther Vázquez de García (esposa del anterior) Desaparecida
- José Verde (ex secretario General de la Asociación Judicial Bonaerense Mar del Plata). Sobreviviente
- Esposa del anterior. Sobreviviente
- Norberto Centeno (abogado) Asesinado

De las víctimas mencionadas de los trágicos sucesos es quizá Norberto Centeno el nombre más conocido, en virtud de la trascendencia que tuvo su obra, de la cual realizamos seguidamente un análisis pormenorizado.

En la década del '40 y del '50 Centeno trabajó como inspector de Salubridad e Higiene en la Secretaría de Trabajo y Previsión.

Se recibió de escribano en la Universidad Nacional del Litoral y de abogado en la Universidad Nacional de La Plata en 1956.

La dictadura autodenominada Revolución Libertadora (Argentina) que derrocó al presidente Perón ordenó su encarcelamiento debido a su militancia peronista.

En 1960, fue detenido por el gobierno de Arturo Frondizi aplicando el Plan Conintes de movilización militar de la población, debido a su adhesión a las huelgas declaradas por las asociaciones sindicales. Volvió a ser detenido en 1969 y 1976.

Profesionalmente, fue asesor legal en el ámbito de diversas asociaciones sindicales, entre ellas: Confederación General del Trabajo ; Federación Sindicato Unido Petroleros del Estado (SUPE); Unión de Trabajadores Gastronómicos (UTGRA); Unión Obrera Metalúrgica (UOM); Sindicato Único de Trabajadores Edificios de Renta y Propiedad Horizontal de Mar del Plata; Unión Argentina de Artistas de Variedades (UADAV); Sindicato Trabajadores Industria de la Alimentación; Sindicato de Luz y Fuerza de Mar del Plata y Sindicato Camioneros y Obreros del Transporte.

Colaboró también con la asesoría letrada de la Asociación Obrera Textil, del Sindicato de Trabajadores de la Industria del Hielo y de Mercados Particulares y Afines así como de la Federación Argentina de Trabajadores Rurales y Estibadores (FATRE).

En 1974 redactó un anteproyecto, principal antecedente del Régimen de Contrato de Trabajo aprobada ese año por la ley 20.744, y que constituye la ley laboral más importante de la historia argentina actualmente vigente con sus reformas y leyes complementarias.

En los juicios por la verdad llevados adelante como respuesta a las leyes de Punto Final y Obediencia Debida que impidieron investigar hasta su anulación en 2003 la suerte corrida por las víctimas de la dictadura militar y sus responsables, María Eva Centeno, hija de Norberto Centeno, declaró: *Mi padre era especialista en Derecho del Trabajo, autor de dos libros sobre la materia, y numeroso material en revistas especializadas. Se desempeñaba como abogado del Sindicato de Choferes, Unión Gastronómica, Unión Obrera Metalúrgica y Asociación Obrera Textil, así como asesor de la C.G.T. regional Mar del Plata y Capital Federal. El día 7 de julio del año 1977, a la salida del estudio jurídico donde desarrollaba sus tareas mi padre, fue interceptado por un grupo de gente armada. De ello se tiene conocimiento posterior por versión de un testigo presencial. El 11 de julio del año 1977, aparece el cadáver de mi padre, dejándose constancia en el certificado de defunción que su muerte data del día 9 de julio, y dándose como causa del deceso “shock traumático hemorrágico”. La desaparición de mi padre se produce en forma simultánea con la de otros profesionales, de los cuales uno solo recupera su libertad, el Dr. Carlos Bossi, quien es encontrado en el baúl del automóvil que mi padre*

*conducía el día de su secuestro. En base al testimonio de la Sra. Marta García (Legajo N° 7290), llega a mi conocimiento que, en el momento de ser ella alojada en el centro de detención llamado “La Cueva,” sitio en la Base Aérea de Mar del Plata, ubica a mi padre. El mismo había sido objeto de torturas y ella tiene un contacto directo con él, al humedecerle los labios, ya que se quejaba de terribles dolores. Con posterioridad en una segunda sesión de tortura, mi padre fallece, apareciendo su cadáver, tal como he manifestado, el día 11 de julio de 1977.*

Resolución judicial del caso: En febrero de 2012, la Cámara Federal de Casación Penal confirmó el fallo dictado el 9 de Junio de 2010 por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, en virtud del cual se condenó al ex suboficial de la Fuerza Aérea Gregorio Rafael Molina a la pena de prisión perpetua por haber considerado que los homicidios de Centeno y Candeloro (cuyos cuerpos si fueron localizados) encuadraban jurídicamente en la categoría de crímenes de lesa humanidad.

Es en virtud de los hechos ocurridos en esa fecha, que la Federación Argentina de Colegios de Abogados optó por conmemorar el 6 de Julio como el “Día Nacional del Abogado víctima del terrorismo de Estado” y también es considerado como el día del Abogado Laboralista.

### **La función social del abogado laboralista ayer y hoy**

Si nos detenemos a hacer una revisión sobre la obra de los abogados víctimas del terrorismo de Estado en un sentido general y sobre el legado y la obra de Centeno en particular encontramos que anteriormente a la redacción y la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo las relaciones de trabajo eran regidas por otras normativas más genéricas sobre contrataciones civiles como el Código Civil. En este sentido, la ley 20.744 fue un hito en tanto que significó la consolidación de un proceso que llevó años para construir un marco normativo específico que incluyera a los principios generales del Derecho del Trabajo en la regulación positiva de los vínculos laborales. Se trata de un proceso que comienza incluso antes del constitucionalismo social y en el cual intervienen actores sociales individuales y colectivos.

En este contexto, podemos concluir en que el rol del Derecho del Trabajo y del abogado laboralista como operador jurídico tiene que ver precisamente con lograr que los principios generales del Derecho del Trabajo (propios de nuestra disciplina y de su carácter tuitivo) se enraícen cada vez más como normas operativas que rijan el antes, el durante y la extinción de los vínculos laborales.

Es claro, en este punto, que la regulación de las relaciones laborales de manera tal que su existencia se den lo más armónicamente posible se logra en tanto los principios generales que la inspiran tengan por objetivo y por bien jurídico el restablecer un equilibrio entre partes que resulta inicial-

mente roto en razón de las condiciones materiales que rodean a una y a otra parte del contrato.

El análisis que antecede puede llevarnos a pensar que si la legislación laboral y su práctica jurídica tiende a restablecer un equilibrio que inicialmente no se presenta como tal, el hecho de la persecución, secuestro, desaparición forzada y en su caso asesinato de abogados laboristas tiene por motivación el evitar que las normas jurídicas y su aplicación pueda influir directamente en las prácticas culturales existentes respecto de las relaciones de trabajo y cuestionarlas, principalmente porque cuestionar las mismas significaría cuestionar un status quo de desequilibrio económico y social mucho más profundo.

Seguidamente, si nos detenemos a analizar el estado actual de la teoría y la práctica en materia de derecho laboral, nos encontramos con que el rol del abogado laborista sigue siendo el lograr la operatividad de los principios generales y su aplicación a través de las normas positivas. Entonces, la aplicación de esas normas sigue significando un constante cuestionamiento respecto de una situación de desequilibrio material que se intenta remediar (aún más después de la reforma constitucional de 1994 que incorpora estos principios a través de Pactos y Tratados con Jerarquía Constitucional).

Entonces, no resulta sorprendente el constante desprestigio al que los abogados laboristas somos sometidos cotidianamente por parte de los sectores concentrados de la política, la economía y los medios de comunicación que hacen que la ciudadanía se haga eco de conceptos que son en su mayoría sesgados. Si bien no resulta sorprendente por cuanto no es algo novedoso ni propio del momento actual, sí representa un peligro claro por cuanto los abogados en general y los laboristas en particular desempeñamos un rol de profunda importancia social, no solo por nosotros mismos sino porque el desprestigio al derecho laboral y a sus operadores jurídicos es una embestida en contra de la posibilidad que tenga el trabajador de obtener mejores condiciones de labor y de hacerlas valer, ya sea individual o colectivamente.

Abogada Laborista, Auxiliar Docente Cátedra II de Derecho Social, del Trabajo y Previsión de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.



## **TRABAJOS DE POSGRADO**

**REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN | Año 2 N° 4 | Invierno 2017**

**PORTADA: SERGIO MICHAEL ÁLVAREZ |  
DE LAS MÁRGENES Y OTRAS ORILLAS.**

**OBRAS A LA VENTA**

## Desde Otro Lugar

Camina mi mente bajo un cielo cuadrado y negro.

Se han silenciado las cuerdas y sólo se escucha un suave rumor de manos.

Un sol rojo desarticula la noche. Sin fuego ni manchas, amanece. Madura el cielo de uvas. Se tiñe la vida.

Hay un sol encarnado sin horizontes y sin ponientes.

Veo a una mujer desnuda empapada en vino. Su cuerpo descansa sobre un círculo de tela y su mente sueña con el fin de una guerra.

Camino hacia ella.

El viento me aplasta.

Se me desprende el alma. Corro. La alcanzo y la tomo de un pétalo. Me congelo y veo la imagen de mi cuerpo repetida como en un juego de espejos.

Busco el alma. El final.

Hay un cambio de soles, de frutas y colores. Tonalidades: sepías, mieles y amarillas.

La parte de la flor cristaliza y veo a través de ella.

Y otra vez el viento.

Y esa mujer sobre el círculo de néctar.

La recorro con mi lengua amarilla y es como aprender, desde otro lugar, y en silencio, de nuevo las palabras.

## Amparo, proceso urgente

Por Perman Guillermo Adrián

### Resumen

El presente trabajo tiene por objeto el desarrollo e investigación de la acción de amparo que ha sido receptada en nuestra Carta Magna desde el año 1994, y en leyes de cada jurisdicción respectiva.

A fin de abordar la conclusión final, se requiere del estudio de doctrina y jurisprudencia que han orientado el sentido de la vía en distintas corrientes.

Vemos que, por un lado, se inclinan los que analizan de manera estricta el curso de la vía del amparo, requiriendo para su procedencia: demostrar por parte del accionante la ineficacia de los remedios ordinarios administrativos y/o judiciales, independientemente del derecho de fondo que se trate, quedando claro que –en este sentido– se entiende la acción como excepcional. Mientras que por otro lado, los de una postura más amplia. Los que no entienden a la acción de amparo como una vía de excepción, sino una vía como posible elección del amparista, ponderando el derecho constitucional que se alega violentado, y la irreparabilidad del daño denunciado que requiere de un trámite procesal expedito y rápido.

Por ello, el presente estudio requiere del análisis merecedor por parte de quien se encuentra en posición de juzgar, vale decir: minucioso, pertinente, prudente y correspondiente a los derechos en juego, atento que no debemos soslayar que la recepción constitucional de la vía lo es a fin de no tornar la vigencia de los derechos y garantías constitucionales en una simple recepción de palabras en la nuestra Carta Magna, sino en vigencia de la realidad social.

### Introducción

El tema elegido tiene por objeto la investigación, estudio y desarrollo de doctrina y antecedentes casuísticos respecto del instituto procesal de: “*acción de amparo*”, todo ello, en razón de la importancia -a mi criterio- de establecer conclusiones en cuanto a su aplicación en la realidad de elección de vías procesales, ponderando la urgencia, tanto de los juzgadores como de los interesados, a la hora del inicio de planteos judiciales persiguiendo el restablecimiento de determinados derechos constitucionales que se endilguen violentados.

Cabe traer al presente estudio tanto la normativa aplicable, jurisprudencia y doctrina, y elaborar -consecuentemente- conclusiones que sirvan de basamento para el intento de la vía propuesta y su consecuente procedencia, teniendo en cuenta los antecedentes de nuestros Tribunales y especialistas en la materia, sin dejar de soslayar el texto mismo tanto de la Constitución

Nacional como de la normativa aplicable, en cuanto a su procedencia estipulan requisitos de viabilidad de la acción de amparo.

A su vez, entiendo por demás importante citar en el presente trabajo fallos que receptan derechos personalísimos reconocidos constitucionalmente y en tratados internacionales de la materia, por ejemplo, el derecho a la salud –derivación del derecho a la vida; todo ello, en razón al análisis minucioso que los juzgadores deben efectuar a la hora de las presentaciones mediante vía de amparo que se les inste, ponderando –como propuesta de estudio- el derecho de fondo que se trate, merecedor de incoarse a su respecto la acción de amparo, por las características de expedición y rapidez que califican dicha vía.

### **Desarrollo**

Considero, para el inicio de este estudio, y como primigenia estructura metódica, traer el texto de nuestra Carta Magna; artículo 43 que reza:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización:

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio (Constitución Nacional)

Sentado lo cual, deviene necesario valorizar lo expuesto por el constituyente en razón a los derechos en juego que se propende en el articulado en cuestión por parte del juzgador:

El examen a efectuar, requiere e implica -a mi entender- no sólo el análisis de los requisitos de admisibilidad, sino también las circunstancias fácticas de cada caso y la cuestión de fondo planteada.

Por ejemplo, el derecho a la salud –derivación del derecho a la vida– donde se encuentra en juego el estado físico y psíquico de una persona, no cabría considerar necesario el agotamiento de la vía para habilitar la instancia judicial de manera taxativa, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho, claro está.

En ese sentido, exigirse el agotamiento de la vía administrativa, dilataría de modo innecesario el goce de sus derechos constitucionales protegidos provincial, nacional y supranacionalmente (artículo 36, apartado 8 Constitución de la Provincia de Buenos Aires, reconocidos implícitamente en los artículos 32 y 43 de la Constitución Nacional; artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales) por los cuales se insta la garantía procesal del amparo.

En este punto, y atento las particularidades en casos de afectaciones de salud, considero que el requisito de continuar con la tramitación administrativa debe ser ponderado “cuando los perjuicios sean de tal magnitud que sería ilusoria la reparación posterior que podría obtenerse por las acciones y procedimientos ordinarios” (Serró, 2000: 399). En efecto, “El requisito de la inexistencia de otra vía legal hábil para reparar el agravio no tiene vigencia absoluta porque de existir un daño grave e irreparable, éste es suficientemente operante para que, desplazando la exigencia antedicha, la acción de amparo encuentre eco judicial” (STJ, 1987).

En el marco propuesto, destaco que mi objetivo deviene en analizar la acogida favorable de estas vías intentadas en tantos casos, que algunos defienden su elección sólo para casos urgentes y excepcionales, mientras que otros, que resulta una creación normativa para la defensa inmediata de un derecho constitucional conculcado, en beneficio de la celeridad (amparo) o un derecho que aparentemente le asiste al solicitante (caso de la medida cautelar). Ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que: “Corresponde que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del amparo cuando la remisión del examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, pudiera causar un daño grave e irreparable” (SCBA, 1994).

### **Legislación nacional y normativa aplicable (en general)**

#### **Ley n° 16.986**

I. La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de au-

toridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el “hábeas corpus”. 2. La acción de amparo no será admisible cuando: a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate; b) El acto impugnado emanará de un órgano del Poder Judicial o haya sido adoptado por expresa aplicación de la ley 16970; c) La intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado; d) La determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas; e) La demanda no hubiese sido presentada dentro de los 15 días hábiles, a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.

### **Código Procesal Civil y Comercial de la Nación**

**Artículo 321:** Será aplicable el procedimiento establecido en el artículo 498:...

2º) Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes.

### **Utilización de la vía**

Al respecto, debe tenerse presente que la acción de amparo constituye un remedio de carácter excepcional, por lo tanto su utilización está sólo reservada para aquellos supuestos en que no existan otras vías legales aptas para proteger los derechos constitucionales conculcados por actos u omisiones de particulares o de órganos del Estado. De allí que para la procedencia de esta acción se requieren circunstancias muy particulares, caracterizadas por la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la demostración de que el daño grave sólo puede ser reparado acudiendo a la vía urgente y expedita de este tipo de proceso (Gozaini, 2004: 314).

Se ha expedido la jurisprudencia, en torno a la consideración de derechos constitucionales en juego. Con fecha 8 de febrero de 2010, en la causa

caratulada “Pueblo S.R.L Y Otros C/ Provincia De Buenos Aires Y Otros S/ Amparo”, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín (provincia de Buenos Aires) confirmó la sentencia que rechazó *in limine* la acción de amparo que cuestionaba la restricción del horario de cierre locales bailables, los límites de admisión y los límites en el expendio de bebidas alcohólicas, con fundamento en que tales restricciones, establecidas por la ley 14.050, no constituyen una afectación constitucional de los derechos de comerciar, ejercer industria lícita, de propiedad y de igualdad.

### **Comprensión del instituto**

Tenemos que, por un lado, lo que concierne a una medida expeditiva como la “cautelar”:

(...) la doctrina procesal mundial ha ido receptando diversos institutos que, unidos a los ya existentes, buscan satisfacer las demandas de una justicia moderna, ágil y eficaz. A ese respecto se ha centrado el objetivo en la reformulación del proceso cautelar a fin de hacer realidad aquí y ahora la tutela jurídica buscada, logrando así la satisfacción efectiva de los verdaderos fines del derecho (Peyrano, 1997:226)

Ahora bien, en lo que a la vía del amparo, se ha dicho que: “La acción de amparo constituye una vía excepcional, que sólo procede contra todo acto u omisión de autoridad pública que amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos o garantías reconocidos por la Constitución Nacional, en ausencia de otro medio adecuado, o cuando la inminencia del daño hiciera ilusoria su reparación ( CNPen. Econ, 1994). [...] “Ante la existencia de dudas sobre la admisibilidad de la acción de amparo debe darse curso al trámite respectivo, porque lo definitorio radica en analizar si la vía del amparo es la específica para la adecuada, oportuna y eficaz defensa de los derechos invocados, según las circunstancias particulares de cada caso” (CNCiv, 2002: 266).

Sentado lo precedente, cabe reiterar los conceptos vertidos con anterioridad, aunque con diversos matices que hacen a la vía excepcional en estudio, es decir, y a mi criterio, debemos analizar en conjunto el tema procesal –ritual- y de fondo en cada caso en concreto que se inicie, valorando si los derechos en juego tienen entidad tal que merecen tramitar por la presente vía, con la rapidez que lo caracteriza, soslayando de ese modo, los trámites que acarrearía un proceso ordinario, con la producción de prueba que llevaría, los plazos pertinentes, etc., todo ello, en consonancia a lo que la doctrina jurisprudencial ha reflejado (ver lo detallado *supra*).

Comprendiendo ello, no debo pasar por alto un principio protectorio del derecho constitucional de acceso a la justicia, “*in dubio pro actione*”, ello nos lleva a que en caso de duda sobre la viabilidad de la acción de amparo por sobre las vías ordinarias, debe estarse a tener que resolver sobre la admisión formal del amparo, sin perjuicio de las consideraciones particulares de cada cuestión, teniendo en cuenta la irreparabilidad del daño denunciado, junto con el carácter excepcional de la vía.

Ya la Corte Suprema de Justicia Nacional ha dicho:

La acción de amparo constituye un remedio de excepción, cuya utilización está reservada para aquellos casos en que la carencia de otras vías legales aptas para resolverlas pueda afectar derechos constitucionales, máxime cuando su apertura requiere circunstancias muy particulares, caracterizadas por la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, y la demostración, por añadidura, de que el daño concreto y grave ocasionado sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a la vía urgente y expedita del citado proceso constitucional” (CSJN, 1994).

Ello, teniendo en cuenta los presupuestos desarrollados anteriormente juntamente con los criterios que la doctrina y la jurisprudencia exponen.

Esta acción constitucional de amparo no desplaza a ningún carril adjetivo, sino que socorre al sistema, cuando éste exterioriza la ausencia de uno, adecuado al objeto de la pretensión.

Más allá de las diversas inquietudes que giran en torno a su regulación y optimización, nadie duda de la ventaja de contar con el amparo, ni de cuanto nos ha permitido lograr en protección de derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna, por ejemplo, respecto de derechos personalísimos como la salud y la vida, derechos que se consideraban implícitos y se enfatizaron a partir de la reforma constitucional de 1994, especialmente del art. 42 y del art. 75 inc. 22, que otorgó jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, afianzando la primacía de la persona, entre muchas otras cuestiones.

Como también contar con medidas como la autosatisfactiva, que:

(...) atento a que su despacho se requiere en forma inmediata y definitiva, por imperio de las circunstancias fácticas que se denuncian, se impondrá sin previa audiencia del afectado, sin perjuicio de que, en casos excepcionales y cuando el marco de situación lo permita, el juez podrá arbitrar un sumarísimo y expeditivo trámite o audiencia previa, todo librado al prudente criterio del juzgador cuidando de no terminar desbaratando el objetivo y fin mismo de la medida (CSJN, 1994).

### Análisis de la vía

La lectura de la doctrina y jurisprudencia me ha generado la convicción de establecer un equilibrio entre los pensadores que entienden o se inclinan por considerar a la acción de amparo una vía puramente excepcional, y los que iteran que esta vía debe prosperar cada vez que se cree vulnerado un derecho constitucional, independientemente de las circunstancias o urgencias del caso.

Al respecto, comenta Alberto Sánchez, que la Corte Federal, sostuvo que:

(...) cabe aquí recordar que esta Corte, a poco de regir el nuevo texto del art. 43 CN, en fallo dictado en fecha 4-3-1996, ya interpretó esa disposición en el sentido de que mantenía vigente el requisito de la irreparabilidad del perjuicio que se invoca por vías distintas al amparo, dejando sentado que tal requisito constituía un presupuesto de admisibilidad de la acción. Se dijo allí que tal conclusión se fundaba en que cuando el constituyente condicionó la viabilidad de la acción expedita y rápida del amparo al hecho de que no exista otro medio judicial más idóneo, utilizó el vocablo idóneo en el sentido jurídico de hábil o eficaz...” [...] (...) constituye condición de viabilidad de la acción de amparo que el interesado acredite que no tiene opción por otras vías procesales más adecuadas, apropiadas, aptas para lograr la restitución del derecho constitucional que se dice menoscabado (Cassagne, 2007: 281).

La referencia al medio judicial más idóneo aduce a uno de los requisitos de admisibilidad, entidad tal del instituto que podría conllevar el rechazo *in limine* de la acción de amparo incoada o la prosperidad de la vía.

Y retomando el acuse de menoscabo a un derecho constitucional, el mismo depara, de acuerdo a su entidad y basamento jurídico-fáctico, aquel análisis de los estudiosos del caso, sea el Juez, la Doctrina, los litigantes, etc., que deben elaborar -en pos de clarificar el sentido del carril elegido- un criterio netamente objetivo equilibrando las distintas corrientes esgrimidas *ut supra*.

El artículo 43° de la Constitución Nacional reformada establece que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo. Considero procedente la vía elegida ello pues siempre que aparezca de manera clara y manifiesta la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la vía rápida del amparo .

Se trata de un precepto claro que no ofrece duda para su interpretación:

frente a un derecho cierto afectado o amenazado por conducta manifiestamente divorciada del ordenamiento jurídico, la Constitución Nacional otorga el amparo siempre, salvo que exista otro medio judicial aún más expedito y rápido que éste, en cuyo caso la vía amparista no se admite (Rivas, 1994 :633).

Ello es así pues siempre que aparezca de manera clara y manifiesta la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la vía rápida del amparo (Fallos:241:291; 280:228; 306:400).

Se trata de una acción “expedita y rápida” cuya justificación se deriva de la naturaleza de los derechos en juego; vale decir, la acción de amparo debe posibilitar un proceso rápido y una respuesta judicial adecuada y en tiempo oportuno. Es por ello que el art. 43 alude: “... siempre que no exista otro medio judicial más idóneo...”.

Así, en jurisprudencia (*Emigen S.A. c/Municipalidad de La Matanza s/ amparo*), la Dra. Laura Monti expuso:

(...) considero que no se encuentran reunidos en autos los requisitos exigidos para la procedencia de la excepcional vía intentada, en particular, como lo señaló el juez de primera instancia, en lo que respecta a la existencia de otras vías idóneas, a fin de proteger -sin daño grave o irreparable- los derechos que el recurrente entiende afectados.

Sobre el punto cabe sostener, en primer lugar, que el art. 20, inc. 2º de la Constitución Provincial establece que el amparo procederá siempre que no pudieren utilizarse, por la naturaleza del caso, los remedios ordinarios sin daño grave o irreparable.

Por su parte, el art. 43 de la Constitución Nacional prevé, en lo que interesa, que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo.

A su turno, la ley 7166 dispone que “la acción de amparo sólo procederá cuando no existan otros procedimientos ordinarios administrativos o judiciales, que permitan obtener el mismo efecto” (art. 2º).

Sobre la base de lo dispuesto en estas normas considero que el amparista, a fin de obtener la protección de los derechos que entiende que han sido conculcados, cuenta con las vías legales ordinarias pertinentes (conf. Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, aprobado

por la ley 12.008) que resultan más idóneas que la excepcional acción de amparo.

La alegada demora de los trámites ordinarios no resulta argumento suficiente para revertir lo decidido en este aspecto, toda vez que es reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que esta vía excepcional debe descartarse “... no sólo para obviar los trámites legales aptos sino también para urgirlos” (Fallos: 311:612; en análogo sentido, Fallos: 311: 2319;313:433).

### **Procedencia**

La acción de amparo, destinada a asegurar la plena vigencia de la Constitución Nacional, no introduce alteración en el orden legal de las competencias, doctrina recibida por el art. 2 inc. a) de la Ley 16.986. En consecuencia, la falta, el abandono o la suspensión del ejercicio de las acciones y recursos regulados por las leyes procesales para la defensa de derechos constituyen impedimentos sustanciales para la viabilidad del amparo. Por la vía excepcional del amparo no se pueden obviar las debidas instancias ordinarias administrativas o judiciales, salvo que queden acreditadas su ineptitud o ineficiencia para dilucidar el planteo. Los jueces no están facultados para evitar las posibles demoras de aquéllas autorizando otras que consideran más convenientes y expeditivas, ya que la demanda de amparo no altera las instituciones vigentes. La norma del art. 2 inc. d) de la ley 16.986 establece que el amparo es improcedente cuando la determinación de la eventual invalidez del acto requiere una mayor amplitud de debate o prueba (Cartaña, 1991).

La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Gral. San Martín (provincia de Buenos Aires) ha dicho que:

En cuanto al carácter excepcional del remedio jurisdiccional intentado, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que:

(...) La acción de amparo es un proceso de índole excepcional reservado para aquellas situaciones extremas en las que la carencia de otras vías legales aptas para zanjarlas pudiera afectar derechos constitucionales, y su viabilidad requiere, por consiguiente, circunstancias muy particulares caracterizadas por la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas y la demostración, por añadidura, de que el daño concreto y grave ocasionado sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a la acción urgente y expeditiva del amparo; razones del mismo orden conducen a descartar su utilización no sólo para obviar los trámites legales aptos sino también para urgirlos (Fallos: 311:612; en análogo sentido,

Fallos: 311: 2319; 313:433).

En idéntico orden de ideas, se ha indicado que resulta “necesario *acreditar* la ineficacia de los procedimientos ordinarios y un agravio irreparable derivado de su utilización, para que la vía excepcional del amparo sea admisible” (Fallos: 311:1357) y que la alegada “demora” del trámite ordinario “...no constituye, sin más, un argumento que justifique la procedencia de la vía sumarísima del amparo” (Fallos: 308:2068).

“La alegada existencia de agravios a derechos constitucionales no justifica la demanda de amparo, si en el ordenamiento jurídico vigente existen acciones para su debida tutela, que constituyen vía apta para la salvaguarda del interés comprometido” (Fallos: 310: 1548).

Tan disimiles criterios existen entre la jurisprudencia así como la doctrina, lo que parece, y me lleva al interés del presente estudio, no se ha receptado en la práctica con pacífico fin, el carril procesal del amparo, en la forma propuesta por el constituyente en la última reforma de 1994.

Se presentan discusiones sobre la factibilidad de un amplio debate de prueba para el caso concreto, lo que en fin llevaría al rechazo de la acción de amparo intentada, ya que su contenido no prevé aquel, sino un carril rápido, expedito, que intenta compensar ese menoscabo al derecho constitucional que se endilga conculcado.

Vale recordar que tras la reforma constitucional de 1994, en que se le asignó status constitucional a la acción de amparo, ésta no ha perdido su carácter de remedio excepcional. Así, se ha dicho que “...según conocida jurisprudencia de este Tribunal, resulta indispensable para la admisión del remedio excepcional del amparo que quien solicita la protección judicial demuestre, en debida forma, la inexistencia de otras vías legales idóneas para la protección del derecho lesionado o que la remisión a ellas produzca un gravamen no susceptible de reparación ulterior (*Villar, Carlos Alfredo c/ Banco Central de la República Argentina s/ amparo*).

No quiero soslayar las exposiciones sentadas por la CSJN en el caso “*Peralta*”, donde sostuvo que aun siendo el amparo un remedio excepcional y no absoluto, permitía a cualquier tribunal que advirtiera el quebramiento de una ley, decreto u ordenanza restablecer de inmediato su plena vigencia, aun frente al obstáculo de la ley reglamentaria. Ello así, por el artículo 2° inc. D de la Ley n° 16.986, se debe interpretar como un medio razonable concebido para evitar que la acción de amparo sea utilizada caprichosamente con el propósito de impedir la efectiva vigencia de las leyes y reglamentos dictados en virtud de lo que la Constitución dispone, pero no como un sistema tendiente a paralizar los fines que la ley promete, cuando el acto de autoridad arbitrariamente se fundamente en normas que resultan palmariamente contrarias al espíritu y letra de las normas.

También, se ha establecido que: “El amparo es un proceso excepcional que resulta apto sólo frente a situaciones extremas y delicadas, ante las cuales la ineficacia de otros procedimientos originan un daño concreto y sólo reparable por esta vía.” (...) “La existencia de remedios procesales ordinarios excluye la procedencia de la acción de amparo, siendo insuficiente a ese fin el perjuicio que pueda ocasionar la dilación de los procedimientos corrientes, extremo que no importa más que la situación común de toda persona que petitiona mediante ellos el reconocimiento de sus derechos.” (*Entre Ríos, Provincia de y otro c/ Estado Nacional -Secretaría de Energía- s/ Acción de Amparo*).

La doctrina sobre el alcance y el carácter de esta vía excepcional no ha sido alterada por la Reforma Constitucional de 1994, al incluirla en el art. 43, pues cuando éste dispone que “toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo”, mantiene el criterio de excluir dicha vía en los casos que por sus circunstancias requieran mayor debate y prueba y, por tanto, sin que se configure la “arbitrariedad o ilegalidad manifiesta” en la afectación de los derechos y garantías constitucionales, requisitos cuya demostración, como se dijo, es imprescindible para la procedencia de esa acción (fallos: 306/788, 319/2955 y 323/1825, entre otros).

Gozáini ha expresado que

(...) se debe evitar que el amparo continúe siendo visto como un proceso excepcional y extraordinario, pues la esencia de su mensaje es la protección inmediata (amparar) y efectiva, contra cualquier amenaza o lesión a un derecho fundamental. La continuidad del amparo-proceso sirve como excusa para evitar el juzgamiento, mientras que el derecho al amparo logra asegurar ese cauce mencionado para la tutela efectiva de los derechos humanos (Gozáini, 2004: 314).

Se desprende de su criterio, una corriente que cede a la exigencia ritual y específica de los requisitos que la misma Constitución expresa; con lo cual, sin dejar de lado la importancia jurídica de los conceptos vertidos por este doctrinario, intento por el presente estudio, no soslayar tanto el mecanismo de amparo propuesto constitucionalmente, como una “garantía procesal”, juntamente con los derechos en juego en cada caso que merezcan el curso de trámite urgente, ya que, de lo contrario, perdería virtualidad jurídica- procesal, tanto la acción de amparo, como el resto de los procesos ordinarios y extraordinarios preceptos en la normativa vigente, y valorados por el Juzgador a la hora de analizar la admisibilidad formal de los mismos.

Postula Gozáini su criterio diciendo: “...la promesa esencial del amparo-proceso consiste en habilitar una vía contenciosa que haga justiciable a

la misma Constitución, tanto en los derechos que otorga como pilares para los derechos del hombre, como la idea de lograr que ella misma se supere con la evolución de la sociedad” (Gozaíni, 2004: 314).

Cabe traer a colación las menciones sobre la procedencia de la acción de amparo cuando, aún existiendo otros medios legales ordinarios, ellos no tengan la autoridad suficiente para subsanar la violación de los derechos que se necesita, de modo que el rechazo de la vía de amparo incoada, y llevar al aspirante a los carriles ordinarios, resultaría provocar un riesgo que el amparo podría evitar.

Por ello, trato a su vez de ponderar que cuando según las circunstancias del caso merezca un proceso rápido y expedito, la acción de amparo se convierte en una verdadera “garantía procesal”, aquella consagrada y acogida primeramente por la jurisprudencia (*Siri*, *Angel s/ interpone recurso de hábeas corpus*), para luego receptarla la legislación nacional Ley n° 16.986, y la consagración definitiva en nuestra Constitución Nacional, artículo 43.

Vale la pena recordar así los orígenes de la presente acción, a su respecto, dice María Angélica Gelli que “En sus orígenes, la acción de amparo tuvo por principal efecto acelerar el dictado de las decisiones judiciales enderezadas a proteger a quienes sufrían una manifiesta violación de sus derechos constitucionales, en ausencia de remedios procesales adecuados para reparar aquella acción”; noto, la esencia del objetivo constituyente del año 1994, en cuanto prevé la aplicación del carril del amparo cuando los remedios judiciales ordinarios tornarían abstracto el pedido que conviene articular por una acción expedita y rápida como en el caso en estudio. En el mismo trabajo, expuso “...es posible asimilar al amparo –tal como fue aplicado por la Corte Suprema en los casos “*Siri*” y “*Kot*”- con los procedimientos de las *courts of equity* inglesas, en tanto las reglas procesales empleadas en esos procesos eran suficientemente flexibles como para admitir su adecuación al caso concreto. Se trataba, en suma, de suministrar por parte del Estado una respuesta jurisdiccional eficiente y concreta” (Gelli, 2008: 606).

Con ello, coincido plenamente con esta corriente doctrinaria, que explica una decisión, en concreto, del Estado, a través del órgano legislativo, que otorga la función-facultad al judicial, de tramitar por una vía especial y rápida casos que merezcan una rápida solución al derecho constitucional que se endilga violentado.

En la misma obra, explica la M. A. Gelli, respecto de los casos de la CSJN, “*Siri*” *Fallos* 239:459 (1957), y “*Kot*” *Fallos* 241:291 (1958), que en el primero procedió contra actos de autoridad pública y, el segundo, contra actos de particulares. No obstante, señala que en caso “*Kot*” la afectación del derecho provenía de la acción desarrollada por los miembros de un sindicato. En la sentencia, el Máximo Tribunal nacional, equiparó aquella acción proveniente de un sindicato a la fuerza estatal. Ambos fallos se dictaron en

momentos particularmente críticos para el sistema institucional argentino, crisis que tuvo efectos directos sobre la estabilidad de la Corte Suprema. La primera de las sentencias fue emitida por mayoría de cuatro de los integrantes del Máximo Tribunal, designados por el gobierno militar del momento, y la segunda, también por mayoría con la disidencia de dos de los nuevos ministros nombrados por el presidente constitucional Arturo Frondizi – quien sucedió al gobernante de facto, general Aramburu- al iniciar, aquel, su mandato.” (ob. Cit. Pág. 608).

Con los detallados antecedentes jurisprudenciales emanados de la Corte Federal, más allá de la distinción de uno y otro caso sobre contra quien procede la acción de amparo, “*el legitimado pasivo*”, es decir, por ante un particular o autoridad pública, no puedo soslayar la esencia o fin que el Máximo Tribunal ponderó y consideró para que prospere una acción extraordinaria, ya que entendió, que recurrir a los medios judiciales ordinarios para la consecución de los fines para los cuales fue intentada la acción, tornaría la cuestión en dar una tardía respuesta al derecho constitucional conculcado, de modo que la acción de amparo mereció tal acogida.

En la obra precedentemente citada de Juan Carlos Cassagne (2007: 281), decía Mario Rejtman Farah que:

(...) De una concepción extremadamente ritualista, y además muchas veces incorporada y producida por una interpretación jurisprudencial restrictiva, se derivará necesariamente una denegación de justicia y un desamparo que en nada contribuye a la defensa de los derechos individuales que la Constitución confiere a la justicia. Introducir por vía de interpretación criterios selectivos para acceder a la justicia, rechazando in limine la acción, es probar de una cobertura adecuada a la defensa de los derechos individuales que el sistema jurídico se propone fortalecer. De lo que se trata es de formular técnicas y herramientas conceptuales que hagan viable la realización de esos intereses” (192).

De este modo, propongo por el presente estudio establecer ciertos parámetros de análisis a la hora, bien de decidir sobre los requisitos formales de admisibilidad de toda acción de amparo incoada, y en otro lado, los derechos constitucionales en juego.

En la característica especial de vía que se trate, se ha dicho: “La índole excepcional del amparo ha sido reiteradamente señalada por la Corte Suprema, en tanto es un proceso reservado para aquellas situaciones extremas en las que la carencia de otras vías legales aptas para zanjarlas pueda afectar derechos constitucionales. Su viabilidad requiere, por consiguiente, circunstancias muy particulares caracterizadas, entre otros aspectos, por la

existencia de un daño concreto y grave que sólo pueda eventualmente ser reparado acudiendo a la acción urgente y expeditiva del amparo (CSJN- Fallos, 312:262). [...] La existencia de cauces ordinarios para discutir la cuestión que se plantea por vía del amparo no lleva, de por sí, al rechazo de la acción deducida, dado que, según lo normado en el art. 43 de la Const. Nacional, dichos procesos deben resultar más idóneos que la demanda de amparo (*Iamp Medisur S.A. c/ Poder Ejecutivo Nacional- Ministerio de Obras y Servicios Públicos*).

A su vez, y atendiendo al principio rector de *in dubio pro actione*, ha reflejado la jurisprudencia que “uno de los requisitos de la acción de amparo, es la inexistencia de vías ordinarias administrativas o judiciales, adecuadas para resguardar el derecho que se trate. Este principio cede cuando la remisión de la cuestión a aquellos procedimientos ordinarios, ocasionaría un daño grave o irreparable o cuando tal remisión constituya un ritualismo inútil” (*Asociación de Trabajadores de la Universidad del Nordeste c. Resolución 4/84 de la Universidad Nacional del Nordeste*).

El amparo no tiene por finalidad obviar o urgir el trámite de los procedimientos administrativos o judiciales previstos legal o reglamentariamente para el logro del resultado que con él se procura, ni resulta apto para autorizar a los jueces a irrumpir en asuntos ajenos a la jurisdicción que por ley tienen conferida, alterando el normal juego de las instituciones vigentes.” (Bandieri, Atilio E).

(...) en lo referente a la pretensión de que el actor pruebe que la elección de otra vía que no sea el amparo le traería aparejado un daño irreparable, que aquella constituye un exceso frente a la contundente verosimilitud del derecho invocado; siendo que, por lo demás, una demostración como la requerida por la demandada escapa, por sus características, al carácter sumario del remedio impetrado (Revel, Hermes).

Se ha dicho:

(...) el amparo nunca fue claramente aceptado como remedio procesal legítimo para controlar la constitucionalidad de las leyes. En líneas generales, la ley 16.986 receptó la tendencia jurisprudencial trazada antes de su sanción, que admitía el planteo de inconstitucionalidad de las leyes, decretos u ordenanzas sólo, en principio, tal como se señalara en el citado caso “Outón” (Peralta).

En el mismo sentido, esta obra (*Iamp Medisur S.A. c/ Poder Ejecutivo Nacional- Ministerio de Obras y Servicios Públicos*) recepta que:

(...) se decidió que la particular vía del amparo impide articular la declaración de inconstitucionalidad en abstracto si no resulta de la causa el planteo del supuesto concreto en el cual sea cierta o inminente la aplicación de la norma legal impugnada. En dicho caso, la improcedencia de la declaración de inconstitucionalidad está estrechamente vinculada con la inexistencia de “caso” requerido por la norma constitucional, más que con el hecho de que tal requerimiento se haya formulado en el ámbito procesal particularmente excepcional del amparo. [...] Lo cierto es que con la reforma de nuestra Ley Fundamental operada en 1994 se ha consagrado la facultad constitucional del juez de declarar la inconstitucionalidad de las normas, lo cual, insistimos, importa obviamente una potestad facultativa y no un deber. (pág. 172; 175/176).

Volviendo al análisis de requisitos de admisibilidad, en torno a la excepcionalidad de la vía, vemos (*Hipermercado Jumbo, S.A c. Municipalidad de la Capital*) que: “Si la indagación de las cuestiones fácticas invocadas requiere un adecuado debate y amplitud de prueba que el juicio de amparo no está en condiciones de proporcionar y que sólo puede lograrse en el marco adecuado de los procedimientos pertinentes, es un acierto la temprana desestimación de la acción promovida que no ha logrado provocar una distinta convicción en el Tribunal...”; aquí se rechazó *in limine* la acción de amparo contra la Ordenanza Municipal n° 39.925/84, que impedía a los supermercados expendir comestibles los días sábados y domingos y feriados durante las veinticuatro horas.

Por otra parte, en referencia a las alternativas de otras vías idóneas para el fin perseguido por el amparo, la jurisprudencia de la Corte Federal sentó que

(...) la existencia de vías ordinarias no obsta como principio a la utilización del amparo -el que será objeto de merito en cada caso en particular-. Pero debe tenerse presente, que la acción de amparo es un recurso excepcional, que no permite su extensión a supuestos que encuentran efectivo resguardo al acceso judicial por los remedios procesales ordinarios. De lo contrario estaríamos desvirtuando no solo la egregia extirpe de esta garantía constitucional sino minando la riquísima variedad de vías procesales ordinarias que el avance científico del derecho procesal a permitido incorporar en nuestros códigos rituales positivos (CSJN T. 316).

Ponderó Vallefin (2006: 516) que: “...la *amparización* y/o *cautelarización* del ejercicio judicial atenta contra el fortalecimiento del proceso or-

dinario como vía procesal primaria, natural e idónea, y puede conducir al “desgobierno” del ejercicio tutelar judicial por dichos conductos.”

Se ha señalado que “Dada la finalidad preventiva que también caracteriza a la acción de amparo no es necesario acreditar la existencia de un daño consumado para su procedencia: “... la procedencia de la demanda de amparo se halla supeditada a la inexistencia de vías legales aptas para la tutela del derecho que se dice vulnerado (Fallos 270:176 --La Ley, 131-528--; 300:1231). Por ser de trámite sumarísimo, no procede en el supuesto de cuestiones opinables, que requieren debate y prueba (Fallos 271:165; 273:84; 281:394, 229, 185 -La Ley, 134-1106, fallo 20.497-S; 134-382; 146-45-). Ni es, en principio, la vía apta para obtener la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos y ordenanzas (Fallos 274:79 -La Ley, 135-858-). Reviste carácter excepcional y sólo procede en situaciones de imprescindible necesidad de ejercerla (Fallos 280:394; 301:1061).”

También Sagües (2007: 193) ha explicado que: “En el supuesto que la vía administrativa no atienda idóneamente al problema (es decir, si su trámite, por uno u otro motivo, no es lo suficientemente útil para proteger el derecho vulnerado y puede, por ende, ocasionar un gravamen irreparable), el interesado puede articular el amparo *omisso medio*, es decir, directamente.”

Noto, conforme el presente estudio, dos corrientes ritualista:

Por un lado, la corriente que tiende a la viabilidad de la vía del amparo cuando algún derecho de índole constitucional sea vulnerado o potencialmente menoscabado, sin exigir para el caso, una estricta visión de cumplimiento y demostración que la vía elegida sea la única tendiente a proteger ese derecho invocado; -

Y por la otra, una corriente que liminarmente al análisis del derecho en juego, verifica la exigencia taxativa del cumplimiento de cada uno de los requisitos para la procedencia formal del amparo, tornando dicho carril muchas veces en abstracto, dejándolo únicamente viable para casos puramente excepcionales y extraordinarios, quizás –en este punto- alejado del sentido que el constituyente le dio en el dictado del artículo 43 de nuestra Carta Fundamental y de la Ley Nacional n° 16.986.

A su vez, cabe mencionar la etapa de un proceso en la que propongo como estudio, esto es, la del análisis formal de la acción de amparo iniciada, sin adentrar en la cuestión de fondo invocada, pero, no soslayando el alcance de lo solicitado y el raingambre del derecho constitucional que se trate.

Por lo que, a la hora de estudiar el alcance de lo pretendido por el solicitante, deberá el Juez interviniente analizar la urgencia y rapidez de la proposición traída.

Evaluando los antecedentes referidos y doctrina desarrollada, concluyo, y como oportunamente esgrimí, entender los antecedentes jurisprudenciales de la acción de amparo, y observar que tanto los Tribunales inferiores

como la doctrina de la Corte Federal han establecido en los fundamentos que comparto un criterio de admitir la vía del amparo para casos que revelen una asistencia y desarrollo procesal urgente, carácter básico de la acción de amparo.

Por ejemplo, en el caso del derecho a la salud, un derecho de raigambre constitucional, y que tiene recepción en numerosos casos jurisprudenciales, tanto en nuestra Corte Federal, Tribunales inferiores y doctrina especializada, noto una trascendencia con cualidad tal que la vía del amparo, en principio, debe tener acogida favorable en el trámite ritual.

En el mismo sentido, más allá de admitir la vía procesal en estudio, ello no importa la procedencia *ipso iure* de la demanda pretendida.

La acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias ni para obviar los procedimientos administrativos o judiciales.

La sola circunstancia de que se haya planteado un recurso en sede administrativa que se encuentra pendiente de decisión es suficiente para decidir la improcedencia del amparo pues una demanda de esta naturaleza no puede ser utilizada para sustraer la cuestión debatida del conocimiento de la autoridad que interviene en ella por recurso del propio interesado (Fallos 295:35 y 794; 303:419 y 307:178), aunque ello, y en el modo que he propuesto como estudio, no considero como criterio pacífico y absoluto, atento la potencialidad que según las circunstancias de cada caso- de acarrear un perjuicio irreparable.

De allí es que no se advierte el perjuicio irreparable que sufriría, eventualmente, la accionante, de acudir a los remedios ordinarios previstos en la legislación procesal para efectuar el reclamo, que equivoca por esta vía de excepción (art. 20 CPBA y arts. 1, 2 y concs. ley 7166 de la provincia de Buenos Aires).

La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, en la causa “Asociación de padres y amigos del discapacitado “todo para ellos” c/ Municipalidad de Necochea s/ acción de amparo”, en trámite ante el Tribunal de Menores N° 1 del Departamento Judicial Necochea (expte. n° 7625), dispuso: “Es menester, a ese efecto, que el interesado demuestre la ineficacia del sistema procesal en su conjunto, para obtener el resultado perseguido. El carácter subsidiario y de auxilio al ordenamiento adjetivo, que reviste la acción de amparo, lo impone, descartando todo evento que coloque al amparista en la situación común que enfrenta cualquier persona que recurre a la justicia para hacer valer sus derechos.”

No ha de entenderse que esa expresión autorice a prescindir de las vías administrativas cuando igualmente sean eficaces, sobre todo en supuestos en que conforme a nuestro ordenamiento jurídico, son previas a las judiciales. De lo contrario, mediante dicho remedio extremo podría, ante la

arbitrariedad o ilegalidad de un acto u omisión de algún funcionario, alterarse indebidamente la actividad normal de la administración pública evitando que en ese ámbito se lo corrija, y con ello las instituciones vigentes, con grave riesgo de un virtual desequilibrio entre los poderes del Estado, afectándose el orden establecido por la propia ley fundamental (Conf. este Tribunal en fallo del 25/4/95 en autos Comunidades Indígenas del Pueblo Kolla c/Finca Santiago S.A. y Empresa Ferrameiga S.A. s/acción de amparo; del 25/1/99 en autos Empresa Dal Borgo Construcciones c/Instituto de Estadísticas y registro de la Industria s/Amparo, y registro de la Industria s/Amparo, y del 29/12/99 en autos Frontera S.A. y otros c/OSECAC s/Acción de Amparo.”

Este remedio excepcional no puede ser utilizado para obviar los trámites legales aptos, ni tampoco para urgirlos, (Fallos 311:612) debiendo solo admitirse frente a situaciones que revelan la imprescindible necesidad de utilizarlo (Fallo 296:727), extremo que es menester demostrar.

### **Derechos y Garantías constitucionales**

Es preciso realizar una diferencia entre derechos constitucionales y garantías constitucionales; -

El derecho no es siempre suficiente para su efectiva vigencia o cumplimiento, precisa muchas de un medio que lo haga posible, y he aquí la garantía constitucional; por ello, vienen a ser los medios conducentes para la efectiva realización de los derechos constitucionales. Por ello, la acción amparo viene en resguardo a las normas procesales y procedimentales que, de realizar sus instancias, deviene una violación al cumplimiento de los derechos constitucionales, en caso de rechazar la vía, por incumplimiento formal a la hora de ser incoada.

Comprendo así, la necesidad de estudio respectivo y exhaustivo por los jueces a la hora de responder jurisdiccionalmente sobre la procedencia formal de la acción de amparo que les fuera presentada, ya que, de por sí catalogar sólo que determinados derechos merecen recepción de esta vía y otros, soslayando los posibles perjuicios que se tornarían irreparables, viola otros principios constitucionales, como la garantía de acceso a la justicia, a la igualdad, a la equidad, entre otros.

En lo que respecta a la reforma constitucional del año 1994, se consagra un derecho nuevo que antes era sólo un proceso judicial protector de garantías constitucionales: el amparo; en la redacción de la Carta Magna surge una cuestión que en este trabajo propuse como estudio: ¿Se convierte la vía del amparo en una instancia ordinaria, o sólo procede como excepcionalidad cuando no se puede utilizar para el caso o se culminan los procesos ordinarios administrativos o judiciales?, recordemos a su respecto que la citada norma (art. 43 CN) prevé que “...toda persona puede interponer ac-

ción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo...”.

En ello, encuentro que la receta constitucional del amparo trajo una forma procesal a instancias de sufrir un daño inminente o irreparable en caso de incurrir las vías ordinarias dispuestas con anterioridad, logrando así atención jurisdiccional urgente.

En los autos “*Baeza, Aníbal c/ Estado Nacional s/ amparo*” se produce una situación especial; interpuesta la acción de amparo, el juez de primera instancia, sin requerir el informe circunstanciado previsto en el artículo 8° de la Ley n° 16.986, entra a considerar el fondo del asunto y rechaza *in limine* la acción de amparo. Se juzgó a su turno que el rechazo *in limine* sólo es factible de darse en alguno de los supuestos del artículo 2° de la Ley n° 16.986, pero si eso no ocurre y la acción es formalmente admisible, y si el juez entra a considerar el fondo de la cuestión traída a debate, debe bajo pena de nulidad, sustanciar la demanda. (32)

En su obra, Gozáini (33) (Derecho Procesal Constitucional -amparo-editorial Rubinzal-Culzoni), habla dos tipos de protecciones:

\* Una, protección inmediata a través de una medida provisional o definitiva, pero donde el proceso continúa; aquí la tutela jurisdiccional opera como medida cautelar dictada en un proceso en trámite, que puede tener cualquiera de las características de la actualmente llamada tutela de urgencia.

\* La otra, una protección inmediata que satisface plenamente la petición, y como tal, termina el procedimiento con la sentencia; surge entonces, que la protección se otorga sin oír a la otra parte y con una providencia asimilable a los efectos de la cosa juzgada (la característica es la provisionalidad y la posibilidad de revisión en un juicio pleno).

Se dijo en dicha obra:

La tutela final –sostiene Lorenzetti– está relacionada no tanto con el peligro en la demora sino con la amenaza del daño. De modo que se puede discernir entre un perjuicio derivado del transcurso del tiempo del proceso, que autoriza la cautelar, otro derivado del hecho ilícito. En este último, el tiempo del proceso no es relevante, no es una variable con aptitud para distorsionar el resultado final. Esta protección se puede dar en un espacio procesal que puede ser diferente. Puede tratarse de un juicio ordinario que subordina la cautelar; puede ser un procedimiento precautorio autónomo; se puede dar dentro de un amparo, o bien resolverse en una instancia administrativa con facultades para hacer o actuar la pretensión perseguida (Gozáini: 462).

En esta corriente, se ha sentado que el amparo novedoso que se incorpora al texto constitucional concreta un derecho de acceso directo a la jurisdicción que impide controvertir sobre la existencia de la vía; pero este debate o excepción puede ser posible si se entiende que existen otras vías más idóneas que mejoren la calidad procesal de la acción directa.

Con lo expuesto, creo que el amparo previsto en la Constitución Nacional es un derecho directamente operativo, que tiene en cuenta el derecho que se tutela antes de la eficacia de la vía elegida; la vista y objetivo primordial radica –entiendo– lograr la tan ansiada tutela judicial efectiva

María Mercedes Serra (en obra citada -33- pág. 323) expone que: “...se debe admitir que los procesos constitucionales en general, y el amparo en particular, se diferencian de los procesos ordinarios por *la finalidad que persiguen y la materia tratada*, y porque constituyen instrumentos procesales diseñados para garantizar la supremacía constitucional y proteger de manera sencilla, rápida y eficaz los derechos del hombre consagrados en las cartas fundamentales y en las convenciones internacionales.” (lo subrayado me pertenece)

### **Tutela judicial efectiva**

El amparo, va de la mano de la tutela judicial continua y efectiva, vale decir, se busca mediante dicha vía la protección, procura de derechos y garantías constitucionales, en busca de un estado de derecho y socialmente protector de aquellos.

En el mismo sentido, dicha tutela protege los derechos y garantías en todo procedimiento administrativo y proceso judicial tanto de los individuos, como de los grupos sociales y de la comunidad toda que se ha visto varias veces vulnerada y desamparada.

Refiriendo a la nueva Ley de Amparo de la provincia de Buenos Aires (n° 13.928), Gabriela García ha dicho que la misma resulta propicia para una nueva provincia que busca mejorar y crecer junto a sus instituciones, llevándola hacia la tutela judicial y administrativa continua y efectiva. La nueva ley de amparo se ha encargado de generar el sendero adecuado (RAP, 2010: 81).

### **Legitimación activa (a modo enunciativo)**

El ejercicio de la legitimación activa de la acción de amparo se encuentra recepto en el artículo 43 de la Constitución Nacional, y reza:

1. Toda persona física o jurídica que se encuentre afectada en sus derechos o intereses individuales o derechos de incidencia colectiva; -
2. Las asociaciones que sin revestir el carácter de personas jurídicas justifique la exhibición de sus estatutos que no contrarían una finalidad de bien público; -
3. Defensor del pueblo. (artículo 86 CN).

### **Recepción de la última parte del artículo 43 de la Constitución Nacional:**

*“Declaración de inconstitucionalidad de la norma al caso concreto.”*

Culminando, no debo olvidar en el presente trabajo, más allá del encuadre procesal al amparo como vía idónea y admisible que propuse, la actual redacción del artículo 43 de la Constitución Nacional ha removido el obstáculo que representaba el inc. d, artículo 2° de la Ley n° 16.986, al habilitar por vía de acción de amparo, la declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesivos. Ello, amén de señalar que, aun antes de la recepción constitucional, la jurisprudencia mayoritaria se había pronunciado en favor de la misma, sobre la base de que esta restricción no podía ser entendida de manera absoluta, pues equivaldría a destruir la esencia misma de la institución del amparo, inspirada en el propósito de salvaguardar los derechos sustanciales de las personas cuando no existen otros remedios capaces a ese fin.

### **Conclusión abordada**

Con el desarrollo de la materia en estudio, destaco la esencia de la acción de amparo, ponderada tanto por la jurisprudencia de la Corte Nacional y doctrina resonante.

Vale decir, la transcripción que realiza nuestra Constitución Nacional refleja que estamos ante un acción expedita y rápida, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo (artículo 43);

Con ello, y meritando el análisis descripto, entiendo que con el transcurrir del tiempo, y del conjunto fáctico de acciones amparo presentadas ante la justicia, se ha limitado su recepción procesal atento ponderar en cada caso que la misma debe presentar una situación excepcional, especial, y que la viabilidad de una acción ordinaria tendría como consecuencia una daño irreparable por la ritualidad de aquellos, por ejemplo, en plazos, traslados, producción de prueba, alegatos, etc..

De modo que, más allá de explicar dos corrientes bien diferenciadas en el análisis procesal del amparo, entiendo que debemos –en conjunto social-comprender la esencia que dio el constituyente al artículo 43 CN, y recabar los antecedentes nacionales e inferiores para concluir que la situación que plantea el amparista debe comparecerse con un estado de necesidad que requiera una decisión jurisdiccional urgente, demostrando –si correspondiere- que instar las vías ordinarias administrativas o judiciales, pueda ocasionarle daño irreparable.

Por lo cual, compartiendo ciertos parámetros de ambas corrientes desarrolladas, resalto que: “todos” tenemos la tarea y responsabilidad de que –en cada caso- observar las características que la norma precepta para la viabilidad del amparo, esto es, cuando el objeto pretendido sea urgente, excepcional, especial, y necesite una decisión con las mismas características,

merece instar la vía de amparo en estudio; cuando suceda lo contrario, es decir, la posibilidad que otorga la norma de incurrir a otras vías idóneas para dicho objeto y ello no ocasione daño irreparable, corresponde rechazar la vía expedita y rápida del artículo 43 CN.

Por lo que, esta garantía receptada primeramente por la jurisprudencia, luego por la ley y finalmente por la Constitución Nacional, vino a establecer una “opción”, un “remedio”, una “vía especial”, un “recurso” ante situaciones que requieran una pronta expedición de la justicia, ello, como vía procesal pertinente por sobre las instancias ordinarias que la norma reza para cada caso.

De modo que, como resultado de estudio e investigación, concluyo que dentro del marco de una acción como la de amparo, debe existir por parte de quien la inste –y demostrar en consecuencia- un estado de necesidad que requiera respuesta inmediata del juzgador, por padecer un derecho constitucional que le ha sido violado, valiéndose así de una acción que le posibilite soslayar de procedimientos administrativos y/o judiciales ordinarios, atento que la instancia por ante ellos le haría un daño irreparable, por lo que, la acción expedita y rápida que prevé la Constitución Nacional y leyes, deviene de irreprochable aplicación.

No quiero olvidar, y destacar, que desde el punto de vista conceptual, amparar significa tutelar, o bien valerse del apoyo de alguien o algo previsto para lograr determinada protección a sus derechos;

Viene del latín *anteparare* que significa prevenir, lo que tiene consonancia con el texto constitucional cuando recepta “...en forma actual o inminente, restrinja, altere o amenace...”; ergo, el objetivo impuesto radica en la necesidad de, prevenir un daño, o bien dar una respuesta –en el marco de un proceso expedito y rápido- ante una petición concreta que persiga el cumplimiento o la no violación de un derecho constitucional.

Por último, quiero traer lo dicho por el autor Bidart Campos, quien opina que el juez puede y debe realizar un somero examen de admisibilidad de la demanda (*en la acción de amparo claro está*), y si *prima facie* dicho estudio desembocara en una conclusión de inadmisibilidad, debería rechazarse la petición iniciada, de todas maneras, tal análisis debe realizarse con “*mu-cha cautela y prudencia*.” Lo subrayado me pertenece (Campos, 1968: 200).

## Bibliografía

BIDART CAMPOS (1968). *Régimen legal*, Ediar. Antiguos, Buenos Aires.

CASSAGNE, J.C. (2007). *Amparo, Medidas Cautelares y otros procesos urgentes en la Justicia Administrativa*. Primera Edición. Buenos Aires.

CÁMARA DE APELACIÓN EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON ASIENTO EN SAN MARTÍN, provincia de Buenos Aires, en causa N° 363/05, caratulada “Emigen S.A. c/Municipalidad de La Matanza s/amparo (301)”.

CÁMARA FEDERAL RESISTENCIA (1984). “Asociación de Trabajadores de la Universidad del Nordeste c. Resolución 4/84 de la Universidad Nacional del Nordeste”, *LL*, 1985-B-91.

CORTE SUPREMA JUSTICIA DE LA NACIÓN (1990) “Peralta, Luis A. y ot. C. Gobierno Nacional”, *JA*, 1991-II-556.

----- (2000). “Entre Ríos, Provincia de y otro c/ Estado Nacional -Secretaría de Energía- s/ Acción de Amparo”, Fallos: 323: 1825.

----- (1957). “Siri, Angel s/ interpone recurso de hábeas corpus”, Fallos 239:459.

----- (1958). “Kot, Samuel S.R.L s/ recurso de hábeas corpus”, Fallos 241:291.

CORTE NACIONAL FED. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. (2003) “Iamp Medisur S.A. c/ Poder Ejecutivo Nacional- Ministerio de Obras y Servicios Públicos”, *LL*, 2000-B-280; *DJ*, 2000-2-254]. (Juicio de amparo. Omar Luis Díaz Solimine. Volumen 13. Hammulabi, Jose Luis Depalma, editor. 1° edición, Buenos Aires).

DOCTRINA SUPREMA CORTE BUENOS AIRES (2004) “Usuarios y Consumidores en Defensa de sus Derechos Asociación Civil”, sent. de 22-IX-2004. Mar del Plata. Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en dicha ciudad, sentencia en la causa A-318-AZ0.

Doctrina de Fallos: 301: 801; 303: 419 entre muchos otros, reiterada por la CSJN en autos “Villar, Carlos Alfredo c/ Banco Central de la República Argentina s/ amparo”, del 23-2-95).

GELLI M.A. (2008). *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*. La Ley. Cuarta edición. Tomo I. Buenos Aires.

GOZAINI, A. (2002). *Derecho Procesal Constitucional. Amparo. Doctrina y jurisprudencia*. Ed Rubinzal. Buenos Aires.

MORELLO, A. M. (1994) “ La primera sentencia sobre amparo a la luz de la Constitución reformada” *Jurisprudencia Argentina* 1994-IV-673 *Ley* 1995-E, 1330.

MORENO G. R. (2008). *Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Comentada, concordada y con notas de jurisprudencia*. Librería Editora Platense. La Plata

PEYRANO, J. (1997). *Medidas Autosatisfactivas*. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. Argentina.

REVISTA RAP PROVINCIA DE BUENOS AIRES (2009). “Actualidad jurídica provincial y municipal bonaerense”. *Doctrina*. Año VII. Nros. 81/82.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA DE SANTIAGO DEL ESTERO (1990). “Morini c/ Instituto de Seguridad Social”, en *Jurisprudencia Temática - Acción de Amparo*, por Cristella Seró, en “Amparo. Habeas Data. Habeas Corpus - I”, de la “Revista de Derecho Procesal”, Rubinzal-Culzoni editores, n° 4, Santa Fe.

SAGÜES N. P (2007). *Derecho Procesal Constitucional*. Acción de Amparo. 5° edición. Editorial Astrea. Buenos Aires.

VALLEFIN C. (2006) “Importancia y jerarquía constitucional de las medidas cautelares”. *Temas de Derecho Administrativo* en honor la Prof. Agustín A. Gordillo, Ed. Librería Editorial Platense.

## El presupuesto participativo como instrumento para una gestión democrática de la ciudad

Por Diaz Ailén

*“La participación ciudadana no es una exigencia retórica, ni una formalidad informativa, sino un debate político y cultural en el cual han de poder intervenir muchos actores, (...)”*

Jordi Borja y Zaida Muxí (2000).

### Introducción

El presente artículo tiene como puntapié inicial un trabajo final presentado a una materia<sup>1</sup> de la maestría que me encuentro cursando en la Universidad de Buenos Aires. Si se parte de la base que en un estado republicano y democrático es fundamental la participación ciudadana, también hay que tener en cuenta que ésta no siempre logra vislumbrarse, y mucho menos hacerse efectiva en la realidad cotidiana. De ahí surge el interrogante de cómo hacer para que dicha participación se concrete, en lo inmediato se liga a esta premisa la necesidad de contar con acceso a la información pública, y en consecuencia hay que volverse a preguntar cómo debe fomentarse y ejercitarse el derecho a la información pública, el cual nos proporcionará el material imprescindible para el debate público. En miras de este binomio, suelen pensarse métodos o técnicas para favorecer o estimular estos derechos.

Ya no hay duda acerca de su jerarquía normativa, se tratan de derechos humanos, siendo el estado el principal garante de los mismos.

Quizá hace unos años atrás, mecanismos como la audiencia pública resultaban muy prometedores, ello se plasmó en el gran tratamiento que tuvo dicho mecanismo por parte variados doctrinarios<sup>2</sup>. Sin embargo, ni ella, ni el referéndum, ni el plebiscito popular previsto en nuestra Constitución Nacional, han logrado una efectiva y real participación. En virtud de ello, surgió el novísimo instrumento del presupuesto participativo generando grandes expectativas, que si se canaliza adecuadamente podría lograrse un

1 La materia en cuestión, Técnicas de la Participación, incluyó la entrega de un trabajo final titulado: Los Gobiernos Locales y la Gestión Democrática de la Ciudad: La herramienta del Presupuesto Participativo, fue realizado en el marco de la Maestría de Derecho Administrativo y Administración Pública de la Universidad de Buenos Aires, que me encuentro cursando.

2 Por citar solo algunos trabajos: Gordillo, Agustín (2002), Licitación, audiencia pública, referendo, participación popular y prestación de servicios públicos, La Ley/A/954; Navas, Sebastián, (2012) La exigencia previa de la celebración de la audiencia pública en materia de aumentos de tarifas de servicios públicos ¿constituye una garantía constitucional?, La Ley/Ar/Doc/6019; Fonrouge, Maximo, (1998) Las audiencias públicas, Revista de Derecho Administrativo n° 24, Lexis Nexis.

rol educador en la ciudadanía respecto a la participación activa, y a su vez a través de él dinamizar otros derechos fundamentales. Podríamos decir que se encamina a constituirse en un instrumento articulador entre el estado y la sociedad, un acercamiento de los gobiernos a la gente, con la finalidad de tomarse decisiones en forma conjunta, para que los afectados por las políticas estatales puedan participar, acompañando, proponiendo, controlando las decisiones gubernamentales. Es allí donde se pone en práctica la gestión democrática de la ciudad, como mecanismo de democracia directa en el ámbito local.

### **Lo Previo: El acceso a la Información Pública**

Un estado que pretende efectivizar una democracia constitucional, que en su legislación se adhiere a principios de transparencia, acceso a la información pública y responsabilidad, requiere brindar información respecto de la actividad de los órganos de la administración, pues ello es condición y requisito previo de toda participación real de los ciudadanos, y también frente de control y crítica del ejercicio del poder (López Olivera, 2007).

Por ello, en las próximas páginas nos ocuparemos en primer lugar del acceso a la información pública, como medio necesario para la participación ciudadana, en particular en el ámbito local, donde es posible el desarrollo de la gestión democrática de la ciudad, a través de la técnica del presupuesto participativo.

Partimos del supuesto que para que haya una mayor inteligibilidad de la problemática a dilucidar es necesario comenzar por lo general para luego abreviar en lo concreto. Así vislumbramos el derecho humano al acceso a la información, que se encuentra amparado por nuestra Constitución Nacional. De esta forma, su artículo 1º, al establecer el sistema republicano y de gobierno democrático, instauro como regla la publicidad de los actos de gobierno. Más adelante, en artículo 14 consagra el derecho de peticionar a las autoridades y de expresar las ideas por la prensa; así como el respeto por la libertad de expresión en sus (artículos 32 y 33, respectivamente). Y, concretamente, el derecho de acceso a la información pública está garantizado en los artículos 41, 42, y el artículo 75 inc. 22, éste último otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, los cuales consagran el derecho de acceso a la información pública como derivación directa de la libertad de pensamiento y expresión. En particular, fue reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.19), la convención Americana sobre Derechos Humanos (art.13). Asimismo, se encuentra previsto por la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en la cual cabe destacar, Argentina es parte a partir de la sanción de la Ley N° 26.097.

A su vez, podemos citar la Declaración Universal de los Derechos Humanos que en su artículo 19, también lo recepta el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

En el ámbito nacional, contamos con algunas leyes que específicamente promueven el acceso a la información y la participación ciudadana, a saber:

Ley N° 24.076 y N° 24.065 (marcos regulatorios de gas y electricidad respectivamente).

Ley de defensa del consumidor (N° 24.240), Ley de Ética en la Función Pública (N° 25.188), Ley General del Ambiente (N° 25.675), Ley de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental (N° 25.811), Ley de proyección de datos personales (N° 25.326).

Enhorabuena, ya contamos con una ley de de Acceso a la Información Pública, N° 27.275, que entrará en vigencia en septiembre de este año. Esta necesaria norma, ha de ser celebrada y como afirma la Dra. Gelli (2016) es “un gran paso para la transparencia, el control de la gestión estatal y el consiguiente aseguramiento de los derechos. Conocer para controlar, petitionar para corregir eventuales decisiones”.

Luego de este repaso normativo, queremos enfatizar que estas disposiciones buscan fortalecer el activismo ciudadano. Así, un Estado democrático moderno, debe habilitar el diálogo entre el ciudadano que pregunta y opina, y el gobernante que informa y escucha, para mejorar su gestión. Se estimula la participación ciudadana y, en particular en lo que nos interesa, en la cosa pública municipal, lo que implica poner en manos de los ciudadanos las herramientas para impulsar políticas que mejoren la calidad institucional de la comuna, y como consecuencia de ello, mejoren su propia calidad de vida. Como ha establecido la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1946, la información pública, en manos de las personas, es la “piedra angular de todas las libertades”.

Por lo antes expuesto creemos que los municipios deben cumplir un rol protagónico en el fortalecimiento de la democracia y el sistema federal de gobierno y en este sentido, actuar en sintonía con otros niveles de gobierno, pensando y articulando políticas en conjunto, para y por la sociedad.

Es insoslayable mencionar la situación jurisprudencial respecto al acceso a la información pública, contamos con el célebre fallo de la Corte Interamericana *Claude Reyes v. Chile* (2006)<sup>3</sup>, y en el ámbito nacional la

---

3 “*Claude Reyes v. Chile*” (2006), donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo la existencia de un nuevo derecho humano fundamental como es el derecho acceder a la información pública y expresamente estableció “el derecho de buscar y recibir información del gobierno”. En particular, la Corte estimó que el derecho a la libertad de expresión comprendía el derecho a solicitar y recibir información bajo el control del Estado. En esa sentencia la

Corte Suprema también lo reconoció con el carácter de derecho humano, manteniendo una doctrina basada en los estándares internacionales en la materia, obligando a los organismos públicos a transparentar y publicar la información<sup>4</sup>.

Debe destacarse que en la Provincia de Buenos Aires y, en especial, en cada uno de los municipios de ésta, no hay ni hubo grandes trabajos sobre la materia, o consenso para buscar las mejores prácticas sobre las modernas doctrinas en la materia. En primer término, la Provincia mantiene un atraso enorme en política de acceso a la información pública. Así, la ley en vigencia, N° 12.475, es la encargada de garantizar dicho derecho a nivel local; pero a pesar de tener tal propósito se encuentra realmente desactualizada en base a los estándares internacionales mínimos en la materia y, en buena medida, restringe más de lo que garantiza al derecho de acceso a la información pública. De esta forma exige, por ejemplo, un interés directo o un derecho subjetivo para poder pedir la información y, requiere brindar una motivación o, fundamentación, de por qué se pide información<sup>5</sup>.

### **La Participación Ciudadana en la Gestión Pública**

El acceso a la información y la participación ciudadana son dos caras de una misma moneda, para poder participar en la cosa pública es necesario contar previamente con información adecuada y veraz, sino sería casi inverosímil poder participar adecuadamente en el debate público, es por ello que están íntimamente relacionadas. Esta dupla acceso a la información-participación fomenta la transparencia de la gestión pública como así también el control social de dicha actividad. A estas alturas es indudable que forma parte de un elemento esencial del Estado Social y Democrático de Derecho.

---

Corte no solo reconoció al acceso a la información pública como un DDHH fundamental, sino que también marcó ciertas pautas de vital importancia para la vida y funcionamiento de tal derecho, tales como que la información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un vínculo o interés directo para su obtención, y el principio de máxima divulgación, que establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a una serie restringida de excepciones. A su vez, también reconoció el principio de “buena fe”, en virtud del cual el Estado debe adoptar políticas activas tendientes a generar una cultura de transparencia, y responder a los pedidos de información de manera oportuna, completa y accesible.

4 Fallos “ADC c/ PAMI” (2012), “CIPPEC c/ EN - Ministerio de Desarrollo Social” (2014), “Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos -inspección General de Justicia” (2014), “Gil Lavedra, Ricardo y otro c/ Estado Nacional - Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios” (2014) y “Guistiniani c/ YPF” (2015).

5 Véase los fundamentos del proyecto de modelo de ordenanza para el acceso a la información pública, elaborado por la Clínica de Acceso a la Información Pública, dependiente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la UNLP, recuperado en [http://clinicas.jursoc.unlp.edu.ar/files/proyecto\\_ordenanza\\_acceso\\_a\\_la\\_informacion.pdf](http://clinicas.jursoc.unlp.edu.ar/files/proyecto_ordenanza_acceso_a_la_informacion.pdf) Consultado en junio de 2017

Tras mencionar el andamiaje jurídico en el cual reposa el acceso a la información, cabe ahora aludir a lo que se entiende por participación ciudadana en la gestión pública, pues a la misma nos queremos abocar. Según la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, en su artículo 2° “(...) se entiende por participación ciudadana en la gestión pública el proceso de construcción social de las políticas públicas que, conforme al interés general de la sociedad democrática, canaliza, da respuesta o amplía los derechos económicos sociales culturales y civiles de las personas, y de las organizaciones o grupos que se integran, así como de las comunidades y pueblos indígenas”<sup>6</sup>.

Estamos convencidos que la participación ciudadana es el mejor medio de transformación, mediante el cual se podría cubrir el vacío de legitimidad en la actividad pública, pues ella es una fuente legitimadora democrática en el interior del propio aparato del Estado, que garantizaría la adopción de las decisiones, se tomen en cuenta a todos los sujetos interesados o, al menos, sea valorado el conjunto de los intereses implicados.

Por eso no hay dudas de lo beneficioso que resulta una participación social activa, pues la valoramos en su capacidad de romper con la inercia de la exclusión y segregación de la mayoría de la población y, sobre todo, de los sectores populares, en la toma de decisiones de las políticas públicas que afectan su vida y posibilidades de desarrollo, y en la necesidad de un reapropiamiento de la esfera pública que promueva, y dinamice las relaciones entre el Estado y la sociedad. Una participación mayor, con calidad y diversidad, llevará a la consolidación de democracias sólidas en todos los niveles del Estado.

La participación puede entenderse en diversos grados, así nos encontramos: 1) como derecho de acceso a la información; 2) participación como consulta; 3) participación como codecisión 4) participación como cogestión<sup>7</sup>.

Son estas dos últimas formas, las más innovadoras y más eficaces en relación al vínculo Estado sociedad. Por ello pregonamos por una democracia participativa, necesaria en estos tiempos de crisis y deslegitimación que sufre nuestro sistema de representación política. Han quedado insuficientes aquellas técnicas otrora novedosas y esperanzadoras como el plesbicio, el referéndum y la consulta popular, hoy en día la participación ciudadana debe ser más activa, crítica y conciente, es decir que buscamos una participación que articule políticas generando innovación institucional y procesos

---

6 Recuperado en: [http://observatorioserviciospublicos.gob.do/baselegal/carta\\_iberoamericana\\_de\\_participacion%3%B3n\\_ciudadana.pdf](http://observatorioserviciospublicos.gob.do/baselegal/carta_iberoamericana_de_participacion%3%B3n_ciudadana.pdf), consultado en julio de 2017

7 Conforme la clasificación hecha por Medici, Alejandro, “El derecho a la ciudad. Poder local, participación y democracia”, en Medici, Alejandro (2011), *El Malestar en la Cultura Jurídica*, La Plata, Edulp.

de legitimación a través de consensos, no presupuestos sino renovados en forma continua a través de la co-decisión con la ciudadanía.

Este postulado no tiene como objetivo la mera consagración de la participación ciudadana como una buena práctica de gobernanza a estas alturas del siglo XXI, por el contrario se la reivindica no sólo como un derecho en sí, sino como condición dinamizadora o garantía genérica del ejercicio de los otros derechos.

Sin dudas que las políticas de participación ciudadana forman un derecho político específico, pero también y, al mismo tiempo, son condiciones necesarias del ejercicio de otros derechos.

Como indica Medici (2011), “la participación ciudadana tiene como objeto la democratización del espacio público y no se limita al ámbito de las instituciones políticas sino que se extiende asimismo al campo de la sociedad civil; se orienta a fortalecer las capacidades autoorganizativas de la sociedad, y es un medio de socialización de la política y de generación de nuevos espacios y mecanismos de articulación entre estado y sociedad. Fundamentalmente pretende tener en cuenta la opinión e, incluso, la codecisión de los afectados por las decisiones”.

No somos ingenuos y, sabemos que la complejidad de las sociedades contemporáneas, hacen inevitable algún grado de representación política y delegación. No obstante es innegable que en el espacio local-municipal-, es más factible plantear una articulación entre las formas de la democracia representativa y participativa.

### **Un nuevo enfoque: Gestión Democrática de la Ciudad**

En esta instancia nos parece apropiado destacar la gestión Democrática de la Ciudad, como un novedoso sistema de democratización de las relaciones existentes entre el Estado y la sociedad, el cual supone la puesta en juego de una serie de instrumentos y mecanismos que de forma sistémica propicien y activen la participación, la planificación y el control de la ciudadanía sobre las instancias de gestión pública, al tiempo que se promueve la mayor eficiencia de estas últimas.

Es decir que la gestión democrática de la ciudad puede ser entendida como control y participación de la sociedad, a través de formas directas y representativas, en el planeamiento y gobierno de las ciudades, priorizando el fortalecimiento y autonomía de las Administraciones Públicas locales y de las organizaciones populares.

En definitiva, se pretende el reconocimiento de los procesos y mecanismos jurídico-políticos adecuados que garanticen la participación efectiva de los ciudadanos y de las asociaciones representativas de intereses, en el proceso de formulación e implementación de la planificación urbana y de las políticas públicas; para una promoción democrática de las ciudades.

Normativamente este instituto lo encontramos en la provincia de Buenos Aires, con la Ley N° 14.449 de “Justo Acceso al Hábitat”, en su artículo 10 inc. c) como principio rector de dicha legislación, y la Sección VII “gestión democrática y participación” (artículos 57 y 58).

En este orden de ideas, vemos que el mayor desafío para los gobiernos locales, está dado en poder superar el rol tradicional que se le tiene asignado- prestador de servicios básicos- y poder asumir de manera creciente el papel de actor y promotor de una ciudad más justa y participativa.

Concordamos con Zárate (2004) cuando propone “que (se) debe generar mecanismos institucionales que posibiliten la real incorporación y la participación de los diferentes actores sociales, perfeccionando así su accionar democrático. El elemento primordial es la articulación, pues ni el sector público, ni el sector privado, ni los líderes sociales por separados tienen la fuerza, las competencias y las herramientas necesarias para llevar a cabo sostenidamente un proceso de desarrollo local”.

Entonces, la decisión político crucial, es incorporar procesos participativos en la toma de decisiones para propender construir consensos o, al menos, lograr un significativo apoyo social. Fundamentalmente se requiere la presencia activa del conjunto de la comunidad en la identificación de los problemas y soluciones, como así, en las etapas de ejecución, administración y control de gestión de las acciones del ámbito público.

Es por todo ello, que decimos que se debe democratizar en forma efectiva la acción política, integrando a los ciudadanos a un nuevo espacio público. Esto es posible, en la medida en que la participación popular, destinatarios de las políticas públicas, sean real y efectiva.

### **Ahora sí: El Presupuesto Participativo**

En virtud de lo expuesto anteriormente, a continuación nos abocaremos a una de las técnicas que posibilita una gestión democrática de la ciudad, que fomenta el acceso a la información pública y la consecuente participación que tanto añoramos: conocida como Presupuesto Participativo.

En primer término, debemos aclarar qué se entiende como ‘presupuesto público’:

es un instrumento fundamental del gobierno, debe representar un proyecto de plan anual, expresando las finalidades y las acciones a realizar, debiendo constituirse en una estimación razonable de los programas que se desarrollan para cumplir con las metas y objetivos que se fijan. El presupuesto público se caracteriza por tener una doble finalidad, por un lado un instrumento de programación de las acciones de gobierno, y como así también un medio que posibilita el control de las finanzas públicas, convirtiéndose ‘en un instru-

mento de importancia política fundamental para la gestión socio-estatal' expresando por un lado los resultados de las políticas tributarias y por otro, como los recursos producidos se destinan a las inversiones públicas" (Zárate Zenon , 2004).

Ahora sí, el presupuesto participativo tal vez sea la principal innovación institucional en materia de democracia participativa local en los últimos años, se hace mundialmente conocido y se extiende a Iberoamérica e incluso a Europa, a partir de la experiencia de Porto Alegre, Brasil en el año 1989.

No existe una definición única, porque los Presupuestos Participativos varían mucho de un lugar a otro. Sin embargo, en general, el Presupuesto Participativo es "un mecanismo (o un proceso) por el cual la población define o contribuye a definir el destino de todo o una parte de los recursos públicos. Puede ser entendido también como un sistema de formulación y seguimiento del presupuesto mediante el cual la población determina a través de diferentes mecanismos de debate y consulta, las prioridades para la realización de inversiones, obras y acciones de gobierno"<sup>8</sup>.

Es virtuosa la puesta en marcha de un proceso que genera una estructura orgánica de carácter asambleario que permite, mediante técnicas de debate, diagnóstico y priorización que todas las propuestas de los participantes (organizaciones sociales de distinto tipo, vecinos a título personal, junto con los técnicos municipales y los representantes electos) sean discutidas y tenidas en cuenta en los momentos de toma de decisiones.

Resulta entonces en un proceso de co-gestión, fruto de la articulación de la democracia directa y de la democracia representativa cuando son genuinos y no slogan de legitimación política, este tipo de procesos suponen una inversión de la forma tradicional de toda de decisiones (de arriba hacia abajo) favoreciendo que los ciudadanos decidan y obligando a los representantes electos y funcionarios encargados de la ejecución, en este espacio público se convierte en un verdadero centro de decisión.

Puede decirse que allí donde los presupuestos participativos arraigan constituyen un proceso educador, formador de ciudadanía más crítica, más conciente y más exigente, posibilitando que el vecino sea protagonista de las decisiones que afectan su vida cotidiana, pudiendo mejorar sus condiciones de vida, y no dejando su actividad política relegada al voto, sino que se incluye la posibilidad de controlar y fiscalizar la ejecución del presupuesto en el cual él puede participar para modificar sus condiciones de vida.

El presupuesto participativo es un mecanismo que necesita del acercamiento de la sociedad con la autoridad pública, por ello sólo un país, Perú tiene una Ley Nacional de Presupuesto Participativo aplicable al conjunto de los municipios y provincias. En el resto de los casos se concentran mu-

---

<sup>8</sup> Véase <http://base.socioeco.org/docs/72respuestas.pdf> Visitado en junio 2017.

nicipio (distritos, regiones o delegaciones), especialmente en las grandes ciudades.

Lo original del Presupuesto Participativo es la elaboración de una matriz presupuestaria a partir de las demandas territoriales y temáticas. Un primer momento clave de la prioridad de las demandas se hace en las asambleas. Un segundo momento clave será la prioridad final de las demandas. En las ciudades donde existe un Consejo del Presupuesto Participativo son los consejeros quienes tienen esta responsabilidad.

Un gran tema con estos procesos, son los montos destinados. Los recursos, se saben, son escasos y, la forma de destinarlos es una elección política, lo trascendente es que esta decisión ya no es solo del gobierno de turno, sino que incluye a la sociedad en su conjunto. No obstante, esta forma de decisión no hace que se posean más recursos sometidos a discusión, sin embargo esto no es un obstáculo definitivo o una condicionante. Lo que sí hay que tener en cuenta es transparentar el monto, por muy limitado que éste sea, explicitando por qué es limitado y, en consecuencia que sea la población quien defina reglas claras de juego para su asignación. El promedio de recursos destinados para la aplicación del PP varía entre el 1 y el 10% del total del presupuesto público. Se puede considerar que como comienzo, parece un buen porcentaje, sabiendo siempre que se trata de gastos flexibles, sin embargo, sería deseable que el monto aumentara en relación a una verdadera ciudadanía activa. Por otra parte, es posible que los ciudadanos conformes con el cumplimiento de sus propuestas, consideren cumplir con sus deberes fiscales, ya que en municipios que implementaron el PP se ha evidenciado un aumento de la capacidad recaudatoria [en] del municipio.

### **En estas latitudes**

Si se toma como ejemplo la República Argentina, se observa que la política de presupuesto participativo surgió en la ciudad de Rosario, a consecuencia de la crisis económica y social de 2001, en respuesta a las necesidades de relegitimación de las autoridades políticas y de reequilibrar el abismo económico-social entre ciudadanos/as. El objetivo era consolidar dispositivos más justos de redistribución de los recursos a nivel local, como un modo de reconstruir el vínculo entre Estado y Sociedad, gobernantes y gobernados, profundamente dañado por dicha crisis<sup>9</sup>.

En la actualidad se cuenta con un Red Argentina de Presupuestos Participativos (RAPP), creada en el año 2009 con su Consejo Directivo, constituido por la Secretaría de Asuntos Municipales del Ministerio del Interior, la Secretaría de Relaciones Parlamentarias de la Jefatura de Ministros de la

---

<sup>9</sup> Véase [https://www.mininterior.gov.ar/municipios/pdfs/SAM\\_04\\_presupuesto\\_participativo.pdf](https://www.mininterior.gov.ar/municipios/pdfs/SAM_04_presupuesto_participativo.pdf) Visitado en junio 2017

Nación. El objetivo de la RAPP es establecer una herramienta pública de promoción, sostén, fortalecimiento y expansión, pues, son varios los municipios que cuentan con esta herramienta, con resultados dispares. No debemos olvidar que el PP es un instrumento perfectible, en el cual cada municipio tiene su impronta a la hora de trabajar, y de implementar la metodología de desarrollo de las diferentes etapas. Sin embargo, su institucionalización es muy valorable y, si acaso, no se efectúa un acabado desarrollo, siempre hay oportunidad de encauzarlo.

Evidentemente, el PP es una gran oportunidad para la organización y participación de la sociedad civil, la cual a través de asambleas se detectan los problemas del Barrio, es decir, los vecinos plantean los problemas que existen en él. Las autoridades municipales no siempre están capacitadas para detectarlas, la carencia que ocasiona la presencia de la autoridad pública en muchos sectores, requiere de mecanismos que ponga a “la vista” los serios problemas, que en oportunidades se traducen en violaciones a derechos humanos, que deben corregirse. En virtud de ello, las propuestas no son unilaterales por parte de la administración, sino que son los vecinos que padecen dichos inconvenientes y afectación a sus derechos quienes enumeran sus propuestas para mejorar su calidad de vida, pues son los primeros interesados. La próxima instancia de esa participación vecinal, está dada en el orden de prioridades que se establecerán dada la importancia o necesidades barriales. Estas asambleas de discusión, pueden contar con la participación de los técnicos municipales para informar y verificar la viabilidad de los proyectos. Finalmente deberán elegir delegados barriales quienes realizarán el seguimiento de sus propuestas con el fin de convertirlas en proyectos concretos, listos para su ejecución.

Una vez más se focalizará en la condición básica para el buen funcionamiento del PP: sus participantes deben recibir en tiempo y forma la información necesaria. En tal sentido es importante comunicar a toda la ciudadanía acerca de todos los aspectos pertinentes al desarrollo del PP; esto forma parte de una condición necesaria para una mayor y mejor participación.

A su vez, estos procesos participativos necesitan encauzarse institucionalmente, por ello se establecen reglamentos de funcionamiento. El mismo debe contar con la flexibilidad y periodicidad de revisión suficiente que responda al carácter dinámico y a los cambios que vayan surgiendo de su propio funcionamiento. La revisión periódica de sus reglas es necesaria, dado que se trata de una política que permite y motiva un continuo aprendizaje. En relación a la reglamentación, un objetivo a lograr sería el diseño de un autorreglamento, muchos estados locales alcanzaron esta situación, pero existen casos en los cuales es la propia administración que con la visión

clásica de gestión, reglamenta el procedimiento, como sucede en el caso de la ciudad de La Plata<sup>10</sup>.

### **Algunos Inconvenientes**

Pero más allá de estos beneplácitos, debemos ser conscientes que la aplicación del presupuesto participativo no siempre tiene “éxito” ni obtiene el resultado esperado, pues es necesario contar previamente con ciertas condiciones y tener una real vocación de aplicación del sistema. En primer lugar, es ineludible contar con el compromiso de la autoridad pública que lleve adelante el proceso y, no sea un mero eslogan político, para que se concrete en la efectivización de las decisiones tomadas en forma conjunta con los vecinos. En segundo lugar, el interés de organizaciones de la sociedad civil y de la ciudadanía en general. Esta condición es determinante para la sostenibilidad de la experiencia. Por ello, es de vital importancia la publicidad y la difusión que el organismo estatal lleve a cabo. La tercera cuestión es una clara definición de las reglas del juego, siempre elaboradas con la participación de la población. Estas reglas se refieren a los montos que serán discutidos, los tiempos y las etapas, las pautas en la toma de decisiones (y en caso de desacuerdo, la responsabilidad y la capacidad decisional de cada actor), las formas de repartición entre las divisiones de la ciudad, y la composición del Consejo del PP- si es que se crea-. Estas reglas, como se ha dicho con anterioridad no deben ser decididas unilateralmente sino que necesitan ser construidas con la población y luego ajustadas año tras año, en función de los resultados obtenidos. La cuarta condición es la capacitación de la población y de los funcionarios municipales, tanto sobre el presupuesto en general como sobre el Presupuesto Participativo en particular, explicando cuál es su monto, el origen de los recursos y la estructura actual del gasto. Es importante también clarificar cuáles son los rubros que son de responsabilidad municipal y los que exceden su responsabilidad. Una quinta condición está relacionada con la necesaria información a la población, a través de todos los medios posibles: información sobre las fechas y lugares de reunión, y las reglas de juego que han sido definidas para el año. Finalmente, la sexta condición es la prioridad de las demandas jerarquizadas por la población con criterios técnicos que consideren un análisis de las carencias en equipamiento y servicios públicos. Esto es importante para posibilitar una distribución más justa de los recursos a fin de superar las desigualdades<sup>11</sup>.

---

10 El presupuesto participativo en la capital de la Provincia de Buenos Aires, nace por Ordenanza N° 254, del 21 de febrero del 2008 y es reglamentada por Ordenanza N° 343 al 29 de febrero del mismo año.

11 De las condiciones necesarias para el funcionamiento del Presupuesto Participativo consultado en <http://base.socioeco.org/docs/72respuestas.pdf>, junio 2017

Otros elementos a tener presente son la persistencia de una cultura política de tipo clientelista, así como la fragilidad de las estructuras administrativas y organizacionales, que plantean escenarios conflictivos a los principios y valores del presupuesto participativo. De esta forma puede generarse una participación declamada que en realidad no profundiza un proceso de innovación institucional ni de generación de consensos exigentes<sup>12</sup>. Ante esta situación es posible verificar obstáculos que pueden presentarse: desconfianza en la política en general y en cumplimiento de los proyectos; falta de mapeo de todos los actores y sus intereses, dificultades para que el vecino se enganche en los tiempos previsto, estrategias no planificadas, ni continuas, falta de difusión a la ciudadanía y, en particular, a los jóvenes, desinformación en el propio seno del municipio, debilidad en la cantidad y calidad de técnicos del municipio.

En relación a la aplicación del presupuesto participativo, el municipio debe ponderar cabalmente, entre otras cosas, las situaciones que hemos mencionado, dado que ello favorecerá su éxito. De esta forma para dotar a los gobiernos locales de poder efectivo, no basta con dictar normativas que lo declaren o reconozcan, sino que deben esforzarse en la praxis y la innovación de la gestión.

### **A modo de Conclusión**

Queremos subrayar la importancia y la revalorización que los gobiernos locales, deben darse pues poseen importantes responsabilidades de planificación económica, social y ambiental, y sin dudas son los entes estatales más cercanos a las necesidades de la población. Es precisamente la articulación entre la planificación integrada del territorio, y la incorporación activa del ciudadano en procesos como el presupuesto participativo, los que actúan como motor del desarrollo sustentable. Es por este motivo que los municipios pueden ejercer un papel importante en el liderazgo de los vínculos y relaciones entre los diversos actores implicados en los nuevos y viejos conflictos sociales, con el fin de orientar los cambios que nos permitan construir pueblos y ciudades más cohesionado y más sostenibles, social, económica y medioambientalmente.

Esta ecuación permite observar al presupuesto participativo como una gran herramienta en busca del nuevo rol que debe darse a los gobiernos locales, abriendo las puertas a un proceso de cogestión de los asuntos públicos entre el gobierno y la sociedad contribuyendo, así, a la profundización de la democracia directa en el espacio local.

---

<sup>12</sup> Situación que puede observarse en la aplicación del Presupuesto Participativo en la ciudad de La Plata.

Nos guía la esperanza de llegar a una sociedad más justa y democrática, por eso no debemos olvidar la primacía del acceso a la información pública para la obtención de una participación activa y eficaz de la ciudadanía, en pos de ejercitar todos sus derechos, y en particular lograr ser partícipes y controladores de la aplicación de los mismos.

## Bibliografía

CARTA IBEROAMERICANA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA GESTIÓN PÚBLICA (2009), Aprobada por la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado Lisboa, Portugal.

CLÍNICA JURÍDICA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP, (2017), *Proyecto de ordenanza modelo para el acceso a la información pública*, Recuperado en: [http://clinicas.jur-soc.unlp.edu.ar/files/proyecto\\_ordenanza\\_acceso\\_a\\_la\\_informacion.pdf](http://clinicas.jur-soc.unlp.edu.ar/files/proyecto_ordenanza_acceso_a_la_informacion.pdf).

GELLI, M. A. (2016). “Ley de Acceso a la información pública, los principios, los sujetos obligados y las excepciones”, *La Ley*, AR/DOC/2969/2016.

JORDI BORJA Y ZAIDA MUXÍ (2000). *El espacio público, ciudad y ciudadanía*, Barcelona, Ed. Electa.

MEDICI, A. (2011). “El derecho a la ciudad. Poder local, participación y democracia”, en *El Malestar en la Cultura Jurídica*, La Plata, Edulp.

MOSCARELLO, AGUSTIÓN R (2017). “El procedimiento administrativo y el diseño de políticas públicas participativas” Recuperado en: <http://www.mndabogados.com.ar/novedades/el-procedimiento-administrativo-y-el-diseno-de-politicas-publicas-participativas>. Consultado junio 2017.

LÓPEZ OLIVERA, M. (2007) “Participación ciudadana y acceso a la información pública” Recuperado en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2404/25.pdf> Consultado junio 2017.

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, MINISTERIO DEL INTERIOR Y TRANSPORTE (2013). “Presupuesto Participativo”, Buenos Aires, s/e, Recuperado en [https://www.mininterior.gov.ar/municipios/pdfs/SAM\\_04\\_presupuesto\\_participativo.pdf](https://www.mininterior.gov.ar/municipios/pdfs/SAM_04_presupuesto_participativo.pdf) Consultado junio 2017

SCHIBLER, G. M. (2017). “Dos aspectos puntuales acerca del régimen del presupuesto participativo porteño”. Recuperado en <http://www.adaciudad.org.ar/sitio/pdfs/eventos/ponencias/Presupuesto%20Participativo%20-%20Guillermo%20Scheibler.pdf>.

UN-HABITAT (2017). “¿Qué es y cómo se hace el Presupuesto Participativo? Quito, s/e, 2004”. Recuperado en: <http://base.socioeco.org/docs/72respuestas.pdf>.

ZÁRATE, ZENÓN JORGE (2004), “Las nuevas formas de participación ciudadana y los cambios necesarios para eficientizar la gestión municipal”. Recuperado en: <http://eco.unne.edu.ar/administracion/jornadas/area1/trab06.pdf>.

## Relaciones entre la teoría pura del derecho y los derechos humanos

¿Contradicción o compatibilidad?

Por Sisti Pedro

Sumario: 1. Introducción. 2- Clasificación de tipo de Positivismo Jurídico al que abreva la Teoría Pura del Derecho en la Doctrina. 3. Los Derechos Humanos y su fundamento iusfilosófico. 4. Primer análisis de compatibilidad: los Dualismos del Derecho a la luz de los Derechos Humanos. 5. Segundo análisis de compatibilidad: la *Grundnorm* (Norma Fundamental) y los Derechos Humanos. 6. Reflexión Final. 7. Bibliografía

### ABSTRACT

El trabajo pretende mostrar un aspecto no abordado usualmente de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen: su compatibilidad (o no) con el desarrollo actual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se analizará lo dicho por la doctrina acerca de la Teoría Pura y de la ubicación filosófica de los Derechos Humanos en el iuspositivismo o el iusnaturalismo, para luego establecer los puntos de partida que se tomarán al momento de compatibilizar la Teoría Pura con esta rama del derecho. En particular se analizarán de la Teoría Pura las cuestiones de los Dualismos del Derecho y la *Grundnorm* (Norma Fundamental), para ver si la teoría kelseniana puede ser compatible o no con relación a los Derechos Humanos.

Palabras claves: Filosofía del Derecho/ Derechos Humanos/ Teoría General del Derecho/ Positivismo Jurídico/ Kelsen.

### 1. Introducción

En este trabajo abordaremos la relación entre la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen y los Derechos Humanos, que a simple vista pueden parecer alejadas o incluso contradictorias, pero conforme se irá desarrollando, se verá que existe la posibilidad cierta no solo de compatibilizar el desarrollo actual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DDHH) con la Teoría Pura del Derecho (en adelante TPD), sino que incluso puede servir para abrir la discusión acerca de la justificación última de los sistemas normativos locales y su relación con el Derecho Internacional en general, y con los DDHH en particular, algo que por la última jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia ha vuelto a entrar en discusión.

Sin dudas la TPD de Hans Kelsen ha sido uno de los libros más analizados desde su publicación en el marco de la Teoría del Derecho<sup>1</sup>. Sin embargo, este trabajo pretende esbozar una aproximación a una cuestión no tan analizada: la compatibilidad (o no) de la TPD con los DDHH. Algo que a primera vista parecería indudablemente contradictorio.

Por ser la TPD un libro tan analizado, tendremos que proceder a deconstruir ciertas elaboraciones de otros autores que se han realizado sobre la misma, en las cuales muchas veces se ha desnaturalizado o malinterpretado lo dicho por el autor. También abordaremos algunas posturas iusfilosóficas acerca de los DDHH, que debemos adelantar que han sido identificados tanto con el *iusnaturalismo* como con el *iuspositivismo*, lo cual demuestra que no es una cuestión saldada.

Luego nos adentraremos en lo que resultará ser la cuestión central de este trabajo: analizar la compatibilidad (o no) de la TPD con los DDHH, tomando específicamente dos cuestiones centrales desarrolladas por Kelsen: los Dualismos del Derecho y la Norma Fundamental (esta última probablemente sea la cuestión más criticada y malinterpretada de toda la teoría kelseniana).

Por último, haremos algunas reflexiones acerca de las conclusiones a las cuales arribamos y proyectaremos las posibles consecuencias de las mismas en torno a la justificación de los ordenamientos jurídicos nacionales.

## **2- Clasificación de tipo de Positivism Jurídico al que abreva la Teoría Pura del Derecho en la Doctrina**

Existe gran consenso respecto de que Kelsen, y especialmente su TPD, es uno de los hitos más importantes (si no el más) en lo que hace al estudio del derecho en el Siglo XX. Han partido de la TPD, ya sea para atacarla, defenderla o complementarla, autores internacionales de la talla de: Hart, Ross, Dworkin, Rawls, Bobbio, Ferrajoli, Alexy, Atienza y Guastini entre muchos otros. De más está decir que en nuestro país la influencia de Kelsen (de la mano de Cossio principalmente) ha sido muy profunda, han dedicado largas páginas a su estudio autores como: Cossio, Carrió, Alchourrón, Bulygin, Vernengo, Nino, Smith y tantos otros.

Es indudable que intentar escribir algo novedoso acerca de la TPD resulta altamente dificultoso, si es que no imposible. Pero justamente por haber sido tan estudiada e interpretada, es que cobra una mayor importancia delimitar cuáles de las posturas atribuidas al autor son acertadas, y cuáles son una desviación de lo establecido en el texto.

<sup>1</sup> Adoptando el criterio clasificatorio atribuido a Bobbio. Guastini, Riccardo. Distinguiendo. Traducción de Jordi Ferrer i Beltrán. Editorial Gedisa, Barcelona.

Lo primero que debe establecerse al hablar de la TPD, es identificar qué edición (y traducción) se va a tomar como fuente, ya que incluso existen trabajos acerca de si su Teoría era la misma o cambió sustancialmente entre la primera y la segunda edición<sup>2</sup>.

En respuesta a este primer planteo, se aclara que para este trabajo hemos decidido tomar como fuente de interpretación tanto la primer edición publicada por EUDEBA (traducida del alemán al francés, y de este luego al español), como la segunda edición publicada por la UNAM (traducida directamente del alemán por Vernengo). Lo que haremos será, en los temas específicos, mencionar lo que dice una y otra edición, intentando obtener una postura uniforme.

Una vez establecidas las fuentes de interpretación, nos queda analizar lo que la doctrina ha dicho respecto de la TPD. No hace falta aclarar que esta cuestión en particular no podrá abarcarse de manera total en este trabajo, de hecho ni siquiera con un grupo de investigación destinado pura y exclusivamente a esta tarea durante años podría asegurarse que se ha estudiado en su totalidad lo que la doctrina ha dicho acerca de la TPD. Hecha esta salvedad, abordaremos en este apartado lo que la doctrina dijo de esta teoría respecto de su ubicación iusfilosófica como positivismo jurídico (algo en general no cuestionado, pero que tiene sus matices); en otro apartado analizaremos específicamente lo que la doctrina ha dicho acerca de la *Grundnorm* (Norma Fundamental), que sin dudas es una de las cuestiones que más se ha criticado y des-interpretado de la teoría kelseniana.

Lo primero que debemos decir es que dentro del positivismo jurídico, se han englobado teorías (y teóricos) muy diferentes. Para tener una idea, se identifican como positivistas a los siguientes autores: Austin, Bentham, Kelsen, Hart, Bobbio, Ross, Carrió, Alchourrón, Bulygin y Ferrajoli. Por lo tanto, debemos establecer a qué nos referimos cuando hablamos de positivismo. Una de las mejores maneras de hacer esto, es clasificar distintos tipos de positivismo.

En la doctrina se han realizado diferentes clasificaciones del positivismo jurídico. Una de las más conocidas es la de Bobbio (1997), que divide al positivismo en tres, de acuerdo a la “intensidad” o el grado de positivismo: el primero, y menos intenso, como una forma de acercarse al derecho (que llamaremos metódico o enfoque); el segundo en un término medio, como una teoría o concepción del derecho (teórico); y, el tercero y más intenso, como una determinada ideología de la justicia (ideológico).

Nino, tomando como punto de partida la clasificación de Bobbio (y sumando aportes de Carrió y Ross), ha hecho una clasificación de cuatro tipo

---

2 Han escrito al respecto Mario G. Losano (La Teoría Pura del Derecho: del Logicismo al Irracionalismo) y también Stanley L. Paulson (El período posterior a 1960 de Kelsen: ¿Ruptura o Continuidad?), por mencionar algunos.

de positivismos jurídicos: el escepticismo ético; el formalismo jurídico; el positivismo ideológico (o pseudo-positivismo según Ross); y el positivismo conceptual (Nino, 2007: 157). En esta última quedarían englobados todos los teóricos que él identifica como positivistas. Para Nino (2007), el positivismo conceptual “expresa que el sistema legal de una sociedad puede ser identificado y descrito sobre la base de circunstancias fácticas y sin necesidad de evaluar su coincidencia o no con principios de justicia y moralidad social”

Atienza por su lado no comparte la postura de Nino de que el formalismo jurídico sea un tipo de positivismo jurídico, y lo separa de este. Dentro del positivismo normativista identifica a dos vertientes: la de Kelsen que es más radical y considera al Derecho como un orden de normas coactivas; y la de Hart, que Atienza (2014) la considera más moderada y sofisticada, para quien el Derecho está compuesto por normas primarias y secundarias (estas últimas no son coactivas, sino que se refieren a las primarias):

Dentro de estas clasificaciones, podríamos decir sin ningún lugar a dudas que podemos trazar un cierto paralelismo entre el Positivismo Teórico (de Bobbio) y el Positivismo Conceptual (de Nino), ubicando indudablemente a Kelsen en ambas posturas. En adelante, cuando hablemos de Positivismo, lo haremos desde esta mirada.

### **3. Los Derechos Humanos y su fundamento iusfilosófico**

En este acápite no nos preocuparemos tanto acerca de la definición de los DDHH, qué derechos protegen y dónde podemos encontrarlos, sino que nos adentraremos en la discusión acerca de si los DDHH tienen una justificación iusfilosófica que se encuadra mejor en el iuspositivismo o en el iusnaturalismo.

Para dejar en claro, tomamos una postura amplia de DDHH, incluyendo todo tipo de instrumentos internacionales. Identificamos el inicio de los DDHH en 1948, con la sanción de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el ámbito de la Organización de Estados Americanos y también con la sanción de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el ámbito de Naciones Unidas. Englobando luego a la totalidad de Pactos, Tratados y Convenciones dictadas, como así también las decisiones y recomendaciones elaboradas por los organismos creados para su control (Comisión Interamericana, Comités de Naciones Unidas, Corte Interamericana, Relatores, Grupos de Trabajo, etc.).

De más está decir que se han elaborado diferentes tipos de justificaciones filosóficas acerca de lo DDHH, como bien dice Spector (2001: 34): “... las teorías disponibles recorren todo el espectro de la filosofía moral”. Realizando un excesivo recorte (necesario por las características de este trabajo), podemos establecer que una de las teorías centrales en esta cuestión ha sos-

tenido que los DDHH pertenecen a una corriente iusnaturalista, porque se ha entendido que los mismos entran dentro de lo que se ha denominado en la doctrina anglosajona “Derechos Morales”, que existen más allá (y antes) de su consagración normativa. Por ende, los DDHH son una expresión de la moral que sirve de justificación última al Derecho. Avalando esta postura podemos encontrar a autores como Nino y Dworkin.

Encontramos críticas muy interesantes a esta fundamentación moral de los DDHH, como por ejemplo la realizada por Vernengo, cuando sostiene que a dicha fundamentación la considera “infructuosa teóricamente y prácticamente riesgosa como política”, para luego aseverar que los DDHH “tiene que ser vistos como manifestaciones de esa libertad metafísica, como modos de la voluntad de poder” (Vernengo, 1990:298).

También elaboró una crítica a esta postura Bulygin (1987: 84), cuando manifestó que

la fundamentación de los derechos humanos en el derecho natural o en una moral absoluta no sólo es teóricamente poco convincente, sino políticamente sospechosa, pues una fundamentación de ese tipo tiende a crear una falsa sensación de seguridad: si los derechos humanos tienen una base tan firme, no hace falta preocuparse mayormente por su suerte, ya que ellos no pueden ser aniquilados por el hombre.

Por otro lado, existe la postura de que los DDHH se encuentran en el ámbito del Derecho Positivo, y por lo tanto dependen de su consagración. En esta corriente podemos encontrar distintas posturas: por un lado, las que sostienen que la consagración en cualquier ámbito (nacional o internacional) es suficiente para tomarlos como derecho positivo; por otro lado, quienes entienden que es necesaria la recepción en el derecho interno para que cobren vigencia efectiva. Estas diferencias no las abordaremos en este trabajo apartado, ya que al desarrollar la cuestión de la Norma Fundamental, las abordaremos, baste con decir que abrevamos a la primer postura, en la cual ya sea que se consagre en el ámbito internacional o nacional, deviene su obligatoriedad.

Como corolario de este apartado, creemos que si bien resulta atractiva la postura de entender que los DDHH forman parte de una moral universal (ya sea absoluta o variable), por entender que les brinda mayor legitimidad, preferimos adherir a la postura positivista y hacer nuestros los argumentos claramente planteados por Bulygin: “Para la concepción positivista, en cambio, los derechos humanos son una muy frágil, pero no por ello menos valiosa conquista del hombre, a la que hay que cuidar con especial esmero, si no se quiere que esa conquista se pierda, como tantas otras”<sup>3</sup>. De he-

3 Bulygin, Eugenio, obra citada.

cho, incluso algunos autores que han defendido la postura iusnaturalista de los DDHH, sostienen que estos tienen una “pretensión de positivización” (Spector, 2001: 45), lo cual demuestra que ambas teorías no se encuentran tan alejadas.

Una mención especial debemos hacer a la muy interesante y novedosa teoría elaborada por Barberis (2013), cuyas palabras finales citamos por parecernos una de las más apropiadas para tomar como el adecuado enfoque de este trabajo:

Dejando de lado las viejas concepciones iusnaturalistas y positivistas estándar, este ensayo ha propuesto adoptar una concepción positivista refinada que puede calificarse de evolucionista, especificacionista y pluralista. Evolucionista: los derechos humanos, como todos los valores, son agregaciones de evaluaciones subjetivas, que pueden ser institucionalizadas jurídicamente y objetivamente por las constituciones. Especificacionista: los derechos humanos son declarados por principios genéricos que admiten especificaciones diferentes. Pluralista: los derechos humanos son valores plurales y siempre virtualmente conflictivos, y para solucionar el conflicto necesitan técnicas como la ponderación y el juicio de proporcionalidad. Estas concepciones son realistas y no optimistas, pero precisamente por esta razón no debilitan sino fortalecen la lucha para convertir los derechos en adquisiciones evolutivas de la especie humana (40).

#### **4. Primer análisis de compatibilidad: los Dualismos del Derecho a la luz de los Derechos Humanos**

En la TPD, el Dualismo madre o central es sin dudas el Dualismo: Derecho Positivo-Derecho Natural. También identificado como Dualismo Ontológico. De alguna manera hemos abordado este Dualismo en el anterior acápite, cuando nos preguntamos acerca del fundamento filosófico de los DDHH. Si hubiéramos entendido que la fundamentación era iusnaturalista, nos hubiera resultado imposible abordar las cuestiones que analizaremos en este acápite y el anterior, ya que para Kelsen el Derecho Natural no es (ni puede ser) el fundamento lógico del Derecho Positivo. Esta es otra razón para sostener la postura que considera que los DDHH son parte del Derecho Positivo.

A continuación del Dualismo Ontológico, nos encontramos con los Dualismos Metodológicos, que son: Derecho Objetivo-Derecho Subjetivo; Persona Física-Persona Jurídica; Derechos Reales-Derechos Personales; Derecho Público-Derecho Privado; Derecho-Estado; Derecho Nacional-Dere-

cho Internacional<sup>4</sup>. Estos Dualismos Kelsen los unifica, demostrando que en realidad no son dos cosas (normatividades) diferentes, sino que son una única y misma cosa: Derecho Positivo.

En este acápite abordaremos los primeros dos Dualismos Metodológicos, es decir: Derecho Objetivo-Derecho Subjetivo y Persona Física-Persona Jurídica. Ya que tanto los Dualismos acerca de los Derechos Reales-Derechos Personales, el de Derecho Público-Derecho Privado, como también el de Derecho-Estado han sido indudablemente resueltos por Kelsen y en nada se ven modificados por el desarrollo de los DDHH. Luego en el siguiente acápite nos concentraremos específicamente en el Dualismo Derecho Nacional-Derecho Internacional, a la luz de la Norma Fundamental.

Comencemos con el Dualismo Derecho Objetivo-Derecho Subjetivo: en una escueta síntesis, podemos decir que la teoría tradicional sostenía que el Derecho Subjetivo era anterior y superior al Derecho Objetivo. Es decir, podíamos tener Derechos Subjetivos aún cuando el ordenamiento jurídico no los reconociese expresamente (una postura muy similar a la que vimos de los Derechos Morales). Sin embargo, para Kelsen los Derechos Subjetivos (en el sentido técnico, que significa la característica de poder ser exigibles), solo pueden ser fruto de su consagración mediante un Derecho Objetivo.

La única aclaración que debemos realizar a esta resolución del Dualismo, es la ubicación normativa del Derecho Objetivo. Esto es, en la teoría kelseniana se hablaba principalmente de una consagración normativa en el ámbito del Derecho Nacional, pero dejaba expresamente abierta la puerta para que el Derecho Internacional fuera regulando cada vez más de manera inmediata las conductas de las personas físicas. Como queda en evidencia del siguiente párrafo de la TPD:

En la misma medida en que el derecho internacional penetra con sus regulaciones en materias que hasta ahora sólo se encontraban normadas por los órdenes jurídicos esta tales particulares, tiene que reforzarse la tendencia al facultamiento y obligación inmediatas de los individuos (Kelsen, 1982: 162)<sup>5</sup>.

Con lo cual, vemos que existe una indudable compatibilidad entre los DDHH y la TPD en lo que a este Dualismo en particular, ya que sería el Derecho Objetivo (en este caso, los DDHH) quien otorgaría Derechos Subjetivos

---

4 Pettoruti, Carlos Enrique y Julio César Scatolini. Elementos de Introducción al Derecho. La Ley, Buenos Aires, 2005, páginas 76-77.

5 Podemos ver que en la edición de EUDEBA, el texto resulta muy similar: "En la misma medida en que el derecho internacional penetra en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos", página 162.

Abordemos ahora el Dualismo Persona Física-Persona Jurídica: en otra apretada síntesis, podemos decir que la teoría tradicional sostenía que la Persona Física existía con anterioridad e independencia de la consagración del Derecho Positivo. En cambio, la Persona Jurídica era una creación (ficción) del Derecho Positivo. Kelsen resuelve este Dualismo sosteniendo que existía una confusión entre la Persona Humana y el concepto de Persona del Derecho Positivo. La Persona (para el Derecho), es simplemente un ente de imputación normativa, que puede (o no) condecirse con la idea de Persona Humana. En pocas palabras, para Kelsen es equiparable el concepto de Persona con el de Sujeto de Derecho.

Un claro ejemplo de esta solución brindada por Kelsen la encontramos cuando analizamos el Derecho desde una perspectiva histórica. Muchas veces ha ocurrido que Personas Humanas no tuvieran personalidad jurídica, es decir, no fueran Sujetos de Derecho, como por ejemplo: los esclavos, las mujeres, y así distintos colectivos no eran consideradas Personas en sentido jurídico. Por suerte, y en sentido contrario, vemos cómo en la actualidad se da una extensión del sentido de Persona kelseniano a sujetos que no se condicionan con la Persona Humana, como los animales o la Naturaleza (Pacha Mama), a quienes se los identifica como Sujetos de Derecho. Por lo tanto, el concepto de Persona para el Derecho según Kelsen es similar al establecido en el viejo Código de Vélez en su art. 30: “son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones”.

Respecto de la compatibilidad de este Dualismo con los DDHH podemos afirmar que no existe una contradicción, ya que los DDHH de ninguna manera restringen el sentido que pueda dársele al concepto de Sujeto de Derecho. Lo que indudablemente ocurre es que se establece un punto de no retorno con respecto a la situación que ha existido con anterioridad en algunos ordenamientos jurídicos nacionales: nunca más podría establecerse la esclavitud o cualquier forma jurídica que niegue el carácter de Sujeto de Derechos a Personas Humanas. Porque su Subjetividad se encuentra ya establecida como necesaria en el Derecho Internacional, siendo este un “coto vedado” (Garzón Valdés), “frontera inviolable” (Bobbio) o “esfera de lo indecible” (Ferrajoli), es decir: “el conjunto de principios y/o reglas básicas de rango constitucional que ningún poder político constituido, ni siquiera aquél de la mayoría en los Estados democráticos de derecho, puede violar” (Bovero 2008). Como veremos en el siguiente acápite, este concepto resultará esencial a la hora de compatibilizar la Norma Fundamental con los DDHH.

## 5. Segundo análisis de compatibilidad: la *Grundnorm* (Norma Fundamental) y los Derechos Humanos

A continuación abordaremos sin ningún lugar a dudas la cuestión más dificultosa del presente trabajo, el de la Norma Fundamental (*Grundnorm*). Lo primero que nos vemos en la obligación de manifestar, es que esta cuestión ha sido vista como el punto débil de la teoría kelseniana, y por lo tanto el argumento más utilizado por sus críticos. Mucho se ha escrito al respecto, y no intenta ser este trabajo un análisis integral de lo que la doctrina ha sostenido acerca de la Norma Fundamental. Simplemente expondremos algunas posturas, para luego proceder a establecer el criterio que utilizaremos para realizar nuestro análisis.

Ya Hart (1968) criticó el sentido hipotético que (supuestamente) le había otorgado Kelsen a la Norma Fundamental, al sostener que “mientras que la validez de otras reglas del sistema puede ser demostrada por referencia a ella, su propia validez no puede ser demostrada, sino que *se da por admitida*, es *postulada* o es una *hipótesis*. Esto, sin embargo, puede ser seriamente equívoco”. Hart propone como superadora de la postura de Kelsen a su Regla de Reconocimiento, pero no entraremos aquí en el análisis ni comparación de esta con la Norma Fundamental. También han remarcado el carácter de “hipotética” de la Norma Fundamental Guibourg (2015), Millard (2016) (que la considera una ficción, más que una hipótesis, ya que no puede ser verificada), en el mismo sentido (de ficción) la entendió Cracogna (1998), y Nino la entendió como un “presupuesto epistemológico” (o “hipótesis de trabajo”) (Nino, 2003: 121), y en sentidos similares muchos otros, para quienes la Norma Fundamental no era una Norma en sentido estricto.

Una mención aparte requiere el estudio realizado por Candamil Pinzón (2014: 151), quien reelabora una interpretación de la Norma Fundamental, para luego tomarla como “principio fundante” y así extraer de ella “una matriz de modelo de Estado”. Si bien no aceptamos todas sus conclusiones y aseveraciones sobre la Norma Fundamental, tomaremos este concepto de Principio Fundante para enlazarlo con la ya mencionada teoría del Coto Vedado, para elaborar una teoría propia basada en la interpretación literal de Kelsen.

A continuación tomaremos de manera textual lo dicho por Kelsen respecto de la ubicación de la Norma Fundamental (del Ordenamiento Jurídico Nacional) como una Norma Positiva del Derecho Internacional. Primero en la edición de EUDEBA:

- c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional. Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del dere-

cho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz (Kelsen 2003: 116).

Resulta que, si bien algunos autores han tomado el contenido de esta norma para criticar a Kelsen (como por ejemplo Nino<sup>6</sup>), no han reparado acerca de la ubicación como Norma Positiva del Derecho Internacional de la Norma Fundamental, lo cual resulta, cuanto menos, extraño. Esto puede deberse sin embargo a que, conforme ya hemos manifestado, esta cuestión fue una de las tantas que sufrió una modificación sustancial para la segunda edición de la TPD. Por ejemplo podemos ver las diferencias cuando sostiene que:

En lo que sigue sólo se considerará, por de pronto, un orden jurídico estatal, es decir, un orden jurídico cuya validez está limitarla a determinado espacio: el llamado territorio del Estado, y que es tenido por soberano, es decir, como no subordinado a ningún orden jurídico superior. El problema del fundamento de validez de las normas de un orden jurídico estatal será explicado inicialmente sin tomar en cuenta un orden internacional considerado como supraordinado o coordinado al orden estatal( Kelsen 2003: 207).

No obstante esta modificación, encontramos luego que plantea la postura contraria:

La situación se modifica, sin embargo, si no se ve en el derecho internacional una parte integrante del orden jurídico estatal, sino un orden jurídico supraordenado a todos los órdenes jurídicos estatales, como un orden jurídico únicamente soberano que delimita a los órdenes estatales en sus respectivos dominios de validez; si no se parte de la primada del orden jurídico de un Estado, sino de la primacía del orden jurídico internacional.” Este orden contiene, en los hechos, una norma que representa el fundamento de validez de los órdenes jurídicos de los Estados particulares. De ahí que pueda encontrarse el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales particulares en el derecho positivo internacional. Dado que se trata de una norma positiva, y no de una norma meramente presupuesta, la que es fundamento de validez de ese orden jurídico particular (Kelsen 2003: 225).

---

<sup>6</sup> Nino, Carlos Santiago. Introducción al Análisis del Derecho. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, página 122.

Como vemos, la contradicción no es total, sino que se plantean distintas posibilidades de fundamentación del ordenamiento jurídico. Sin embargo, poco después establece que:

Puesto que el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales particulares ya no se encontrará en una norma presupuesta, sino en una norma jurídica positiva, implantada efectivamente, del derecho internacional; se plantea entonces la pregunta acerca del fundamento de validez de esa norma, y, también, la pregunta por el fundamento de validez del orden jurídico internacional, integrado por la norma en que reposa la autoridad del orden jurídico de cada Estado, la norma en que cada orden jurídico encuentra su fundamento de validez inmediato, aunque no último. Este último fundamento de validez sólo puede constituirlo la norma fundante básica del derecho internacional, que, de ese modo, es el fundamento de validez mediato del orden jurídico estatal. En tanto auténtica norma fundante básica, no es una norma impuesta, sino una norma presupuesta (Kelsen 2003: 226)

El tema central de este trabajo se centra en una frase que se encuentra pocas páginas antes de los textos citados, que es la que nos lleva a sostener que debemos adecuar la TPD debido al avance y desarrollo de los DDHH en las últimas décadas. Esa frase sostiene que “El principio de legitimidad está limitado por el principio de efectividad”, con el cual Kelsen sostiene que lo esencial de la Norma Fundamental, es que para que se considere legítimo a un ordenamiento jurídico, lo esencial es el acatamiento. He aquí la famosa Pretensión de Coerción que Alexy le achaca (con acierto) a Kelsen.

Nosotros discrepamos con esta aseveración de Kelsen, ya que creemos que la legitimidad del Derecho (tanto Nacional como Internacional) actual, reposa sobre el pilar de la protección de los DDHH. Podríamos reeditar estudios históricos que demuestran que tanto el nacimiento del Constitucionalismo como el del Derecho Internacional (en su configuración actual con Naciones Unidas como eje central) nacieron justamente para brindar protección a los hoy DDHH. Esto probablemente se deba al desarrollo que han tenido los DDHH en las últimas décadas, por lo cual lo entendemos como una reinterpretación de la teoría kelseniana.

Tomando la ya mencionada postura de Candamil Pinzón, entendemos que en realidad la Norma Fundamental resulta ser un Principio Fundante (del Derecho Internacional y Nacional), que en nuestro caso particular tiene como corolario una Matriz de Estado. Y no es casualidad que nos hayamos centrado en los DDHH, ya que entendemos que los mismos resultan ser uno (aunque no el único) de estos Principios Fundantes, este

proveniente directamente del Derecho Internacional, que ha decidido establecer un piso de derechos que garanticen la Dignidad Humana.

También abrevamos aquí a lo propuesto por Guastini, cuando asegura que “Si se conviene que el principio fundamental del ordenamiento es el criterio de validez, no se comprende cómo ese principio podría ser, él mismo, válido o inválido: los criterios de validez, obviamente, no son válidos ni inválidos”. Para luego establecer que “Es válida toda norma que haya sido dictada de conformidad con las metanormas que regulan su producción y que no sea materialmente incompatible con las normas superiores que limitan su posible contenido (Guastini 2011: 367). No abarcaremos en el presente trabajo el concepto de Metanorma por exceder holgadamente el objetivo trazado.

Es decir, entendemos que en el estadio actual del Derecho Argentino, existirían al menos 3 cuestiones que conforman los Principios Fundantes, o “Cotos Vedados” en nuestro ordenamiento jurídico: el Sistema Republicano de Gobierno, la Democracia y los DDHH. Esta postura no se basa solamente en una expresión de deseos, sino que tiene sustento normativo.

Interpretamos al art. 29 de nuestra Constitución Nacional como la muestra de que el Sistema Republicano es uno de los Principios Fundantes, ya que castiga como infames traidores de la Patria a quienes no respeten dicho sistema. El art. 36 nos parece asimismo otra muestra evidente de que la Democracia resulta ser otro de los Principios Fundantes. Y por último, reiteramos la postura de que el propio Sistema Internacional establece que los DDHH resultan ser otro de los Principios Fundantes (no solamente para nuestro ordenamiento jurídico, sino de todo el Sistema).

## 6- Reflexión final

Resulta evidente que aún pueden realizarse nuevas interpretaciones de libros clásicos, como la que aquí se propone. Sin embargo, el eje central de este trabajo tiene por eje remarcar la relevancia que tienen los DDHH en nuestro Derecho, especialmente a la luz de los últimos fallos dictados en esta materia por la Corte Suprema (en particular nos referimos a “Muiña” y “Ministerio de Relaciones Exteriores”), que han venido a poner otra vez en duda el rango que ostentan los mismos en nuestro sistema.

Entendemos asimismo que sin ningún lugar a dudas, los DDHH configuran un típico caso de Coto Vedado, siendo su protección un punto de inflexión irreversible en nuestro ordenamiento jurídico. Pero tan solo por si las dudas, y para seguir reforzando su protección, elegimos sostener su carácter de Derecho Positivo como una cuestión política- Compartimos en este sentido lo declarado por Bobbio (1991: 61) (a pesar de disentir acerca de la búsqueda de un fundamento filosófico absoluto de los DDHH, que sí creemos útil): “El problema de fondo relativo a los derechos humanos no

es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. No es un problema filosófico, sino político”.

## 7. Bibliografía

- ALBANESE S. (1999). Los valores en el sistema de derechos humanos. Ed. Ediar
- ATIENZA, Manuel (2014). Curso de Argumentación Jurídica. Editorial Trotta S.A., Madrid.
- BARBERIS, Mauro. (2013) Los Derechos Humanos como Adquisición Evolutiva. Doxa, No 36.
- BOBBIO, Norberto (1991). El Tiempo de los Derechos. Sistema, Madrid.  
----- (1997) El problema del positivismo jurídico. Versión castellana: Ernesto Garzón Valdés. Distribuciones Fontamara S.A., México, 1997 (Quinta Edición).
- BOVERO, Michelangelo. (2008). Qué No es Decidible. Cinco Regiones del Coto Vedado. Traducción de Álvaro Núñez Vaquero. Doxa, No 31, 2008.
- BULYGIN, Eugenio ( 1987) Sobre el Status Ontológico de los Derechos Humanos. Doxa 4.
- CANDAMIL PINZÓN, José Gerardo. (2014) De la Grundnorm a la Metanorma Constitucional. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá.
- CRACOGNA, Dante. (1998) La Norma Fundamental. Entre la Autocontradicción y la Futilidad. Doxa, No 21- II.
- CIURO CALDANI Miguel A (1999)., “*Principios y valores en el derecho constitucional*” en “*Los valores en la Constitución Argentina*”, ed. Ediar.
- DWORKIN, Ronald Los Derechos en Serio. Barcelona, Editorial Planeta, 2015 (tercera reimpresión).
- GUASTINI, Riccardo. (2011) Distinguiendo. Traducción de Jordi Ferrer i Beltrán. Editorial Gedisa, Barcelona.
- GUIBOURG, Ricardo A. (2015) Derecho, Sistema y Realidad. Editorial Astrea, Buenos Aires.
- HART, Herbert L.A.( 1968) . El Concepto de Derecho. Traducción de Genaro R. Carrió. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- MILLARD, Éric. (2016) Teoría General del Derecho. Traducción de Bernardo Carvajal Sánchez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- NINO, Carlos Santiago. (2007) Derecho Moral y Política II: fundamentos del liberalismo político: derechos humanos y democracia deliberativa. Editorial Gedisa, Buenos Aires.
- NINO, Carlos Santiago. (2003) Introducción al Análisis del Derecho. Editorial Astrea, Buenos Aires.
- PETTORUTI, Carlos Enrique y Julio César SCATOLINI. (2005) Elementos de Introducción al Derecho. La Ley, Buenos Aires.
- SPECTOR, Horacio. (2001) La Filosofía de los Derechos Humanos. Iso-

nomía No 15, Octubre de.

VERNENGO, Roberto J. (1990) Los Derechos Humanos como Razones Morales Justificadoras. Doxa 7-

### **8. Textos Fuente.**

- KELSEN, Hans. (2003) Teoría Pura del Derecho. Traducción de Moisés Nóvile (del francés), EUDEBA, Buenos Aires.

-----  
----- (1982) Traducción de Vernengo. Editorial Andrómeda S.A., Universidad Nacional Autónoma de México, México.





## SECCIÓN ESPECIAL IGUALDAD Y GENERO

REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN | Año 2 N° 4 | Invierno 2017

PORTADA: SERGIO MICHAEL ÁLVAREZ |  
DE LAS MÁRGENES Y OTRAS ORILLAS.

OBRAS A LA VENTA

## Contemplación

Miro las paredes de mi habitación.

Verde.

Rojo.

Amarillo.

Dragón rojo sin dientes y sin fuego. Dragón que emerge desde el verde de finas capas calcáreas que se levantan y retuercen en humedades.

Tiembla el techo de sombras y bultos que se hacen el amor. Se escucha la belleza de lo animal.

Una historia sigilosamente beata pasa como un rasguño interior de mi cuerpo.

Cuelgan los rosarios, los actos de contrición y los bellos Cristos de bronce clavados en cruces nacaradas. También hay vírgenes nocturnas y estampas enmohecidas.

Se me acabaron los rezos en secreto, los gritos y la saliva. Me mojo la lengua con lágrimas. Mis sílabas no son ni rezos, ni gritos pidiendo redención. Son sólo mieses que devoran los lagartos.

Son una historia de clavos, de espinas y sangre.

Quiero redimir a mi alma de los encierros. Quiero ser el hombre del fuego.

Quiero ser... Una historia incoherente. Una historia de hojalata y cinc, de papel de cigarrillo, de agua en el agua.

Quiero ser la historia de un cristo desclavado.

El dragón se duerme y chorrea de humedad.

## Aportes en torno a la desjudicialización de la identidad de género de niños, niñas y adolescentes

por Lascano Aramís

### Resumen

En primer lugar, introduciré algunas cuestiones y categorías que atraviesan el desarrollo del presente trabajo, advirtiendo el impacto de la sanción de la “Convención de los Derechos del Niño” en la mirada sobre la multiplicidad de problemáticas que involucran a niños, niñas y adolescentes. En segundo lugar, realizaré una caracterización breve sobre la situación del colectivo trans-travesti y la legislación vigente, para luego desarrollar la situación judicial elegida mencionando tanto la plataforma fáctica como la ruta atravesada por la joven *trans*, su madre y los/as profesionales que la acompañaron hacia la judicialización, y posterior sentencia. Por otro lado, a partir de una mirada crítica del ‘corpus’ del fallo, aportaré algunos elementos y caminos posibles a la decisión judicial finalmente tomada para, finalmente, añadir algunas palabras finales hacia la desjudicialización de la identidad de género.

### Palabras clave

Género, derechos humanos, transgénero, identidad

### Summary

First of all, I will introduce some questions and categories which crossed the development from this paper, emphasizing the impact which caused the “Convention on the Rights of the Child” on the point of view about great variety child and adolescents problems. In second place, I will make a little description about the reality of transgender people and the current law to develop the precedent chosen, describing the fact as well as the experience lived by the transgender adolescent, her mother and the professionals who worked with them until the sentence. At the end, I will analyze the essential point from the sentence, I will contribute some elements and alternatives to avoid the judicialize the gender identity.

### Key words

Gender, human rights, transgender, identity

### Algunas aclaraciones fundamentales

Una de las instituciones más cuestionadas por los feminismos del siglo XX fue, indudablemente, la familia. En particular, las críticas se dirigieron a la concepción imperante desde el siglo XIX de la familia nuclear como un “orden natural” que articula una sexualidad “natural” -la heterosexual y

monógama-, una reproducción “natural” -la heterosexual y con la crianza a cargo de las mujeres-, una producción “natural” -por fuera del hogar y a cargo de los varones-, y una disciplina “natural” -la de los varones sobre las mujeres y los/as niños/as y de las mujeres sobre los/as niños/as- (Jaramillo, 2008: 267).

En este sentido, opto por hablar de *heteropatriarcado* (y no de patriarcado y heteronormatividad en forma escindida) no solo para subrayar a ambos componentes como elementos coconstitutivos sino para explicitar y nombrar el rol fundamental de la heteronormatividad como “principio organizador del orden de relaciones sociales, política, institucional y culturalmente reproducido, que hace de la heterosexualidad reproductiva el parámetro desde el cual juzgar (aceptar, condenar) la inmensa variedad de prácticas, identidades y relaciones sexuales, afectivas y amorosas existentes” (Pecheny, 2008:14). La heteronormatividad sirve como matriz para la estigmatización, exclusión, invisibilización y criminalización de las identidades disidentes (gays, lesbianas, travestis, transexuales, transgéneros, bisexuales, queer e intersexuales) y de vínculos en oposición al patrón heterosexual. Es así que el sistema heteropatriarcal funciona “como un sistema de regulación de cuerpos y sexualidades, y de ordenamiento de esferas socioeconómicas, que permite la existencia de ámbitos feminizados al servicio de los masculinizados y garantiza la existencia de sujetos subalternos que los ocupen” (Orozco, La Fuente, 2014:102) en el marco del capitalismo globalizado.

En particular a la situación de las/os niñas/os –o las niñeces<sup>1</sup>-, cabe agregarle al componente heteropatriarcal de la sociedad, lo adultocéntrico; esto es, aquella matriz que “pone en condición de inferioridad y de ‘preparación hacia’ a niñas, niños y jóvenes, y a las y los adultos mayores como ‘saliendo de’” (Duarte, 2006:12). La mirada adultista funciona como parámetro para el mundo juvenil, impone un ‘deber ser’, lo que debe hacerse para ser considerado en la sociedad (madurez, responsabilidad, integración al mercado de consumo y de producción, reproducción de la familia, participación cívica, etc.) (Ibíd:65).

Las concepciones dominantes en el derecho no escapan a la presencia de estas matrices –heteropatriarcales, adultistas, capitalistas-, sino que inclusive se encargan de trabajar en su reforzamiento permanente a partir de, por

---

1 El Colectivo “Piedra, Papel y Tijera” es una organización social y política que trabaja hace varios años con niños, niñas y adolescentes de barrios populares, en particular, del Barrio “El Carmen” de la ciudad de Berisso. Aprendí junto a ellas/os, que, etimológicamente, la palabra infancia -que proviene del latín-, significa “el que no tiene la capacidad del habla”. Y, por otro lado, no creo conveniente utilizar la categoría “niñez” sino optar por “niñeces” buscando problematizar aquellas miradas que homogeneizan dicha población, al mismo tiempo que la normalizan, negando, así, los atravesamientos de clases, géneros, etnias, etc., que luego mencionaremos.

ejemplo, pensar al varón blanco, cisheterosexual<sup>2</sup>, blanco, de clase media, adulto, sin discapacidades como paradigma de sujeto de derecho.

La perspectiva adultista de observar al mundo, afectó claramente al campo de estudios sobre las niñeces, si tenemos en cuenta que hasta no configurar una cuestión social, los abordajes fueron escasos y es recién a partir de la década del '90 en que empiezan a desarrollarse en volumen investigaciones y trabajos de campo. El impacto en la academia nacional y latinoamericana fue acelerado por la realización de la “Cumbre Mundial de la infancia” en Nueva York en 1990, en la cual Argentina lleva como compromiso la ratificación de la “Convención de los Derechos del Niño” (en adelante, CDN) e instala la necesidad de implementar programas y acciones destinados a ella, así como deja en evidencia los niveles de ignorancia existentes sobre la temática (Güerureman, Macri, 2013:134).

Si bien existieron algunos instrumentos normativos internacionales sancionados previamente a la CDN en 1989<sup>3</sup> y el concepto de los/as niños/as como sujetos de derecho internacional es anterior a ella, esta convención introduce numerosos estándares de derechos humanos y es un programa de acción para los Estados y las sociedades que la han ratificado:

no es enunciado de buenos propósitos. Implica transformaciones en las relaciones del niñx con el Estado, la familia y la comunidad, por lo que las condiciones de posibilidad para hacer efectivos los derechos allí enunciados descansan en cambios en la normativa jurídica que regula dicha relaciones, las estructuras institucionales y las prácticas sociales en las que interactúan adultos y niñxs juntos (Pérez Cazenave, 2017:343).

No es irrelevante mencionar el momento histórico y las circunstancias sociopolíticas en la cual fue ratificada e incorporada la CDN por países de América Latina –en nuestro país, tiene jerarquía constitucional, según el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional- y por qué el enfoque dominante puso el énfasis en las libertades negativas: “éste presupone un modelo de Estado que tiende a reducirse a su mínima expresión, Estado-gendarme eventualmente eficiente pero no preocupado por las prestaciones positivas características del Estado de Bienestar en crisis que se pretendía transformar” (Beloff, 2011:2).

De esta manera, la CDN vino a sustituir al “tutelarismo clásico”, expresión que alude al conjunto de teorías y dispositivos que estructuraban a

---

<sup>2</sup> Cis (Lat., “de este lado”) es un concepto que se construyó en oposición a lo “trans” (Lat., “del otro lado”) y que, en síntesis, se lo utiliza para referirse a aquella persona cuya identidad de género coincide con el sexo que le fue asignado al nacer.

<sup>3</sup> Como la Declaración de Ginebra en 1924, adoptada por la Unión Internacional para la Protección de la Infancia.

la justicia de menores o los sistemas tutelares administrativos de menores latinoamericanos (Ibíd., 6) y que, en líneas generales, se basaba en una mirada paternalista que piensa a los/as niños/as y adolescentes como objetos de protección y custodia -sometidos a la intervención autoritaria del Estado y, sobre todo, del Poder Judicial- y no como sujetos/as de derechos. Es así que, a partir de la CDN y, en consecuencia, de la sanción de la Ley 26.061 y la Ley 13.298, en el ámbito de la Nación y de la provincia de Buenos Aires, respectivamente, se planteó este nuevo paradigma de promoción y protección de derechos según el cual, todo lo que disponga el Estado, deberá ser atendiendo al “interés superior del niño” y a la salvaguarda de sus derechos -cuestiones que luego profundizaré-.

### **Las niñeces más allá del binario**

A diferencia de otros grupos sociales desaventajados, la familia suele ser el primer obstáculo que enfrentan las travestis, transexuales o transgéneros para el libre desarrollo de su identidad. En general, hay una situación inicial de desprotección y expulsión del hogar, aunque la realidad y los vínculos familiares se matizan de acuerdo a distintos factores como la edad en que se asume la identidad de género, la región en la que habitan, etc., (Berkins, 2008: 68-70).

La Ley de Identidad de Género (Ley 26.743; en adelante, LIG) fue sancionada en la Cámara de Diputados/as -por unanimidad- en mayo de 2012, producto de la tenaz lucha y articulación del movimiento LGBTTTTIQ<sup>4</sup>, en particular, del movimiento trans y travesti encolumnado en el Frente Nacional por la Identidad de Género. Esta legislación, vanguardia en el mundo, está anclada bajo los principios de la autodeterminación, desjudicialización y despatologización de las identidades y corporalidades trans y travestis: garantiza el acceso al cambio registral de nombre y sexo mediante un ‘simple’ trámite administrativo y es la única que garantiza el acceso a procedimientos de ‘afirmación de sexo’ con el único requisito del consentimiento informado de la persona requirente, y con la cobertura del Plan Médico Obligatorio.

Ya no es necesario someterse a diagnósticos o dictámenes biomédicos y/o resoluciones judiciales condicionales -salvo alguna excepción legal, como luego mencionaré- para ejercer el derecho a la identidad de género y a la ciudadanía. La LIG deja en estado de indeterminación una de las entidades más sólidas del imaginario social: la dupla dicotómica “masculino-femenino”, entendida como una colección contigua de hechos biológicos, configuraciones psíquicas, modalidades expresivas, roles adscriptos de funcionalidad y apariencias para la interacción social (Meccia, 2012).

4 Sigla que comprende a lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transexuales, transgénero, intersex y queer.

Más allá de los avances formales en materia de derechos (sobre todo, a partir de la sanción en 2012 de la LIG), la situación de la inmensa mayoría de las personas travestis, transexuales y transgéneros en la Argentina es, problemática ya sea desde el acceso a la ciudadanía y/o en el campo de la salud, la educación y el trabajo, conviviendo y enfrentándose con distintas clases de violencias (estatal, sexual, doméstica, etc.) (Berkins, 2013: 6).

### Judicializando la identidad de género

La situación elegida para el presente trabajo aborda la trayectoria judicial de J., una joven transgénero de 15 años de edad<sup>5</sup>, oriunda de una ciudad del interior de la provincia de Buenos Aires. J. comenzó a exteriorizar su identidad de género en la escuela en el año 2009 cuando rondaba los 7 años de edad—aunque ya dos años atrás comenzaba a expresarse con otro género al asignado al nacer—.

Desde la dirección del colegio al que concurría, manifestaron que “no estaban preparados para estos casos”, y la enviaron a realizarse estudios psiquiátricos, psicológicos y genéticos. Sugirieron que su madre estaba ejerciendo “una influencia negativa” y hasta circuló la delirante hipótesis de que, como vive en un pueblo rural de la provincia de Buenos Aires, los agroquímicos podrían ser los causantes de esos ‘efectos indeseados’ (Curia, 2016). Las respuestas desde los/as profesionales fue sugerir el disciplinamiento: había que corregir los comportamientos de J.

La expulsión escolar, la patologización, la responsabilización de la ‘madre’ y la represión interdisciplinaria son parte del cóctel habitual que suelen rondar en torno al abordaje de las identidades trans y travestis. Novedosa fue la incorporación de los agroquímicos como condimento ‘causal de la desviación’: las personas transgénero nuevamente eran incorporadas al capítulo de la “teratología”, esa disciplina encargada del tratamiento de los seres humanos sexualmente monstruosos e inexplicables (Ben, 2000).

La situación que estaba atravesando J. llegó a la organización Mami-chula, que contactó a J. y su madre con Abogadx por los derechos sexuales (ABOSEX) en el año 2010. La actuación de este colectivo permitió que J. pudiese reincorporarse al colegio, y su madre, luego de interiorizarse y comprender las vivencias de su hija, comenzó a apoyarla y la autorizó para la modificación registral. Sin embargo, su padre —que no convive con ellas y prácticamente no tenía contacto— no prestó su consentimiento en orden a la

---

5 Si bien el texto de la sentencia fue difundido, esto sucedió sin autorización de la joven trans, su madre y/o los/as abogados/as que intervinieron, quienes habían requerido que se resguarde la intimidad e integridad de la adolescente al juzgado interviniente. La información para el desarrollo del presente trabajo fue recabada mediante conversaciones con un integrante del colectivo ABOSEX, el abordaje periodístico, parte del texto de la sentencia y complementada con la publicación en la página de esta organización, que destaca aspectos relevantes del fallo.

rectificación registral que se pretende, conforme el procedimiento de la ley de identidad de género. Por ello, teniendo en consideración lo dispuesto por el art. 5 de la LIG –que luego analizaré–, hubo que acudir, en el año 2015, a la judicialización de la situación de J.

Conforme al art. 27 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26.061, 2005) y la Ley 14.568 –cumpliendo con lo establecido por el artículo 12, incs. 1 y 2 de la CDN y el artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica–, se le designó una abogada a la joven para que represente técnicamente sus intereses, distinto al de su madre en función de los derechos personalísimos en disputa.

Desde la parte accionante, se sostuvo que en la partida de nacimiento de la niña estaba consignado el sexo masculino y nombre de varón; que la niña se identificaba desde los 5 años con el “sexo femenino”, y que actualmente concurría a la escuela y a otras actividades conforme a su identidad de género autopercebida, que expresa en forma sostenida y libre. Se sostuvo que su documentación registral no concuerda con su identidad de género, lo que facilitaba tratos discriminatorios y ponía en riesgo ‘el desarrollo de una vida plena y libre de violencia’ y que, el pedido era una decisión de la niña, luego del asesoramiento recibido en un lenguaje accesible y adecuado a su madurez.

Finalmente, luego de la intervención del agente fiscal y el asesor de incapaces –quien entiende que se debe hacer lugar a lo solicitado por la accionante–, J. fue escuchada por la jueza en audiencia que se celebrara con la presencia de la perito psicóloga del juzgado de familia, la secretaria de la Asesoría de Incapaces, y su abogada. Resulta interesante recuperar de la sentencia, parte de la apreciación judicial del testimonio de la joven trans:

...que tiene 14 años de edad, que tiene conocimiento sobre los motivos de la audiencia, hizo saber que concurre a la Escuela [...] cursando 6° grado del ciclo primario por la mañana, que antes cursaba en la Escuela [...]; expuso que viajaba a la ciudad de La Plata y era atendida por un psicólogo. Sostuvo que en relación a sus compañeros de clase no tiene ningún problema en lo que hace a su condición de género, aunque no tiene demasiada relación con ellos. Que vive junto a sus dos hermanos B. y K.A y el señor M. A quien es la pareja de su madre. Dio cuenta que fue por motivos propios que le solicitó a su madre el cambio de identidad en el documento, que con su padre mantiene escaso contacto y cuando le propuso el cambio de género, éste no le contestó, cambió el tema. Expuso estar al tanto de la ley de identidad de género. Que siempre la mandaron de la escuela a realizar tratamiento psicológico pero que no quiere hacerlo por propia voluntad (Consid. 5°).

La joven también manifestó que:

siempre la mandaron de la escuela a realizar tratamiento psicológico pero que no quiere hacerlo por propia voluntad. Que viaja a Buenos Aires donde es sometida a un tratamiento. Refiere que quiere agregar a su nombre el de I., quedando formado el mismo como I. N.J. Que, en el Hospital Pedro de Elizalde en la ciudad de Buenos Aires, comenzará un tratamiento psicológico, donde realiza un tratamiento hormonal y que en la Escuela es atendida por el Gabinete Pedagógico (Ibíd.).

Por otro lado, del informe de la perito psicóloga, trasciende que: su decisión de cambiar su documento de identidad, surge a partir de amigos y amigas transexuales que tiene vía facebook. Que allí supo de esa posibilidad, y decidió hablar con su madre para iniciar el trámite. Su padre no quiso firmar el consentimiento, entendiéndolo que la presente instancia tiene lugar por esa razón. N. manifiesta que en la actualidad no tiene ningún inconveniente con sus compañeros en el ámbito escolar. Aclara que se atrasó dos años por dificultades surgidas en la institución donde concurría antes, a partir de su elección de género. Sus amistades más cercanas pertenecen a su barrio y son con quienes se visita habitualmente y comparte distintos momentos. Comenta que concurría a danzas árabes pero que al momento no lo hace. (Ibíd.)

La perito psicóloga concluye que:

al momento de la audiencia N. se presenta lúcida globalmente orientada y con las funciones de su psiquismo conservadas. No se advierten signos de psicopatología de mención<sup>6</sup>. Es clara cuando se manifiesta respecto de su elección de género. Está al tanto de la ley que la ampara. Expresa su deseo de agregar un tercer nombre al ya elegido I. N.J para que conste en su DNI. Inserta en un espacio familiar en el que se siente contenida y escuchada. Se infiere que se desarrolla en un ámbito propicio y acorde a su edad. (Ibíd.)

Cabe agregar que el padre de la joven nunca se presentó en el proceso pese a estar notificado fehacientemente. Solo obstaculizó la decisión de su hija, lo cual tuvo como consecuencia la judicialización del ejercicio del derecho a la identidad.

La jueza sentencia concediendo la autorización peticionada, ordenando la rectificación de la partida de nacimiento correspondiente y la expedición de un nuevo documento nacional de identidad, tal como lo estipula

<sup>6</sup> No fue posible con los recursos disponibles para la realización del presente trabajo, determinar la alusión a la carencia de una psicopatología.

el artículo 4 de la LIG. Los principales argumentos utilizados por la jueza se centraron en: el interés superior de la niña, la capacidad progresiva y lo dispuesto por la LIG.

En referencia al interés superior, expresó que este principio, plasmado en el art. 3 de la CDN, reconocido en diversas leyes infraconstitucionales y en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN):

sirve de guía al juzgador y condiciona cualquier solución en aquellos conflictos en que existan intereses contrapuestos.

El niño como sujeto activo y autónomo tiene derecho a una protección especial que debe prevalecer como factor esencial, determinando que su interés moral y material debe tener prioridad por sobre cualquier otra circunstancia (Consid. 1°).

Asimismo, tiene en consideración la Observación General N° 14 emitida por el Comité de los Derechos del Niño en 2013, que señala que este interés superior tiene tres conceptos: como derecho sustantivo, esto es, como derecho de la niña/o a que interés superior sea una consideración primordial ponderable y tenido en cuenta al sopesar distintos intereses –como, en este caso, el del padre- para tomar una decisión; como principio jurídico interpretativo fundamental, es decir, se jerarquizará la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior de la niña/o; y como norma de procedimiento, esto es, que deberá tenerse en cuenta, siempre que se tome una decisión que afecte a niños/as y adolescentes, el impacto que puede tener en éstas/os.

Por su parte, con respecto a la capacidad progresiva de la niña, entiende a ésta como parte del cambio de paradigma que surge de la CDN, y en línea con lo dispuesto por el art. 5 de la convención citada y el art. 26 del CCyCN, sostiene que la capacidad “no está sujeta a categorías fijas, sino que es un sistema progresivo de autonomía que no tiene sujeción a una edad cronológica, sino que opera en función de la madurez intelectual y psicológica y grado de desarrollo del niño” (Consid. 2°). Argumenta que la noción de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos traslada “el eje de la mirada desde el concepto rígido de capacidad hacia la noción de origen bioético de competencia. Esta habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular” (Ibíd.) aun cuando no ostente plena capacidad civil y, teniendo en cuenta, la ponderación de que la persona pueda formar convicción y decisión razonada respecto de la cuestión que la involucra.

Finalmente, en cuanto a la mención a la LIG, en primer lugar, menciona lo dispuesto por los arts.1<sup>7</sup> y 2<sup>8</sup>, en cuanto a qué implica el derecho a la identidad de género y qué se entiende por éste. Para posicionarse respecto a la noción de género, sexo e identidad comienza a realizar algunas citas de doctrina jurídica<sup>9</sup>. En primer lugar, con respecto a la escisión entre género e identidad, expresa que:

Género e identidad no son aspectos opuestos, sino que se complementan. La identidad constituye un concepto multifacético; está ligada a la noción de permanencia. El derecho a la identidad no se limita a considerar el aspecto físico o biológico de la persona; comprende también el bagaje espiritual, intelectual, político, profesional, a través del cual, el individuo se proyecta socialmente exteriorizando su personalidad (Ciolli, 2012:11 en Consid. 4°).

Por otro lado, para definir qué entiende por género, acude a otra cita de doctrina jurídica:

el género se define como un conjunto de normas de comportamiento percibidas particularmente como masculinas o femeninas. Cuando el género asignado al nacer no se corresponde con el género con el que uno se identifica la persona sufre muchísimos problemas, sociales, económicos, prácticos y de identidad que requieren solución (Medina, 2012:45 en Consid. 4°)<sup>10</sup>.

7 Art. 1: Derecho a la identidad de género. Toda persona tiene derecho: a) Al reconocimiento de su identidad de género; b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.

8 Art. 2: Definición. Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

9 Si bien se puede compartir o no lo sostenido por esta autora -por lo menos, resulta discutible la necesaria e indisoluble vinculación entre identidad y permanencia, sin mayores precisiones-, es interesante analizar que ésta es una de las pocas citas doctrinarias en la sentencia, que proviene de una revista jurídica -y una autora abogada-, y no de una publicación u autora/r del campo de los estudios de género o queer, lo cual permite que se indique cierto enjaulamiento disciplinario en el marco de la sobrejerarquización del derecho como saber -situado sobre el resto de los saberes y disciplinas-.

10 Esta autora parece cometer una confusión conceptual -bastante habitual- sobre la noción de "sexo" y "género" -en particular, al reconocer la posibilidad de que la determinación genital y/o biomédica asigne un "género" y no un "sexo"- aunque por el escaso desarrollo no es posible afirmarlo.

Luego, prosigue citando a lo dispuesto por los arts. 4 y 5 de la LIG, respecto a las personas menores de edad, y concluye que, el interés superior, la capacidad progresiva, el derecho a ser oída vinculado con el derecho a la identidad de género –y el derecho a la dignidad, libertad- y la condición de sujeto de derecho implica que no puede desconocerse “la realidad humana en que se encuentra [la niña] siendo el Estado quien brinde satisfacción a todos los derechos y garantías mencionados, brindándole una respuesta jurídica adecuada” (Consid. 5°).

La falta de presentación del padre de J., el contacto y la escucha mantenida con la niña y su madre, los informes de los/as profesionales, el dictamen favorable del asesor de incapaces, fueron factores trascendentales, para la jueza, a la hora de conceder la autorización peticionada por la parte accionante.

### **Algunas observaciones a los argumentos**

Ahora bien, el resultado favorable de la petición formulada por J., no quita que se puedan analizar críticamente algunos extractos de la sentencia y la interpretación del articulado de la LIG y de la CDN. Uno de las transformaciones sustanciales aportadas por la LIG es la desjudicialización como principio, esto es, que las personas travestis, transexuales y transgénero que tengan 18 años de edad puedan realizar la rectificación registral sin necesidad de someterse al arbitrio judicial y/o a condicionamientos médicos, siendo necesario un trámite administrativo para modificar los datos personales en la partida de nacimiento y así obtener un nuevo documento nacional de identidad con el nombre autopercebido, que respete la identidad de género.

¿Qué sucede con las personas que no llegan a esa edad preestablecida? En primer lugar, es necesario analizar lo regulado por el artículo 5 de la LIG. Esta disposición determina que:

Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4° deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 [...]. Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Dere-

chos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes (Ley 26.743, 2012).

La desjudicialización como regla se altera cuando uno/a de los/as representantes legales, por cualquier motivo, se niegue o sea imposible obtener su consentimiento. Parece contradictorio que, por un lado, se tenga en cuenta la autonomía progresiva de las niñas/os y adolescentes (art.5, CDN; art. 24, inc. B, Ley 26.061) y, por el otro, se requiera que la solicitud sea requerida mediante sus representantes legales “con expresa conformidad del menor”. El principio de autonomía progresiva contempla las diferentes etapas por las que atraviesan los niños/as en su evolución psicofísica, determinando una gradación en el nivel de decisión al que puede acceder en el ejercicio de sus derechos fundamentales; se aparta del concepto de capacidad, y “se condice con la noción más empírica —de origen bioético— de competencia, conformada a partir del desarrollo de una conciencia reflexiva, libre, racional, independientemente de la ubicación del niño conforme el concepto de capacidad civil de rígida determinación” (Fernández, 2012:6). El art. 5 de la LIG estaría en colisión con lo dispuesto por el art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación<sup>11</sup> –vigente al momento de la sentencia- que establece que: “...la persona que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”<sup>12</sup> (Ley 26.994, Art.5, 2014).

Por su parte, tanto la CDN, como la Ley 26.061, establecen que la capacidad sería la regla, y la incapacidad la excepción para el ejercicio de los derechos por parte de los niños/as y adolescentes. Y como se advertía, sin estar vigentes aún las disposiciones del Código Civil y Comercial actual:

se encontraría invertida la carga probatoria o el onus probandi, al presumirse que todo acto en ejercicio de un derecho personal por una persona menor de edad que cuenta con el desarrollo, madurez y edad suficiente, se reputa realizado con discernimiento, intención y libertad. De esta manera, quien alegue lo contrario, debería probarlo” (Minyersky, Herrera, 2006: 56).

Una salida menos conflictiva, que eluda un proceso casi anual, la intervención de multiplicidad de profesionales, la sobreexposición de una adolescente y/o niña a un proceso judicial, y acorde con los principios fundantes de la LIG, en particular con la desjudicialización y la autodeterminación,

---

11 En el artículo 25, se determina que “menor de edad” es toda persona que no haya cumplido los 18 años y que “adolescente” es toda persona menor de edad, que cumplió 13 años de edad.

12 Ante la posibilidad de colisión de derechos entre representantes y niños/as y adolescentes, se establece a continuación la facultad de adolescente de defender su posición con el auxilio de asistencia letrada.

hubiese sido que, en la situación bajo examen, el progenitor ausente de la joven trans sostenga y pruebe la incapacidad de ésta para ejercer su derecho personalísimo a la identidad de género como derecho humano (art. 75 inc. 22 CN, arts. 7, 8, 9, CDN; art. 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 1, 2 y cc. LIG) y, en el peor de los casos, se llegue a los estrados de un juzgado para su determinación. El criterio rector podría ser el siguiente: el consentimiento de la joven trans, con el asentimiento de sus progenitores/as.

Otra interpretación posible hubiese sido que opere como condición solo la conformidad de uno/a de los/as progenitores/as o representantes legales a los efectos de dar trámite al pedido de rectificación del niño/a o adolescentes, teniendo en cuenta que aquellos/as son peticionarios/as en representación de la voluntad de éstos/as (Burgués, Navarro, 2016:154), cuestión ya saldada en la situación de J., teniendo en consideración la actitud tomada por su madre. Finalmente, queda pendiente pensar en la posibilidad de cuestionar la autoridad y/o legitimidad de un adulto –padre biológico- ausente en la crianza y cuidado de una joven, solo presente para cuestionar derechos personalísimos, como el ejercicio del derecho a la identidad de género.

Finalmente, cabe mencionar cómo en el transcurso de la sentencia, no hubo mención a los Principios de Yogyakarta -que establecen directrices elementales para los Estados y actores sociales en materia de discriminación por orientación sexual e identidad de género- diagramados en Indonesia en el año 2006, en el marco de una reunión de especialistas y referentes en el campo de los derechos humanos, sexualidades y género, y que han sido referencias para el dictado de resoluciones y políticas públicas en el ámbito nacional e internacional.

### A modo de cierre

No es posible estandarizar el análisis como si fuese cualquier sujeto/a judicializado/a, más aún si tenemos en cuenta que “la(s) vulnerabilidad(es) de los cuerpos trans que se someten al sistema judicial en busca de un reconocimiento de parte del Estado en relación con su identidad y expresión genérica proviene de estar sujetos al mundo de los “otros”” (Litardo, 2012:65).

Además, para abordar la situación de la joven trans no debe eludirse el principio de autonomía personal –más allá del principio de autonomía progresiva ya desarrollado- consagrado en el artículo 19 de la Carta Magna<sup>13</sup>; éste implica que:

---

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

siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado -y los demás individuos- no deben interferir en esa elección, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la búsqueda de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución” (Nino, 1989: 204-205).

La LIG claramente es una política pública válida para el desarrollo de planes de vida y ciudadanía plena de adultos/as y niños/as y adolescentes travestis, transexuales y transgénero.

La edad mínima legal establecida para el ejercicio de derechos es un criterio rector que puede funcionar como principio, pero que no debe ser un impedimento automático, de acuerdo a los derechos y principios contemplados tanto en la CDN, como en la Ley 26.061 y el CCyCN. Esto, teniendo en cuenta que:

...las normas no son unívocas y que los jueces no son sus mecanismos aplicadores; que las primeras adquieren significación de acuerdo al modo en que son articuladas y relacionadas con los hechos relevantes del caso y que los segundos son sus intérpretes paradigmáticos a través de actos de constitución de sentido (performativos) que no son actos puramente individuales, sino inexorablemente sociales. Es decir, sobredeterminados por los intercambios simbólicos del proceso general de la interacción humana en un momento y lugar determinados (Cárcova, 2014: 16).

Ya en 1986, la Corte de los Lores británica abrió las puertas, en “Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority”<sup>14</sup> –luego conocida como “doctrina Gillick” o “Gillick Competent”-, a la posibilidad de que una persona que no alcance la edad mínima legal establecida para el ejercicio de derechos personalísimos, puede hacer uso de esta posibilidad por estar en condiciones de comprender su decisión por su grado de madurez.

No es posible concebir que, para el reconocimiento de la identidad de género autopercebida, sea necesaria, como surge de la sentencia analizada y de las intervenciones de los/as distintos/as profesionales, la presencia de *“las crueldades tácticas que sustentan la identidad coherente”* (Butler, 2008:173), es decir, cómo se exige –y sobrejerarquiza- una homogeneización y cohesión entre la identidad, la expresión de género y la sexualidad, de acuerdo a cánones normativos. Considero que no es posible pensar a la identidad de

---

14 En este caso, Victoria Gillick, católica y madre de diez hijos/as, denunció a las autoridades sanitarias para impedir la aplicación de una resolución gubernamental que autorizaba la entrega de anticonceptivos a jóvenes menores de 16 años. Gillick quiso asegurarse, en uso de la “patria potestad”, que ninguna de sus hijas/os recibieran anticonceptivos, sin su consentimiento.

género como una suerte de formulario a completar, con ciertos requisitos, determinados y/o determinables por diferentes profesionales.

Inevitablemente al abordar –y judicializar– la situación de J., debemos remitirnos a la experiencia de Luana, una niña transgénero de –en su momento– 6 años, y la lucha de su madre, junto a distintos/as profesionales amigables, para el reconocimiento de su identidad de género autopercebida<sup>15</sup>. Si bien en esta situación, las aristas y complejidades fueron otras – como el rol de los medios de comunicación masivos, las decisiones de los organismos administrativos, la edad de la niña, etc., – la represión del deseo subjetivo y la sanción de la violación del mandato identitario estuvieron presentes ‘desde afuera’ al momento de la determinación y comprensión de las vivencias de una joven transgénero.

Repensar la sexualidad y el género “subvirtiéndolo los patrones de la reproducción, de la propiedad privada de los cuerpos y los placeres” (Grande, 2016: 63) es un camino arduo pero posible, si no asumimos roles policiales disciplinadores de la subjetividad de las personas –y, sobre todo, de niños, niñas y adolescentes– y tomamos distancia de las concepciones dominantes que imperan en el campo del derecho.

## Bibliografía

ABOGADXS POR LOS DERECHOS SEXUALES (ABOSEX). “Publicamos la parte pertinente de la sentencia judicial que reconoce la identidad de género de una adolescente trans en provincia de Buenos Aires según la ley 26.743”, Disponible en: <<https://abosex.com.ar/2016/06/06/publicamos-la-parte-pertinente-de-la-sentencia-judicial-que-reconoce-la-identidad-de-genero-de-una-adolescente-trans-en-provincia-de-buenos-aires-segun-la-ley-26-743/>>

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (20 de noviembre de 1989), Convención sobre de los Derechos del Niño [1989].

BELOFF, M. (2011). “La traducción latinoamericana de la Convención sobre Derechos del Niño”, En: Flah, Lily R. (dir.). Los desafíos del derecho de familia en el siglo XXI. Buenos Aires: Errepar.

BEN, P. (2000). “Muéstrame tus genitales y te diré quién eres. El ‘hermafroditismo’ en la Argentina finisecular y de principios de siglo XX”, En: Acha, O. y Halperín, P. (Comps.), Cuerpos, géneros e identidades. Estudios de Historias y Género en Argentina, Buenos Aires, Ediciones del Signo.

---

15 Para una mayor profundización sobre esta situación puede consultarse: Mansilla, Mónica Gabriela (2014) Yo nena, yo princesa. Luana, la niña que eligió su propio nombre, Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento.

BERKINS, L. (2008). “Un itinerario político del travestismo”, en Maffía, D. (Comp.), *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, Buenos Aires, Scarlett Press.

BERKINS, L. (2013). *La gesta del nombre propio. Informe sobre la situación de la comunidad travesti en la Argentina*, Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.

BURGUÉS, M. B. Y NAVARRO, E. M. (2016). “El nombre de los deseos”, en Paván, V. (Comp.) *Niñez trans: experiencia de reconocimiento y derecho a la identidad*, Los Polvorines, Universidad Nacional de General Sarmiento.

Butler, J. (2008). *Cuerpos que importan: sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”*, Buenos Aires, Paidós.

CÁRCOVA, C. (2014). “El derecho y sus enlaces con la literatura y el cine”, en *La Letra y la ley. Estudios sobre derecho y literatura*, Buenos Aires, Infojus.

Ciolfi, M. L. (2012). “Ley de identidad de género”, en *Suplemento Especial Identidad de género - Muerte digna*, Buenos Aires, La Ley, p.11-12.

CURIA, D. (2016). “Niñxs primero”, En: *Página 12, Suplemento Soy*. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/soy/1-4531-2016-05-08.html>.

CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA (28 de septiembre de 2005), *Ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes [Ley 26.061 de 2005]*. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm> >.

CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA (9 de mayo de 2012), *Ley de Identidad de Género [Ley 26.743 de 2012]*. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>>.

CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA (1 de octubre de 2014), *Código Civil y Comercial de la Nación [Ley 26.994 de 2014]*. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=235975>>.

DUARTE, K. (2006). *Discursos de Resistencias Juveniles en Sociedades Adultocéntricas*, Santiago de Chile, DEI.

FERNÁNDEZ, S. (2012). “La realización del proyecto de vida autorreferencial. Los principios de autonomía y desjudicialización”, en *Suplemento Especial Identidad de género - Muerte digna*, Buenos Aires, La Ley.

GRANDE, A. (2016). “Nuestra pequeña Lulú”, en Pavan, V. (Comp.) *Niñez trans: experiencia de reconocimiento y derecho a la identidad*, Universidad Nacional de General Sarmiento, Los Polvorines.

Güemureman, S. y Macri, M. R. (2013). “La configuración del campo de estudios sobre juventud, adolescencia e infancia en Argentina a partir de la recuperación de la democracia”, en Revista de Ciencias Sociales, Dossier Itinerarios de investigación, Mar del Plata, Sudamérica.

JARAMILLO, I. C. (2008). “Capítulo tres Familia”, en Motta, C. y Sáez, M. (Comps.), La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana. Tomo 1, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.

LITARDO, E. (2012). “Derecho e identidad trans. Escupamos sobre Júpiter”, en Revista de la Facultad de Ciencias Sociales N° 81, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

MECCIA, E. (2012). “Imaginación jurídica y experiencias trans”, en Barrancos, D. (Comp.), Moral, géneros y sexualidades en Argentina, Katz, Buenos Aires, en prensa.

MEDINA, G. (2012). “Comentario exegético a la ley de identidad de género”, En: Suplemento Especial Identidad de género - Muerte digna, Buenos Aires, La Ley.

MINYERSKY, N., HERRERA, M. (2006). “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061”, en García Méndez, E. (comp.) Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061, Editores del Puerto, Buenos Aires.

OROZCO, A. Y LA FUENTE S. (2014). “Economía y (trans) feminismo. Retazos de un encuentro”, en Transfeminismos. Epistemes, fricciones y flujos, Navarra, Txalaparta.

PECHENY, M. (2008) “Introducción. Investigar sobre sujetos sexuales”, en Pecheny, M., Figari, D., y Jones, D., (Comps.) Todo sexo es político. Estudios sobre las sexualidades en Argentina, Buenos Aires: Libros del Zorzal.

PÉREZ CAZENAVE, L. (2017). “Cambio de paradigma legal, actuación del Estado y estigmatización de lxs jóvenes”, en Derechos en Acción (ReDeA), N° 2, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, p.341-354. Disponible en: <<http://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/2856>>.

## Límites urbanos y sexuales: una sentencia como muestra de selectividad

Por Zygielma Tale Yael

### Resumen

En este ensayo nos proponemos investigar, a raíz de la sentencia que se dio a conocer por el Tribunal Criminal Oral N° 1 en el que agravan la pena a una trabajadora de la *Zona Roja* por el hecho de ser migrante, aquellos elementos que se ponen en juego a la hora de interrogarnos cómo fue posible un fallo de tales características, al cual consideramos, no como un acto carente de subjetividad sin finalidad política, sino como un producto socio-histórico inmiscuido de ideología y de discurso.

Para intentar desentrañar a la pregunta y a los diversos factores que confluían a la hora de analizar la problemática, tomaremos diferentes ejes.

Primeramente, lo referido a criminalización, selectividad y vulnerabilidad para entender cómo operan dichas categorías en las vivencias que tienen las trabajadoras sexuales todos los días y de ese modo intentar dar cuenta del funcionamiento del poder punitivo en dicho contexto.

Luego analizaremos el control que recae sobre estos sujetos; desde dos perspectivas que se entrelazan; primeramente, en lo que hace al entramado del **espacio público**, ya que estos sujetos irrumpen en la escena de una ciudad diseñada acorde a ciertos postulados y crean una resistencia al modo de habitar esa ciudad; y segundo como se intenta disciplinar a estos sujetos con identidades no masculinas cuando salen a la ciudad mostrando otras formas posibles de habitar **el género**.

Por último haremos un análisis crítico del agravante por nacionalidad que plantea el fallo, desnudando la verdadera intencionalidad que subyace al mismo como acto político regulativo de la sexualidad en el espacio público.

Palabras claves: espacio público, migrantes, género, criminalización.

### Introducción

#### *La selectividad del poder punitivo sobre el colectivo trans.*

Comenzaremos hablando de la *criminalización secundaria*, y en particular del modo que tiene de expresarse en manos de las agencias policiales, cuando se proyectan en la zona roja de la ciudad de La Plata. Utilizaremos esta categoría que consideramos apropiada para dar cuenta de la situación que vivencian las *trabajadoras sexuales*<sup>1</sup>

1 En este trabajo no ahondaremos en las discusiones binómicas entre abolicionismo y reglamentarismo, sino que tomaremos el término *trabajadoras sexuales* porque de los testimonios del fallo, emerge que ellas se reconocen de ese modo.

La criminalización secundaria implica que las agencias policiales eligen del total de la población, según estereotipos basados en prejuicios racistas, sexistas, xenófobos, el número de futuros prisionizados, los cuales serán llevados a la justicia para que esta resuelva cuanto poder punitivo va a contener. La criminalización secundaria alcanza a los individuos que cargan con estereotipos y cometen hechos poco groseros y sofisticados y no al total de la población como se cree, porque de esa forma sería inabarcable para las agencias policiales (*Zaffaroni 2005*). Además, por su preparación, podemos pensar que estas agencias están destinadas a perseguir hechos simples.

En el fallo que decidimos analizar se condena a una persona por el hecho de comercializar sustancia en una dosis mínima, lo que da cuenta que el accionar policial solo pudo arremeter contra el último eslabón de esa cadena de comercialización (hecho poco grosero) y no contra el narcotráfico a gran escala. Podemos deducir de esta forma que el interés que se busca es disciplinante, en violación al artículo 19 CN (acciones privadas de los hombres) y no encuentra fundamento en una grave afectación al bien jurídico.

No podemos perder de vista que la victimización también es selectiva, cuando estas personas provienen de clases sociales bajas, es racista, etaria, de género y prejuiciosa. Podríamos pensar que en este caso y dada la múltiple vulnerabilidad que las atraviesa, estas personas también estarían dentro del catálogo de posibles víctimas; esto es así debido a su situación de trabajadoras sexuales, por *trans* y más aún en el caso de ser migrantes lo que muchas veces imposibilita su acceso a la justicia para denunciar hechos delictivos contra ellas.

Existiría una doble selectividad del poder punitivo; por estereotipo, tanto al momento de ser sujetos pasibles de criminalización, como al momento de ser víctimas de delitos.

Ya en el año 2014 El Observatorio De Violencia De Genero De La Defensoría Del Pueblo, dio a conocer un documento de política de inclusión para colectivo *Trans* y travesti, donde se expresaba la preocupación por las violaciones a derechos humanos que sufre este colectivo en la zona roja de la ciudad de la plata, y expresaban la constitución de un documento público y mesas de trabajo para avanzar en mecanismos de protección<sup>2</sup>.

2 “Las mesas de trabajo han sido convocadas a partir de la vulneración de derechos producida por parte de los/las funcionarios/as judiciales, estatales, agentes municipales y el personal policial a partir de detenciones masivas de personas trans y travestis en la denominada “Zona Roja” de la ciudad de la Plata. Esta vulneración de derechos se ha puesto de manifiesto, además, en los allanamientos realizados en sus lugares de residencia. A partir de lo acordado en las mesas de trabajo, las organizaciones y el OVG han producido este documento de carácter público.” Documento políticas de inclusión y reconocimiento para el colectivo trans y travestis, del Observatorio de Violencia de Género de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires. Año: Mayo, 2014. Recuperado de <http://www.defensorba.org.ar/ovg/pdfs/Documento-Trans.pdf>

## El género, lo público y lo habitable como fronteras urbano-sexuales

Nos interesa preguntarnos por los diferentes factores que confluyen a la hora de analizar la práctica concreta de la criminalización que recae sobre las trabajadoras sexuales.

Advertimos que el relato social puesto en juego, está constituido por un imaginario colectivo que construye determinadas formas de ser sujeto y niega al mismo tiempo otras, que invisibiliza y obstruye formas de sentir y habitar la calle; que reniega de sujetos posibles, alternos, que hace y deshace en diferentes momentos históricos lo que es válido para ser considerado “ciudadano”, lo válido y lo inválido a la hora de sentir y hacer.

La normativización construye subjetividad y la ley se cimienta así no solo como un factor de lo exterior, sino en lo más interior de cada uno regulando propio *cuerpo* y el ajeno, entendido este “no como un «ser» sino un límite variable, una superficie cuya permeabilidad está políticamente regulada.” (Butler, 2007: pág. 271)

Los sujetos que irrumpen como actores principales en este ejercicio de poder territorial y fronterizo, son los vecinos, acompañados por la agencia policial y judicial.

Una investigación llevada a cabo por Sabsay Leticia; toma a los vecinos como aquellos sujetos que encarnan un supuesto límite socio-imaginario en la frontera espacial:

De este modo el constructo social “los vecinos” al confrontarse con su otro, “las travestis”, “las prostitutas”, indica la presencia de una frontera que le asigna un lugar en el territorio a cada sujeto. Las características del vecino, aquel que pertenece al barrio, a la ciudad, funcionaron como marcadores territoriales que espacializan la pertenencia imaginaria a la comunidad, le da expresión espacial a la figura más abstracta del ciudadano ideal, “los vecinos” son conscientes de que las imágenes del trabajo sexual callejero podrían desestabilizar esta sexualidad normativa (Sabsay 2011:151).

De esta forma los vecinos como uno de los actores principales del disciplinamiento espacial junto a la agencia policial y judicial, conforman un entramado que da lugar al castigo de aquellas trabajadoras que desafían la normalización<sup>3</sup>, entendida como aquel control que impone formas hegemónicas de ser, en este caso formas normativas de organizar la sexualidad.

Para aquellos cuerpos que no se corresponden con el binomio hombre/mujer (creado como una bipolaridad regulativa de la sexualidad) se

---

3 Según ideas de Foucault “en el momento mismo en que se creía, en que los revolucionarios franceses, por ejemplo, creían llegar a una sociedad de derecho, resulta que paso algo que yo trato justamente de analizar, algo que abrió las puertas a la sociedad de la norma, la salud, la medicina, la normalización que es nuestro modo esencial de funcionamiento en la actualidad.” En Michel Foucault. El poder, una bestia magnífica sobre el poder, la prisión y la vida. (Año:2012 Ed: siglo XXI editores, pág. 34

pone en funcionamiento un control legal y policial, que no permite a estas personas habitar la ciudad con la misma legitimidad de quienes si cumplen la norma heterosexual. Dado justamente que ese espacio habitable tanto físico como subjetivo se afirma binómico y heterosexual<sup>4</sup>.

Estos Cuerpos se imponen como una amenaza a un supuesto orden instaurado, de una ciudad planeada. En este caso la ciudad de La Plata fue una ciudad planificada, bajo las teorías del urbanismo basadas en los postulados higienistas y funcionales. La ciudad concepto, implica que los territorios son lugares de confrontación y disputa de poder.

En fin, la organización funcionalista, al privilegiar el progreso (el tiempo), hace olvidar su condición de posibilidad, el espacio mismo, que se vuelve lo impensado de una tecnología científica y política. Así funciona la Ciudad- concepto, lugar de transformaciones y de apropiaciones, objeto de intervenciones, pero sujeto sin cesar enriquecido con nuevos atributos: es al mismo tiempo la maquinaria y el héroe de la modernidad.” “El lenguaje del poder “se urbaniza”, pero la ciudad está a merced de los movimientos contradictorios que se compensan y combinan fuera del poder panóptico. La Ciudad se convierte en el tema dominante de los legendarios políticos, pero ya no es un campo de operaciones programadas y controladas. Bajo los discursos que la ideologizan, proliferan los ardidés y las combinaciones de poderes sin identidad legible, sin asideros, sin transparencia racional: imposibles de manejar (De Certau 2000, 107).

Podemos concluir que las trabajadoras de la zona roja, arremeten contra un territorio que no las pensó y desafían sus límites tanto espaciales como sexuales. En este sentido “Las ideas acerca de alejar, purificar, delimitar y sancionar transgresiones tienen como función principal establecer un sistema sobre una experiencia inherentemente desordenada. Únicamente al ampliar la diferencia entre dentro y fuera, arriba y abajo, hombre y mujer, con y contra, se crea una semejanza de orden”. (Douglas, en Butler, 2007: 258) Tanto el cuerpo, como el espacio público en el que este cuerpo se hace sujeto, se hace carne, son lugares que per-se se piensan estáticos y a los cuales las trabajadoras desafían, al interpelar la matriz heterosexual predominante y al demostrar que son posibles otras formas de habitar ese territorio fuera del supuesto orden normalizador.

4 “La heterosexualización del deseo exige e instaura la producción de oposiciones discretas y asimétricas entre «femenino» y «masculino», entendidos estos conceptos como atributos que designan «hombre» y «mujer». La matriz cultural -mediante la cual se ha hecho inteligible la identidad de género-- exige que algunos tipos de «identidades» no puedan «existir»: aquellas en las que el género no es consecuencia del sexo y otras en las que las prácticas del deseo no son «consecuencia» ni del sexo ni del género. En este contexto, «consecuencia» es una relación política de vinculación creada por las leyes culturales, las cuales determinan y reglamentan la forma y el significado de la sexualidad.” Butler, Judith. El género en disputa. (Buenos Aires: Editorial Paidós, 2007, pág. 72)

El espacio territorial y social posee resistencias, por ello no debe resultar extraño, la constante puja que existe entre la zona que le son asignadas a las trabajadoras por parte del poder político y los lugares que las mismas consideran peligrosos para su trabajo, por ser zonas que se encuentran por fuera del casco urbano<sup>5</sup>

Así se establece una política de control territorial que reafirma la norma heterosexual y conlleva la invisibilización de los cuerpos que molestan y se presumen desechables; generándose de este modo ciudadanos “legítimos” con derecho pleno al ejercicio de lo público y aquellos para los que se reserva solo una porción de ese espacio.

### **El fallo: un análisis crítico**

Trataremos algunas aproximaciones de la sentencia para dar cuenta de cómo se expresan en este pronunciamiento todas las cuestiones que hemos desarrollado, el modo de funcionamiento de la criminalización y el control sexual y espacial que recae sobre los cuerpos que no acatan la norma heterosexual

En principio como muestra concreta de selectividad y subjetividad heterosexual tomaremos el relato del testigo policial.<sup>6</sup> De su declaración podemos inferir que existe una clara directiva de persecución contra las trabajadoras de la zona roja, en una deliberada violación al principio de igualdad ante la ley (art 18 CN) ya que la orden era vigilar y requisar a un grupo determinado de personas por el solo hecho de formar parte del colectivo *Trans* (selectividad conforme a estereotipo). Además, contraria al espíritu de la ley de identidad de género<sup>7</sup>, ya que no identificaban allí personas con

<sup>5</sup> En la ciudad de la plata el permanente conflicto tiene relación con determinar en qué territorio se delimita para la zona roja, en el último tiempo se quiere desde el poder político llevar la misma al bosque. De esta problemática dan cuenta los siguientes artículos periodísticos <http://www.eldia.com/nota/2016-2-26-reflotan-proyecto-para-mudar-la-zona-roja-al-corazon-del-bosque> <http://www.eldia.com/nota/2016-3-5-de-espacio-verde-y-cultural-a-zona-roja>

<sup>6</sup> Testigo policial: “Que eran pocos efectivos y que siempre trabajaba con los mismos, algunos eran novatos en este tipo de procedimientos. Que la Fiscalía les pedía habitualidad, que con un mínimo de dos procedimientos a la misma persona ya era habitual” ... “Que ellos, como personal policial, vigilaban y esperaban alguna maniobra rara. “Que ha realizado tareas de inteligencia en autos, en moto, por la zona roja. Que no recuerda a la persona imputada, que ha revisado a muchas personas.” (Fallo del tribunal Oral Criminal N° 1 de la Ciudad de La Plata, 10 de mayo de 2016)

<sup>7</sup> “Exhortar a la Dirección Nacional de Migraciones, por ante el área que corresponda, -para lo cual, ordeno librar inmediato oficio y copia certificada de la presente sentencia-, que constate bajo qué circunstancias legales -de admisión y permanencia en el país- se encuentran los ciudadanos extranjeros que ofrecen servicios como travestis en la denominada Zona Roja de la Ciudad de La Plata; esto, ante la denuncia que hiciera, en estos obrados, personal policial, en tanto y en cuanto resultaba difícil su identificación por no tener documentos que acrediten su identidad, y por camuflarse en una actividad no prohibida, la posible comisión de delitos graves como el aquí tratado.”

identidad de género femenina, sino que encontraban “hombres vistiendo ropa de mujer”<sup>8</sup>No podemos perder de vista que la agencia policial como parte del estado está obligado por la ley a respetar en el procedimiento la identidad de género de esa persona. Y que no basta con ser requisado por policial femenino para agotar lo que la norma indica.

### **Agravantes por Nacionalidad**

La fiscalía pide que se agrave la pena, fundada en diferentes motivos entre ellos la de ser de nacionalidad extranjera, en este caso peruana. Expresa la agravante *Condición de ser un extranjero toda vez que menospreció el país que le dio cobijo*. Esta agravante se funda en un derecho penal de autor, propio de los estados totalitarios que desconoce principio de acto y relativiza la igualdad ante la ley (Art. 18 CN).

Entre los argumentos se apela a una supuesta moral universal que invoca el fallo como aquella “de la que nadie esta privado”, propio de un discurso que se emparenta con el positivismo criminológico de principios del siglo XX; cuyo exponente en nuestro país fue Eusebio Gómez y la conocida obra “la mala vida en Buenos Aires”. Los argumentos de la sentencia son propios de un derecho penal de autor, lo expresa claramente cuando se refiere a “gente de mal vivir, constantes desfiles indecorosos, el permanente ir y venir de compradores de dudosa reputación” asocia delito con inmigración y prostitución.

El juez al agravar la pena por el hecho de que la persona es peruana

IV- Exhortar al sr. intendente municipal de la ciudad de la plata, Don Julio Garro –para lo cual ordeno se libre oficio y copia certificada de la presente sentencia- a fin de que tome las medidas que considere necesarias; ante la multiplicidad de delitos que, como en la presente, se vienen suscitando de la denominada Zona Roja de la Ciudad de La Plata; y de respuesta a los constantes reclamos de los vecinos, por las molestias que se les causan

ARTICULO 2° — Definición. Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales. ARTICULO 1° — Derecho a la identidad de género. Toda persona tiene derecho: Al reconocimiento de su identidad de género; Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.

8 Soportar, la venta de estupefacientes; los constantes desfiles indecorosos; el permanente ir y venir de compradores de dudosa reputación y gente de mal vivir; las reiteradas reyertas que se provocan; los procedimientos policiales; escenas de sexo en el umbral de la casa; ruidos que provocan sobresaltos y gritos en horas reservadas al descanso; entre otras circunstancias, son a no dudar, molestias que ningún habitante de la Nación, ni de la Ciudad de La Plata, está obligado a tolerar, ni privado de su derecho al mantenimiento de la moral y las buenas costumbres.” (Fallo del tribunal Oral Criminal N° 1 de la Ciudad de La Plata, 10 de mayo de 2016)

esta deliberadamente juzgando a la misma por ser nacida en Perú, nuestro derecho penal liberal solo juzga art 19 CN (los actos) art 18 CN (hecho del proceso) por ende, nada de relevante puede significar para nuestro derecho penal ser inmigrante, solo podría ser entendida en su beneficio dada su mayor vulnerabilidad (principio in bonam partem)

El llamado derecho penal de autor- renuncia a la pretensión de que el tipo legal mismo capte personalidades y no actos, prohíba ser de cierto modo, en lugar de prohibir ciertas acciones conflictivas. En consecuencia, la racionalización de ciertos tipos de autor (o de enemigo) es el signo más burdo de claudicación del derecho penal, su inversión y puesta al servicio del estado de policía (Zaffaroni, 2005:343).

No podemos perder de vista la finalidad política que subyace a este fallo, cuando en su voto, el juez exhorta a migraciones y a la municipalidad a relevar la situación de todas las inmigrantes que se encuentran en la zona roja. Dilucidamos así el cauce formal de una política de persecución para las trabajadoras y una sanción que busca ser ejemplificadora para este colectivo.

### **Conclusión**

El poder punitivo desde la Edad Media hasta nuestros días tiene el mismo funcionamiento: evoca una emergencia y crear un enemigo. En un Estado constitucional de derecho, en el que el derecho penal es la última ratio del Estado, las garantías del imputado/a forman parte del dato de contra selectividad que debe oponérsele, para dejar pasar la menor cantidad de poder punitivo.

Esta sentencia como adelantamos en el comienzo de este trabajo, no es ingenua ni imparcial, como intenta aparecer, está cargado de contenido moral propio, de tinte positivista, que agravan la pena a los sujetos por la mera conducción de la vida, como el hecho de ser extranjera y trabajadora sexual y no por lesionar un bien jurídico.

También concebimos que la criminalización secundaria ejercida por los vecinos y la agencia policial, luego continuada por el juez, se expresa y cimienta en la construcción de la subjetividad heterosexual, que ordena y regula las formas de existir en el espacio público, al aparecer estos cuerpos como disidentes, se los quiere corregir.

Entre los actores intervinientes el relato posiciona a los vecinos, como aquellos legitimados para ejercer los derechos plenos que le competen como ciudadanos, y a las trabajadoras como aquellas que ocupan el territorio de forma ilegal, creando un ideario dicotómico vecinos vs trabajadoras sexuales.

Además, entendemos que el juez apela a argumentos inconstitucionales de derecho penal de autor, que no fortalecen un estado de derecho, sino que

hacen crecer un estado de policía, que busca perseguir determinadas personas basándose en discursos que construyen otredades y postulan a estos sujetos como enemigos.

Hemos tratado a lo largo de este trabajo desarmar el entramado, que creemos, fundan a diario el relato sobre las trabajadoras sexuales y posibilitan su criminalización mediante fallos como el que hemos traído para analizar.

## Bibliografía

- BUTLER, J. (2007). *El género en disputa*. Editorial Paidós. Buenos Aires.
- (1997) *Lenguaje, Poder e Identidad*. Editorial Síntesis. Madrid
- DE CERTAU. (1996). *La Invención de lo cotidiano*. Editor Universidad Iberoamericana.
- Foucault, M. (2009). *Vigilar y castigar*. Ediciones Siglo Veintiuno. Buenos Aires.
- (2012). *El poder, una bestia magnífica sobre el poder, la prisión y la vida*. Siglo XXI editores. Buenos Aires.
- CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA. (2012) *Ley De Identidad de Género*: ley 26.743 publicado boletín oficial. Buenos Aires.
- SABSAY, L. (2011). *Fronteras Sexuales. Espacio urbano, cuerpos y ciudadanía*. Editorial Paidós. Buenos Aires.
- VÁSQUEZ HARO, C. ( 2014). *Identidades migrantes: El aprendizaje social entre las trans peruanas en La Plata*. Las charapas. Buenos Aires.
- ZAFFARONI, E. R. (2005). *Manual de derecho penal: parte general*. Editorial Ediar. Buenos Aires.
- (2011). *La cuestión criminal*. Ed. Planeta. Buenos Aires.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (2014). Observatorio de Violencia de Género. *Políticas de inclusión y reconocimiento para el colectivo trans y travestis*. En línea en <http://www.defensorba.org.ar/ovg/pdfs/Documento-Trans.pdf>

## Justicia de Género: autonomía feminista frente a la violencia machista e institucional

Por Úngaro Milena

### I. Introducción

Como hemos escuchado incansablemente durante nuestros años de formación académico-jurídica, el *acceso a la justicia* constituye un derecho humano fundamental cuyo arraigo se encuentra consagrado en nuestra Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de idéntica jerarquía introducidos por la reforma de 1994, según el artículo 75 inciso 22 del mismo texto legal<sup>1</sup>.

Las incidencias sociales y culturales históricas, sin embargo, han generado distancias abismales entre *el ser* y *el deber ser*, provocando la sistemática vulneración de derechos de los sectores menos favorecidos. Al respecto, uno de los conglomerados sociales que mayor afectación ha padecido es el de las mujeres.

Sería inocente pensar que el problema de la discriminación sexual o de género se limita a cuestionar la ineficiente aplicación del derecho a la igualdad o el acceso a los tribunales de justicia. Para lograr comprender este fenómeno se requiere de un estudio histórico, profundo y exhaustivo de los patrones culturales que han ido transformando la realidad social, hasta situarnos en el mundo tal cual hoy lo conocemos.

Para comprender acabadamente la problemática sobre el defectuoso acceso a la justicia sufrido por las mujeres, el tema puede ser abordado desde una perspectiva feminista, tomando en cuenta la manifiesta brecha social existente en razón del *género*<sup>2</sup>. Por otra parte, es menester destacar que el análisis del tema debe circunscribirse en el contexto latinoamericano, como resultado de las características propias que reviste la problemática en este lado del continente.

Constituyen patrones discriminatorios todos aquellos que establecen que ciertas actividades, comportamientos o valores, son “típicamente femeninos”, o cuando se asignan roles o funciones subordinadas y estereotipadas

---

1 Respecto a la violencia vinculada con cuestiones de género, la problemática se encuentra especialmente receptada en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como “Convención Belém Do Para”. En el orden nacional, rige la Ley 26.485.

2 Este término debe entenderse considerando la disputa de poder propia de las estructuras culturales y no como una pretendida polaridad biológica. Una de las primeras autoras en desarrollar este concepto fue Ann Oakey en su obra *Sex, Gender and Society* (1972). Su incorporación al lenguaje jurídico se produjo a mediados de la década de 1990, al introducirse respuestas legales a la problemática sobre violencia hacia las mujeres.

a las mujeres, y cuando dicha asignación es naturalizada sin cuestionamiento alguno.

En general, estas desigualdades se materializan como obstáculos o dificultades que las mujeres afrontamos para acceder a determinadas áreas, actividades, atribuciones, espacios de poder, ámbitos de decisión, etcétera.

## II. Acceso a la justicia y violencia institucional

En los tiempos que nos corren resulta imperativo colocar en el eje de debate las cuestiones de género vinculadas con la violencia hacia las mujeres y el deficiente acceso a la justicia que gira en torno a esta problemática.

La creación de normas androcéntricas<sup>3</sup>, la aplicación sexista del derecho y la misma praxis jurídica, han fomentado que sea el propio Estado a través de sus instituciones, quien reproduzca sistemáticamente distintas formas de violencia de género.

No existe un sólo detonante ni una única solución posible. Son varios los factores que se conjugan propiciando este contexto y múltiples las alternativas que pueden elaborarse para abordarlo.

### 1-El ejercicio desigual del poder

Históricamente, la redacción y aplicación de normas ha sido llevada a cabo en su amplísima mayoría por varones, una tarea ejecutada según el alcance de sus valores, intereses y cosmovisión, marginándose durante tiempos incalculables los derechos de las mujeres. Es cierto que a partir del siglo XIX con el devenir de las enormes luchas emancipadoras, el escenario ha sufrido algunas variaciones, no obstante, aún se encuentra lejos de cumplir con las expectativas feministas.

### 2-El Sistema Penal como herramienta imperfecta

La respuesta punitiva constituye el recurso por excelencia activado por el Estado a la hora de abordar hechos de violencia de género. Se trata de una solución estéril, cuyos límites generan un efecto residual no deseado: si bien es posible que detenga el curso lesivo, no brinda soluciones a mediano y largo plazo. El ejemplo que personifica este fenómeno es la implementación del “botón antipánico”, un dispositivo puramente reactivo que introduce a la figura policial cuando el peligro es inminente o el daño ya está tramitándose. De ningún modo esta clase de mecanismo constituye soluciones reales, si no es complementado con una serie de políticas públicas destina-

---

<sup>3</sup> El androcentrismo consiste en aquella visión del mundo que sitúa al hombre como centro de todas las cosas. Esta concepción de la realidad parte de la idea de que la mirada masculina es la única posible, por lo que se generaliza para toda la humanidad, sea que alcance a hombres o mujeres. Conlleva la invisibilidad de las mujeres y de su mundo y el ocultamiento de los aportes realizados por ellas. Disponible en: <http://www.mujiresenred.net/spip.php?article1600>

das a frenar esta infame y brutal masacre de la que estamos siendo testigos. Deben llevarse a cabo políticas preventivas, de concientización, que promuevan una nueva perspectiva respetuosa de los derechos de las mujeres, posibilitando la consolidación de un nuevo paradigma cultural.

### **3-Estereotipos de género y prejuicios sexistas**

Estas categorías se encuentran fuertemente arraigadas en todos los niveles de las instituciones públicas. Tanto estereotipos como prejuicios, resultan determinantes a la hora de evaluar las prácticas de funcionarios y empleados estatales, operadores jurídicos y otros sujetos cuya tarea consiste en la orientación, atención y asistencia de las víctimas, en representación de los organismos públicos. La escasa o nula especialización de los actores intervinientes en materia de género, hace que sea sumamente dificultoso lograr una intervención eficaz, generando efectos no deseados en una multiplicidad de supuestos. Los casos típicos consisten en la desacreditación de la víctima y en los pedidos de reiteración del relato como consecuencia de un desempeño deficiente de las funciones judiciales y administrativas, gestándose así un terreno fértil para los procesos de re-victimización. Lo propio sucede en la formación de abogadas y abogados egresados de las distintas facultades del país, constituyéndose como grandes especialistas en derecho, pero carentes de perspectiva de género. De esta forma, es que nos topamos con jueces y fiscales que deben solicitar o aplicar penas altísimas, pero que no conciben el contexto, desconocen sus implicancias y se mantienen al margen de la verdadera problemática de fondo.

### **4-La inaplicabilidad del positivismo**

La cultura jurídica dominante se ha centrado principalmente en los aspectos técnicos de las normas, desconociendo la existencia de otros elementos esenciales que hacen a su vida y que impiden reducir la problemática a un análisis lógico-formal del texto de la ley. El objeto de estudio de la ciencia jurídica no puede ser apartado de la realidad para circunscribirse únicamente al estudio de la norma. Esto implica que deben tomarse en cuenta no sólo aquellos factores que han dado motivo a su génesis, sino también los que posibilitan su aplicación práctica cotidiana, contemplando incluso aquellos que puedan dar lugar a su ulterior modificación.

### **5-El rol pasivo de la justicia**

La justicia, coherente con el dogmatismo jurídico, ha asumido un rol más bien formalista, con ausencia o insignificante presencia de componentes de justicia social, circunstancia que atenta de forma directa contra los derechos las minorías. A los efectos de atenuar estas vicisitudes, resulta fundamental utilizar el pensamiento crítico para elaborar y aplicar alternativas

a las prácticas hegemónicas del derecho y la justicia. Democratizarla parece ser un interesante punto de partida.

### **6-La importancia de los organismos intermedios: asociaciones y otras entidades no estatales**

Es imposible la obtención de resultados que modifiquen el contexto sin contemplar la incidencia de los factores socioeconómicos que hacen a la marginalidad y la pobreza de los sectores sociales más desfavorecidos. A estos fines, la participación de Asociaciones, ONG, Consultorios Jurídicos Gratuitos y otras entidades que trabajan sobre la problemática, resulta imprescindible a los fines de materializar la concientización de los propios derechos, haciendo posible su posterior ejercicio.

Aunque la violencia de género no constituye un flagelo de clase, bien sabemos que las mujeres que carecen de recursos materiales, se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad. Muchas de ellas dedican su vida entera al trabajo en el hogar y la crianza de los hijos, o tienen empleos de medio tiempo o informales sin posibilidad de desarrollo de autosuficiencia, lo que genera en muchos casos, la dependencia económica respecto del agresor. Esta circunstancia hace más dificultosa la salida del *círculo de la violencia* y es allí donde adquiere vital importancia la inclusión social y laboral.

Desde todos los frentes feministas y las organizaciones que promueven el respeto por los DDHH de las mujeres, se viene reclamando la declaración de la Emergencia en Violencia de Género, una lucha que pese a las estadísticas<sup>4</sup> y a las masivas y reiteradas manifestaciones del colectivo Ni Una Menos, sigue sin obtener resultados concretos<sup>5</sup>. En el año 2009 se logró la sanción de la Ley 26.485 de Protección Integral contra la Violencia de Género, obligándose así a colocar el tema en la agenda pública. No caben dudas, tanto los femicidios como la violencia hacia las mujeres constituyen fuentes de inseguridad, es por ello necesario que el Estado incremente los recursos destinados a dar respuesta a este conflicto. Sin desconocer su papel central, el panorama tal cual se encuentra planteado hace necesaria la búsqueda del

---

4 Según los datos recabados por el Instituto de Políticas de Género Wanda Taddei, solamente en los primeros 43 días de 2017 se cometieron 57 femicidios en el país, arrojando un promedio de una muerte cada 18 horas. Los efectuados en 2016 fueron 322, el 87% de ellos fueron cometidos por hombres del círculo íntimo de la víctima y conocidos de ellas, el 40% por la pareja, 26% ex pareja, 13% algún conocido. El 17% de las víctimas había realizado denuncias previas por violencia de género y el 9% tenía medidas de protección otorgadas por la justicia. Disponible en: <http://cosecharoja.org/al-menos-cuatro-mujeres-fueron-asesinadas-en-las-ultimas-72-horas/>

5 Aún no se ha sancionado una Ley Nacional que declare la Emergencia en Violencia de Género que funcione como marco referencial para las provincias y establezca un piso mínimo de protección de los derechos.

empoderamiento de este colectivo social, de allí la idea de *autonomía*.

### III. Una batalla cultural

Está claro que para modificar la realidad que nos victimiza día a día a las mujeres, se requiere de la implementación de políticas públicas y del impulso de un cambio cultural que debe abordarse desde lo educativo en los distintos estadios de socialización, más aún en los años fundantes que inciden en la subjetividad de niños, niñas y adolescentes. El colectivo Ni Una Menos a través de la militancia y de las masivas convocatorias que se llevan a cabo desde hace dos años, son signos de una maduración como sociedad, sin embargo, si el Estado no asume el rol que le compete acompañando la lucha mediante la implementación de dichas políticas, es prácticamente imposible reducir los índices. En la provincia de Buenos Aires tenemos la ley 14.772 del año 2015, que creó el programa “#NiUnaMenos” estructurado sobre los conceptos de “perspectiva de género”, “derechos de las mujeres” y “erradicación de la violencia” y se estableció la obligatoriedad de abordar estos temas desde el nivel de educación inicial, hasta la universitaria inclusive. A pesar de su recepción normativa, estas actividades de formación y capacitación de niños, niñas, adolescentes y adultos, son de escasa aplicación. Es dable por esto afirmar que si bien es necesaria la creación de marcos legales para la consagración de derechos y la consolidación de la seguridad jurídica, es preciso a su vez crear dispositivos que permitan articularlos en prácticas concretas, evitando que las leyes redunden en letra muerta.

Uno de los modos de consolidar la *autonomía feminista* es a través de la construcción de espacios que propicien la puesta en común de las propias experiencias. El Encuentro Nacional de Mujeres<sup>6</sup> constituye una herramienta fundamental y necesaria para la creación de una *conciencia jurídica feminista*. La consigna “Ni Una Menos” también funciona como instancia de lucha y toma de conciencia a los fines de llevar a cabo la manifestación social y solicitar por parte del Estado, la declaración de la Emergencia en Violencia de Género.

En definitiva, se trata de la creación de procesos y herramientas interactivas, de articulación y puesta en común de las experiencias personales, tomando como base las vivencias concretas y los distintos grados de vulnerabilidad, para la creación de significados colectivos, priorizando lo expresado en la práctica, por sobre la abstracción de las metodologías jurídicas tradicionales. Para lograr el empoderamiento de las mujeres es necesario avanzar sobre la construcción de una nueva concepción no androcéntrica

---

<sup>6</sup> El Encuentro Nacional de Mujeres es una modalidad de encuentro única en el mundo, que permite que miles de mujeres autoconvocadas participen de instancias de lucha democráticas, federales, plurales y autofinanciadas. Se realiza cada año durante el mes de octubre en distintas localidades del país.

del derecho, al mismo tiempo que lo hacemos en la construcción de una esencial e imprescindible *justicia de género*.

## Bibliografía

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER (1996). En el orden nacional, rige la Ley 26.485. Buenos Aires.

COSECHA ROJA (2017). *Al menos cuatro asesinadas en las últimas 72 horas*. En línea en: <http://cosecharoja.org/al-menos-cuatro-mujeres-fueron-asesinadas-en-las-ultimas-72-horas/>

MUJERES EN RED (2008). *¿Qué significa androcentrismo?*. En línea en: <http://www.mujiresenred.net/spip.php?article1600>

OAKLEY A. (1972). *Sex, Gender and Society*. New Society. En línea en: <https://www.amazon.es/Sex-Gender-Society-Ann-Oakley/dp/1472435621>

## Las violencias hacia las mujeres, el principio de Especialidad y la justicia penal. Apuntes hacia la necesidad del fortalecimiento de las fiscalías especializadas<sup>1</sup>

Por Perugino Silvina <sup>2</sup>

Si bien la violencia de género en general y la violencia hacia las mujeres en particular, han cobrado una especial visualización social en los últimos años en Argentina y podríamos decir en el mundo, hace ya tiempo que el derecho ha tomado nota y a través de un largo proceso que aún no culmina, ha plasmado en la letra de la ley dicha problemática.

Es necesario, para introducirnos en el tema, visualizar la violencia hacia las mujeres y de género intrínseca a la estructura social<sup>3</sup>, y no desde la perspectiva de la individualidad, enlazada esta última con la idea de división entre el ámbito privado y el público, y las cuestiones de violencia de este estilo circunscritas al primero.

En esta línea, comprendemos “La violencia contra las mujeres, entendida como violencia de género, y al género como dimensión que organiza (y que ordena) la subjetividad, las relaciones entre personas, las relaciones de poder y las valoraciones”<sup>4</sup>. Este ordenamiento cristaliza un sistema donde las mujeres han quedado históricamente en un lugar de sumisión frente al varón, este precepto, como veremos más adelante es tomado por los organismos internacionales de derechos humanos para fundamentar la conformación de instrumentos de protección de derechos de las mujeres.

En nuestra sociedad, los varones que ejercen violencia contra las mujeres continúan gozando del silencio, de la impunidad y del temor social. La resolución de los conflictos por medio de la violencia es valorada socialmente. Aún hoy parece sostenerse que lo ocurrido en el ámbito íntimo, es una cuestión privada. En la inteligencia de éste párrafo caben, por ejemplo, los delitos contra la integridad sexual; la falta de relevancia penal dada a los mismos, nos acercan a la idea de impunidad y a la legitimación táctica con que cuentan, entre otras, las prácticas violatorias. Aquel amparo tácito, deviene directamente del patriarcado (Fontena, 2009: 258), como sistema de ordenamiento político/sexual.

1 Agradezco el planteamiento de la cuestión al Dr. Víctor Hortel, y la ayuda muy especial brindada por la Dra. Marcela de Luca.

2 Abogada, Especialista en Género y Comunicación en etapa de tesina, integrante del Equipo Interdisciplinario de la Secretaría de Género de la Facultad de Periodismo y Comunicación Social UNLP.

3 Velazquez, Susana (2009). En diccionario de estudios de género y feminisimos, Susana Beatriz Gamba (coordinadora). Editorial Biblos, Buenos Aires. Pág. 357,358 y 359.

4 Delmas, Flavia (2015) Tramas de la violencia simbólica. Revista “Con X”. La Plata, FpyCS. UNLP.

La agencia penal, resulta fundamental a la hora de abonar un camino de reconfiguración de la subjetividad social y del sentido común que no terminan de visualizar este tipo de delitos en su complejidad.

Dentro del marco jurídico con el que contamos para el abordaje de la violencia de género señalaremos algunos instrumentos que nos parecen más relevantes y que fueron marcando el camino de recepción de la problemática por parte del derecho.

Así, la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación hacia la Mujer -CEDAW-,” (ONU) firmada en el año 1979 y ratificada por nuestro país en el año 1980, si bien no recepta el concepto de “violencia” por falta de acuerdo internacional de incluirlo, sí constituyó un hito en sentido de comenzar a abordar la desigualdad estructural entre varones y mujeres.

Otro tratado internacional con estatus constitucional en Argentina la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará” (OEA), suscripta por nuestro país en el año 1996, aborda la temática y ya sí, hace eje en el concepto de violencia, definiéndola en su artículo 1° como “Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Por su parte, la “Conferencia Mundial Sobre la Mujer Beijing”, reunión de los estados partes de la ONU, establece que la violencia hacia las mujeres: “Viola y menoscaba o impide su disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La inveterada incapacidad de proteger y promover esos derechos y libertades en los casos de violencia contra la mujer es un problema que incumbe a todos los Estados y exige que se adopten medidas al respecto (...)”.

En las 100 Reglas de Brasilia-XIV Cumbre Judicial Iberoamericana-, sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, habla específicamente de las mujeres víctimas de violencia y establece: “La discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad”. Y en este sentido define violencia contra la mujer como: “Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica”.

En estas definiciones encontramos por un lado una conceptualización de la violencia en sentido amplio, una íntima relación entre la violencia y la violación a los derechos humanos de las mujeres y una especificidad

de las incumbencias de los Estados en la materia. Los dos últimos ejes se interrelacionan de manera clara en cuanto a la responsabilidad del Estado en la prevención y sanción de delitos producto de un ordenamiento social patriarcal que los promueve y legitima.

En términos de legislación nacional, la República Argentina ha sancionado la ley 24.685, “Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia hacia las mujeres”, receptando en líneas generales los conceptos sobre violencia trabajados en los tratados internacionales, determinando:

Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes (art. 4).

Este tratamiento por parte de la legislación internacional y nacional de la violencia hacia las mujeres ha permitido además de comenzar el abordaje legal de la temática, profundizarlo. Las violencias hacia las mujeres son estructurales de las sociedades modernas, son intrínsecas de las normas impuestas, es decir: en los armados de los estados modernos, en el armado de sus estructuras sociales, en el armado de sus textos normativos, las mujeres hemos quedado históricamente excluidas, este dato resulta a estas alturas de las circunstancias de público y notorio conocimiento, y menos de cien años de reconocimiento de los derechos políticos a las mujeres, por ejemplo en Argentina, no subsanan de ninguna manera siglos de desigualdad. Tampoco los subsanan las diferentes modificaciones legislativas que desde el movimiento de mujeres y el feminismo (Fontena, 2009: 144) se han impulsado a los largo de los años, con la finalidad de lograr mayor igualdad, y cuya última conquista en la Provincia de Buenos Aires fue la paridad en cargos electivos, cuyo fundamento, alcance y significando aún es motivo de discusión doctrinaria (Cuerda, 2017).

Como venimos señalando, una de las cuestiones más importantes de los tratados internacionales y la legislación nacional es el desarrollo del concepto de violencia en sentido amplio, así por ejemplo los delitos contra la integridad sexual son considerados dentro del marco de la violencia hacia las mujeres. En este sentido la ley nacional 26.485 en su artículo 5° incluye dentro de los tipos de violencias, la violencia sexual y la define como: “Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso

de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres”.

De esta forma, la ley recepta lo establecido por los instrumentos internacionales, no sólo en reforzar el concepto amplio de violencia de género, no sólo estableciendo sin dudas que por ejemplo, la violencia sexual es violencia de género sino además, reconociendo la necesidad de una asistencia integral que incluye según entendemos la instancia judicial especializada. La búsqueda en las definiciones específicas de los tipos no lo es de ninguna manera a fin de dejar por fuera conductas violentas, sino por el contrario, se va por la vía de generar una definición amplia, y luego marcar especificidades a fin de clarificar que todo acto de violencia por razón del género queda comprendido en la ley.

Así, a partir del tratamiento de cada tipo de violencia, los tratados y las leyes van estableciendo líneas de acción estatal en sentido del abordaje. De esta manera la Conferencia Beijing, dentro de los deberes estatales, establece: “Adoptar medidas específicas preventivas para proteger a las mujeres, los jóvenes y los niños de todo maltrato, abuso sexual, explotación, tráfico y violencia, por ejemplo en la formulación y la aplicación de las leyes, y prestar protección jurídica y médica y otro tipo de asistencia”.

La Convención Belén de Para, en su artículo 7° señala: “Sobre las obligaciones de los Estados Parte de la Convención se establece: inciso f) Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”. También determina que el Estado deberá garantizar a las mujeres todos los derechos reconocidos en cualquier procedimiento penal y administrativo.

En las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad -XIV Cumbre Judicial Iberoamericana- se considera víctima a “toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico”. Las 100 Reglas establece medidas que los Estados deben tomar a fin de garantizar el acceso a la justicia y en lo específico sobre Medidas de Organización y Gestión Judicial, establece como principio la Especialización y dice: “Se adoptarán medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad”.

En el mismo sentido la Ley Nacional 26.485 en su artículo 2°, establece los objetivos de la misma, y entre otros, se plantea asegurar: “La asistencia

integral a las mujeres que padecen violencia en las áreas estatales y privadas que realicen actividades programáticas destinadas a las mujeres y/o en los servicios especializados de violencia”, (inciso g).

El principio de especialización, es a nuestro entender fundamental a la hora del abordaje de este tipo de casos. El entendimiento de estar frente a delitos que por siglos han gozado con el aval del sentido común y con víctimas que, -a pesar de los procesos de sanciones de legislaciones específicas-, encuentran cierta dificultad de asumirse en ese rol, se hace imprescindible para la contienda legal. Es decir: el principio de Especialización o Especialidad surge como consecuencia de las obligaciones reforzadas del estado, emanado a su vez de la particular situación de la víctima de un tipo delictual que, en el marco de una organización social patriarcal, han gozado y gozan de cierta legitimidad tácita, tanto es así que incluso las víctimas, justifican dichos delitos, y basan subjetivamente dicha justificación en el sistema de ordenamiento sexo/género operante. De esta manera cobra un papel fundamental la intervención estatal específica.

El llevar adelante una investigación que no reproduzca los cánones machistas inmersos en las instituciones del Estado en general, el abordaje de la víctima en la comprensión de su calidad de tal y en lo complejo de leerla en una sociedad que desde siempre amparó esa desigualdad, causa fundante de estos delitos, y en definitiva la sanción de los delitos a la altura de la gravedad de los mismos, y en un camino de desandar la mirada peyorativa que sobre ellos ha tenido desde siempre la agencia penal, son sin dudas desafíos de esta nueva etapa.

También la jurisprudencia se ha pronunciado sobre el deber del Estado de investigar en el Caso Da Penha vs Brasil<sup>5</sup>: “En cuanto a las obligaciones del Estado en relación con la circunstancia de que se haya abstenido de actuar para asegurarle a la víctima el ejercicio de sus derechos, la Corte Interamericana se ha manifestado de la siguiente forma: (...) La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es

---

5 Caso Da Penha vs Brasil. /mujeresyddhh.wordpress.com/casos-ante-la-comision-interamericana-de-ddhh/maria-da-penha-maia-vs-brasil/

posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.

En el mismo sentido, en el caso *Fernández Ortega y otros Vs. México*<sup>6</sup>, dice la CIDH: “La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia”.

En los casos señalados también se recepta el Principio de Especialidad, ya que las investigaciones, para garantizar los derechos establecidos en los plexos internacionales, deben ser llevadas por órganos especializados que serán quienes en definitiva contarán con las herramientas necesarias a fin de encauzar la investigación, llegar al esclarecimiento del hecho y quienes contarán también con la necesaria perspectiva de género a fin de garantizar los derechos de las víctimas. Esto no obsta, por supuesto, a los esfuerzos encaminados a generar la transversalidad necesaria para que la perspectiva de género se encuentre presente en todas las investigaciones, sin embargo para ello, un largo camino deberá recorrer el derecho procedimental penal.

Otro hito jurisprudencial con respecto a las “obligaciones reforzadas” por parte de los estados con respecto a la investigación de casos de violencia de género, específicamente “feminicidios”<sup>7</sup> fue el caso *González y otras (“Campo algodonoero”) vs. México*<sup>8</sup>, allí la CIDH dijo: “En casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas

---

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso *Fernández Ortega y otros vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010 [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_224\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_224_esp.pdf)

7 La introducción de la palabra “feminicidio” corresponde a la académica mexicana Marcela Lagarde, quien trae este concepto para aludir a las formas de violencia extrema que pueden conllevar a las muertes de las mujeres. Para Lagarde feminicidio es “El genocidio contra las mujeres y sucede cuando las condiciones históricas generan prácticas sociales que permitan atentados contra la integridad, el desarrollo, la salud, las libertades y la vida de las mujeres. El feminicidio se conforma por el ambiente ideológico y social de machismo y misoginia, de violencia normalizada contra las mujeres, por ausencias legales y de políticas de gobierno, lo que genera una convivencia insegura para las mujeres, pone el riesgo la vida y favorece al conjunto de crímenes que exigimos esclarecer”. Lagarde plantea dos ejes desde donde sustentar el término: por un lado la misoginia (odio hacia las mujeres) y el machismo en los que se origina la violencia y por otro la tolerancia – expresa o tácita- del Estado y las instituciones frente a estas conductas (Patsili Toledo Vasquez). De esta manera se habla de la responsabilidad estatal en cuanto soportar y reproducir por acción u omisión, el ordenamiento social machista; en esta línea la pasividad del Estado es toma a como tolerancia a las relaciones desiguales entre varones y mujeres.

8 CIDH Caso *Gonzales y otras (Campo algodonoero) vs Mexico*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009. [www.mujeresydh.org/wordpress.com/jurisprudencia-sobre-ddhh-y-mujeres/caso-campo-algodonoero-vs-mexico/](http://www.mujeresydh.org/wordpress.com/jurisprudencia-sobre-ddhh-y-mujeres/caso-campo-algodonoero-vs-mexico/)

contenidas en la Convención Americana, obligaciones reforzadas emanadas de esas dos convenciones específicas”.

Volvemos en este punto a hacer hincapié en la importancia de la agencia penal en este tipo de delitos, incluso en el plano simbólico social, siguiendo a Carmen Antony: “No puede dejarse de usar el Derecho Penal existente, el cual es considerado como el medio de protección más eficaz de las mujeres, por lo menos en este momento, (...) La intervención estatal es importante porque subsanaría el problema de desequilibrio o abuso de poder. Por lo tanto no podría soslayarse la función simbólica del Derecho Penal (Antony, 2017). Necesitamos un derecho penal y procesal penal que reconozca a través de la materialidad de sus investigaciones la violencia de género en su total dimensión, un derecho penal que le brinde a la víctimas órganos específicos de contención, escucha permanente y medios para ejercer un rol activo en el proceso, un derecho penal que comience sin más un camino de transformación de su propia subjetividad.

Sabemos que no será un camino fácil, Katerina McKinnon (1989) decía “El derecho ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres”, no podría ser de otra manera. El derecho, como todas las instituciones sociales y políticas han sido conformadas sin la participación de las mujeres<sup>9</sup>, esa asimetría de la que hablamos no quedará por fuera entonces del derecho penal ni de la administración de justicia, será un desafío del presente, desandar una justicia androcéntrica que comience a revisar sus prácticas.

Otro principio que se conjuga con el principio de especialidad, es el de Acceso a la justicia, La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha visualizado deficiencias en la administración de justicia, en varios países de América Latina, y si bien, estos puntos no se refieren a la República Argentina, la problemática en el abordaje de estos delitos se puede hacer extensiva a nuestro país. Ha dicho la CIDH<sup>10</sup> que se han observado “Vacíos e irregularidades en las diligencias per se, que obstaculizan el proceso de juzgamiento y la sanción eventual de los casos. Se verifican deficiencias como (...) la gestión de las investigaciones por parte de autoridades que no son competentes e imparciales, (...) Este conjunto de problemas y deficiencias en la investigación de casos de violencia contra las mujeres, se traduce en un número bajo de casos en los que se inicia la investigación y se realiza el proceso judicial, los cuales no corresponden al alto nivel de denuncias que se reciben”. La Comisión ha constatado “Que ciertos patrones socioculturales discriminatorios influyen en las actuaciones de los funcionarios en

9 Para profundizar sobre el tema ver Pateman, Carole. (1995) El contrato sexual. España: Anthropos.

10 Relatoría sobre Derechos de la mujer. /www.cidh.oas.org/women/Acceso07/cap2.htm

todos los niveles de la rama judicial, lo que se traduce en un número aún ínfimo de juicios orales y sentencias condenatorias que no corresponden al número elevado de denuncias y a la prevalencia del problema”. La CIDH ha verificado que “en la aplicación de las leyes por los servidores públicos, en especial los que trabajan dentro de la administración de justicia, aún persiste la influencia de patrones discriminatorios en contra de las mujeres, que determinan un tratamiento inferior”.

Una de las formas más claras en aplicar el principio de Especialidad en el procedimiento penal, es la creación de las Fiscalías Especializadas en Violencia de Género. Así, En el Departamento Judicial de La Plata, La Fiscalía General ha dictado una serie de normativa organizacional en este sentido, a saber: por Resolución 37/15 con fecha 8 de junio de 2015, se crea la Fiscalía Especializada en Violencia de género y/o familiar. En la resolución se establece que la puesta en funcionamiento queda supeditada a la conformación de la planta funcional.

Luego, con fecha 6 de noviembre de 2015, por la Resolución 89/15 la fiscalía fue puesta en marcha -según la propia resolución-: “Ante el cuadro de situación imperante de los casos de violencia familiar y de género; y con la convicción de que la puesta en funcionamiento de una unidad funcional especializada mejorará la respuesta judicial a esa problemática”.

Por último la Resolución 91/15 de fecha 12 de Noviembre de 2015, establece los lineamientos generales de abordaje de los casos de violencia. Entre sus considerandos menciona: la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, en cuanto considera que la violencia hacia las mujeres constituye una violación a los derechos humanos, la Convención de Belén do Pará, en cuanto a la definición de violencia hacia la mujer, ya analizada in extenso en el presente artículo, y menciona además la ley 26.485 en cuanto a la obligación estatal en este tipo de casos. Además de la ley provincial 14.407 de Emergencia pública en materia social por violencia de género.

En el considerando 2° la resolución establece: “Que las conductas penalmente relevantes que con mayor frecuencia se verifican en la violencia de género, encuentran principalmente encuadre normativo en los delitos de homicidio, lesiones (en sus diversas modalidades), amenazas, abusos sexuales, y delitos conexos a la trata de personas (...)”. En este sentido la resolución resalta “la obligación del estado establecida en Belén do Pará en “actuar con la debida diligencia para investigar y sancionar la violencia hacia las mujeres”.

Es loable el esfuerzo del Departamento Judicial de La Plata, por el cumplimiento del principio de Especialidad. Sin perjuicio de ello, la resolución establece que, “Los hechos delictivos caracterizados por un particular contenido del bien jurídico protegido -abusos sexuales- serán investigados por

las Unidades Funcionales de Instrucción “ordinarias” (...) salvo en aquellos supuestos en que la víctima sea una mujer adulta y que se produzcan como consecuencia o en ocasión de violencia intrafamiliar”. En la inteligencia de los argumentos que venimos desarrollando, dejar las investigaciones por abusos sexuales en manos de las fiscalías ordinarias, contradice el espíritu de la legislación nacional e internacional -esta última de raigambre constitucional-, así como la propia letra de la resolución.

Las investigaciones abordadas por la Fiscalía Especializada, serán lo que emanen de “Hechos cuyo injusto se relacionan con el mismo bien tutelado – delitos contra las personas-(...)”. La excepción a esta regla son los casos de flagrancia, salvo que, de todos modos resulte necesario continuar con el trámite ante la UFI especializada. Sin dudas, todo caso de violencia, incluso los de flagrancia, necesitan la especialidad de los órganos.

Si bien, es un gran avance la creación de las fiscalías especializadas en violencia de género, y el Departamento Judicial de La Plata, ha comenzado un camino en ese sentido, resulta necesario rever las excepciones a la regla general. La flagrancia y los abusos sexuales -fuera de las relaciones de pareja- deberían no encontrarse por fuera del principio de Especialidad. “Al no introducirse la especialidad de género en la creación, aplicación y ejecución de la ley se está perpetuando una gran cantidad de desigualdad (Antony, 2017).

La no aplicación del Principio de Especialidad, sería sin más continuar perpetuando la desigualdad.

Por último, cabe señalar que si bien, el feminismo, por definición asume una posición garantista, y sin dejar de lado la consideración del derecho penal como última ratio, no resulta una tarea sencilla la argumentación que demanda cierta premura al poder punitivo del estado, sobre cuestiones que no logramos zanjar desde lo cultural. Pese a ello, las últimas estadísticas de femicidios en Argentina, hablan de una mujer asesinada por motivos de género cada 18 horas<sup>11</sup>. Los circuitos penales iniciados por gran parte de las víctimas y que no han sido instruidos con la merecida premura teniendo como desenlace finalmente la muerte de la mujer violentada nos debe llamar a la atención. La violencia dirigida a un determinado sector social, sin otro motivo que su razón de género, merece un tratamiento que garantice a las víctimas, el derecho a vivir una vida libre de violencia. En este punto es necesario tener en cuenta que en los casos de violencia hacia las mujeres las víctimas son determinadas y se producen con las mismas, una continuidad delictual que puede desarrollarse por años. Esta determinación de la víctima la hace más vulnerable, esa determinación también merece la implementación de medidas efectivas de protección.

---

11 Dato publicado en varios medios de comunicación, fuente: Instituto Wanda Tadei.

La voz de la instancia penal, si bien no será la solución de fondo en la que debe trabajar la sociedad en su conjunto, puede ser útil en la cuestión inmediata, donde es necesario ir al auxilio de las vidas, donde impera la necesidad de impedir nuevos casos de feminicidios, donde un nuevo sentido debe erguirse en tanto deslegitimar las prácticas discriminatorias en razón de género.

## Bibliografía

CARMEN A. (2017). *Hacia una criminología feminista, violencia, androcentrismo, justicia y derechos humanos*. Universidad Nacional de Avellaneda, Buenos Aires, Argentina.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010). “Caso Fernández Ortega y otros vs. México” En línea en: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_224\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_224_esp.pdf)

CUERDA A. (2017). Palabras de Derecho. En línea en: <http://palabras-delderecho.blogspot.com.ar/>

FONTENA M. (2009) *En diccionario de estudios de género y feminisimos*, Susana Beatriz Gamba (coordinadora). Editorial Biblos, Buenos Aires.

KATERINA M. (1989). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Graficas Rogar, Madrid España.

RELATORÍA SOBRE LOS DERECHOS DE LA MUJER (2013). Deficiencias de la respuesta judicial en casos de violencia contra las mujeres. En línea en: <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap2.htm>

## Dejen entrar a las mujeres

Por Gargarella Roberto

El 13 de julio de este año, la Cámara Nacional Electoral se pronunció, en “Incidente de Ciudad Futura Nro. 202 – distrito Santa Fe”, sobre la validez de una lista presentada por el partido “Ciudad Futura”. La lista, como sabemos, se encontraba integrada en su totalidad por precandidatas de sexo femenino. En su decisión, y por mayoría, la Cámara afirmó la decisión del juez federal con competencia electoral cuando solicitó al apoderado de la citada agrupación que presente una nueva nómina de precandidatos compuesta por varones y mujeres.

La decisión de la Cámara resulta errada y desafortunada, por razones diversas. Aquí quisiera detenerme en, y subrayar, los serios problemas del fallo en relación con los modos que entiende la noción constitucional de igualdad; la forma en que se aproxima a las ideologías feministas; su débil teorización sobre la democracia; y, en general, su comprensión del constitucionalismo.

### I. Igualdad

De los muchos problemas que tiene el fallo, tal vez el más importante y serio sea el relacionado con el modo en que interpreta el valor constitucional de la igualdad. Lo primero que merece decirse al respecto es que la decisión resulta sorprendente cuando se la contrasta con un acercamiento simple y literal a la Constitución, que de modo abierto y explícito se pronuncia i) a favor de la “igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos partidarios”; y ii) a favor de la adopción de “acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral” (art. 37). Frente a la contundencia de tales compromisos, es difícil entender cómo puede hacer un tribunal para bloquear medidas de acción afirmativa, particularmente en el área electoral. La Cámara hace algún modesto esfuerzo por señalar que el artículo 37 “garantiza iguales derechos a ambos sexos, sin ningún tipo de diferenciación”, pero es difícil aceptar lo que el tribunal quiere significar con la idea de “ningún tipo de diferenciación”, cuando al mismo tiempo toma partido, sin necesidad de hacerlo, por una interpretación constitucional “armónica” (que trate de vincular a las distintas cláusulas entre sí), y no reconoce (lo que entonces debiera reconocer de modo especial, esto es) que de forma también abierta y clara, el art. 75 inc. 23, clarifica que las acciones positivas (i) que la Constitución favorece, particularmente en materia electoral (ii), deben orientarse particularmente (iii) a favorecer a “las mujeres”. Esto es decir, la Constitución “ata” explícitamente la idea de “igualdad real de oportunidades” con acciones

positivas, en materia electoral, y en relación con las mujeres. Cómo puede ser, entonces, que luego de este explícito y contundente apoyo de la Constitución, a las acciones positivas en favor de las mujeres, en materia electoral, en nombre de la “igualdad real” de oportunidades, se niegue validez a una lista compuesta sólo por mujeres, y se lo haga en nombre de la “igualdad real” entre los géneros?

La Cámara no argumenta sobre el punto, sino que declara. Declara, por ejemplo, en el considerando 11 de su fallo, que una lista semejante “importaría la vulneración del principio de igualdad”. Y el apoyo que da para tal declaración es un argumento tautológico. La Cámara dice que “una medida de discriminación inversa que afecta al derecho de acceso en condiciones de igualdad...importaría la vulneración del principio de igualdad que implica hacer del sexo una condición de elegibilidad, lo que sería [discriminatorio]”. Esto es, las acciones positivas, si afectan la igualdad, vulneran la igualdad, porque son discriminatorias: una tautología compuesta, basada en una razón equivocada. Ello, dado que las acciones positivas en materia electoral, primariamente, “hacen del sexo una condición de elegibilidad”: de eso tratan las acciones positivas a favor de las mujeres.

A pesar de que el análisis de la idea de igualdad debiera ocupar el lugar central en el fallo, la Cámara no atina a elaborar un argumento sólido en la materia, lo cual resulta en extremo preocupante (se encuentra un interesante acercamiento al punto, mientras tanto, en el voto disidente del Juez Corcuera). En el considerando 6, por ejemplo, la Cámara habla del contrasentido que significaría suponer que la Constitución Nacional exige privar a unos de lo que les concede a otros.” Pero qué hace, por ejemplo, la ley de “cupos femeninos” que la Cámara en este mismo fallo respalda de modo contundente?: priva a unos lo que les concede a otros. Por eso, dicha contundente declaración de la Cámara no agrega ningún argumento, sino que en todo caso nos quita otro, al no poner la atención en el lugar relevante: lo que importa no es si se priva a algunos de lo que se les concede a otros (algo que ocurre permanentemente), sino si se lo hace injustificada o irrazonablemente.

Peor todavía, la Cámara afirma luego, de modo rimbombante, que “nuestro plexo jurídico de base es claro y terminante: igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a los cargos electivos y partidarios”. En efecto, y como vimos, nuestro plexo jurídico es terminante: pide igualdad real de oportunidades, pero en un sentido que contradice lo que la Cámara afirma. Ella aclara que la Constitución “con esa expresión no se refirió solo a la mujer sino a los representantes de los dos géneros, y mal puede, en la consecución del objetivo o finalidad de resguardar la representación igualitaria.” Pero ello no es cierto, porque como vimos, la Constitución sólo habla de igualdad real en relación con la adopción de

acciones positivas, en materia electoral, y con un sesgo especial y abierto en favor de los derechos electorales de las mujeres (el art. 75 inc. 23 le exige al legislativo: legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad). Se trata, en efecto, de un texto claro y terminante, a favor de la toma de medidas especiales a favor de las mujeres, particularmente en materia electoral.

Por lo dicho hasta aquí, en lo que debió ser el punto principal del fallo, esto es, la clarificación del significado constitucional del ideal de igualdad, la Cámara fracasa de modo rotundo, porque no alcanza a probar lo que declara probado (esto es, que este tipo de medidas positivas violan la igualdad). Lo que la Cámara debió hacer y no hizo, para justificar su rechazo a la “lista sólo de mujeres,” es mostrar que una medida semejante implica un ejercicio irrazonable de la posibilidad constitucionalmente autorizada de tomar medidas positivas, en materia electoral, a favor de las mujeres. Como no hizo este ejercicio, ni probó su punto sobre la igualdad de otro modo, la decisión de la Cámara no es sostenible. Sin embargo, si hubiera hecho ese esfuerzo de razonamiento, hubiera encontrado dificultades para decir lo que quiso decir. Ello, porque lo que la Constitución intenta hacer con su toma de partido a favor de las acciones positivas para las mujeres en materia electoral, es confrontar un problema estructural, que sufren las mujeres y no los hombres, cual es el acceso a los cargos electivos. Del mismo modo, cuando la Constitución pide (en el art. 75 inc. 23) acciones positivas para “niños” y “ancianos” -medidas que podrían incluir, por ejemplo, la de asignarles subsidios económicos o apoyos sociales especiales- lo hace porque quiere hacerse cargo de un problema estructural, que el propio Estado, con el paso de los años, ha creado. En tal sentido, puede afirmarse sin un ápice de retórica, que la Constitución nacional se “desmarca” de un enfoque meramente formal de la igualdad, para abrazar otro mucho más cercano a lo que podríamos llamar “igualdad estructural”: ello es lo que pretende asegurar exigiendo repetidamente la adopción de medidas especiales a favor de grupos especialmente vulnerables.

Por eso, si una política se dirigiera a crear un “ingreso básico para menores” (y no para ningún otro grupo), esa política se justificaría, aunque se privase del mismo beneficio a “todos los demás grupos,” porque de lo que se trata es de combatir un problema estructural. Adviértase, sin embargo, que lo que dice la Cámara contra la peculiar acción positiva del caso (que ella “discrimina” a los demás, que los excluye, que viola la Constitución, que no toma a los demás como iguales, etc.) podría decirse contra el subsi-

dio especial para menores. Otra vez: contra lo que dice la Cámara, se trata de medidas especiales que la Constitución autoriza y exige, para tratar de resolver o amenguar problemas estructurales, que sufren los grupos señalados (menores, mujeres, ancianos) y no otros.

Mientras el problema estructural se mantenga, y el compromiso constitucional con las acciones positivas para los sujetos afectados por ese problema estructural se mantenga (porque la Constitución no ha sido modificada), las listas electorales que no incluyan una proporción adecuada de mujeres representarán un problema constitucional, pero no así si no incluyen una proporción adecuada de hombres (o ninguno, como en este caso), porque ellos son ajenos al problema estructural que la Constitución enfrenta. Y dicha lista sólo de mujeres no será impugnable constitucionalmente, por otras cláusulas de la Constitución, del mismo modo en que no lo sería (ni podría considerarse “discriminatoria”) una lista del Partido de los Jubilados que sólo incluyera a jubilados entre sus candidatos.

## II. Feminismo y democracia radical

Una manera -no exitosa- que ensaya la Cámara para rechazar lo que la Constitución afirma -medidas positivas a favor de las mujeres en materia electoral, que pueden incluir una lista integrada sólo por mujeres- es la de señalar que se trata de un experimento extremo o radical. Para ello, la Cámara se refiere a, y descalifica de inmediato, a las alternativas del “feminismo radical” y la “democracia radical”, con las que asocia a la medida del caso.

En su considerando 5, y citando al Tribunal Constitucional Español, la Cámara suscribe un párrafo sorprendente. La cita dice lo siguiente:

“En el nuevo contexto normativo es ya innecesario compensar la mayor presencia masculina con candidaturas exclusivamente femeninas, por la sencilla razón de que aquel desequilibrio histórico deviene un imposible. Ciertamente un ideario feminista radical que pretenda el predominio femenino no podrá ser constitucionalmente prohibido, pero tampoco podrá pretender sustraerse al mandato constitucional de la igualdad formal (art. 14 CE) ni a las normas dictadas por el legislador para hacer efectiva la igualdad material tal como establece el 9.2 CE” (cf. STC 52/08, del 29 de febrero). Por consiguiente, aclara que “no se impide la existencia de formaciones políticas que defiendan activamente la primacía de las personas de un determinado sexo, o que propugnen postulados que pudiéramos denominar «machistas» o «feministas». Lo que exige la disposición adicional que nos ocupa es que cuando se pretenda defender esas tesis accediendo a los cargos públicos electivos se haga partiendo de candidaturas en las que se integran personas de uno y otro sexo” (cf. STC 52/08 cit.).

La referencia al tribunal español confronta al menos dos graves problemas. En términos constitucionales, ella es totalmente inapropiada, porque la Constitución española carece de aquello que la Constitución Argentina afirma y subraya, esto es, un compromiso abierto con las acciones positivas a favor de las mujeres. Por ello, lo único que puede importar de aquella cita española -la sugerencia según la cual una lista sólo de mujeres choca con el “mandato constitucional de la igualdad formal”- es justamente lo que no sirve para pensar el caso de la Argentina. Ello así, porque la Constitución de la Argentina aparece comprometida con una noción de igualdad diferente a la que prima en el texto español: en nuestra democracia constitucional prevalece una noción de igualdad estructural, que permite respaldar de modo enfático lo que la igualdad formal puede rechazar, eventualmente.

Por lo demás, la referencia al “feminismo radical” es equivocada, tanto en el Tribunal español como en la Cámara argentina, porque una lista electoral sólo integrada por mujeres (o jubilados o arquitectos) podría ser perfectamente defendida por posiciones feministas de todo tipo, incluyendo posiciones liberales, y también por posiciones no feministas, y aún libertarias (la “utopía” del libertario Robert Nozick está representada, justamente, por un mundo en donde distintos grupos se agrupan libremente, y del modo en que quieren, con el único límite de su libertad de conciencia y el consentimiento de los demás). Reducir la demanda por una noción fuerte de “igualdad real” al feminismo radical, representa un paso innecesariamente prejuiciado, de parte de los tribunales citados.

Si las escuetas referencias de la Cámara hacia el feminismo resultan desafortunadas, las que hace a la “democracia radical” resultan chocantes. Otra vez, la estrategia del tribunal argentino es la de apoyarse en las citas de un actor extranjero en busca del respaldo que no encuentra en la Constitución argentina. Todo el recorrido teórico de la Cámara, en torno a la noción de democracia, resulta entre sorprendente y preocupante: fundamentalmente, lo que nos ofrece son citas (en general anticuadas) de una diversidad de autores (Michels, Mosca, Pareto, Duverger, Hauriou, etc.), que resultan por completo innecesarias, ya que vienen a probar lo que nadie discute y lo que no está en juego: que la democracia representativa está en crisis, que los partidos políticos son importantes, etc. Luego de dicho recorrido, la Cámara afirma que, a partir de la reforma del 94, la Constitución argentina pasó de consagrar un sistema de democracia representativa a otro más participativo. Pero -aclara y subraya el tribunal- ello de ningún modo implicó la adopción de una democracia radical (una afirmación, según veremos, rechazable desde distintos ángulos).

La Cámara, a pesar de las citas que presenta, en ningún momento clarifica qué entiende por estas particulares concepciones de la democracia, y

tampoco deja en claro cuál es el argumento para considerarlas ajenas a la Constitución, ni nos dice por qué habría que asociar una decisión tal como la de integrar a una lista sólo con mujeres o jubilados con una iniciativa “radical” o extrema. Otra vez, sin ningún argumento, la Cámara sostiene que la Constitución Nacional excluye a la “llamada democracia radical”, que asocia -otra vez irrazonablemente y sin apoyo teórico- con “la pretensión de la democracia directa” y a la “denominada democracia inclusiva.” La afirmación es extraña, y lo sería para cualquier tribunal del mundo: la democracia debe ser inclusiva! No puede tomarse dicha pretensión como una patología. En todo caso, la Cámara rechaza sin razones suficientes a la “democracia directa,” por “resultar ilusoria y anárquica” (lo que obviamente es insostenible, tanto a la luz de regímenes de democracia directa, como el de Suiza, como a la luz de formas de democracia enfáticamente más directas, como la de Uruguay), y hace lo propio con la “democracia inclusiva,” a través de la siguiente cita (particularmente infortunada). Ella dice:

“[l]a democracia inclusiva resulta mucho más preocupante desde el punto de vista democrático que l[o] [...] participativ[o] o [...] deliberativ[o]. Aquí se trata de reservar cuotas de representación a favor de grupos determinados por su condición, normalmente étnica, aunque podría ser de otro tipo: por niveles de renta, por discapacidad y un largo etcétera. [...] En todo caso, las propuestas inclusivas recuperan posibles vetos a la aplicación de las leyes generales, a la manera de los tribunos de la plebe romanos. En definitiva, una pseudodemocracia que rompe la regla del demos integrado por ciudadanos libres e iguales. Por supuesto, los representantes de las minorías en proceso de inclusión deben actuar en la defensa de los intereses parciales y sectoriales del grupo al que representan. Así pues, democracia deliberativa e inclusiva son rigurosamente incompatibles, aunque muchos colegas simpatizan a la vez con una y con otra: o buscamos todos el interés general o cada uno representa a sus mandantes en busca de intereses particulares” (cf. Benigno Pendás García, “Democracia Constitucional o Democracia Radical ¿Es lícito vivir al margen de la política?”. Separata de Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Año LXVIII, Número 93, Curso académico 2015- 2016, Madrid, 2017).-

Nuevamente, la referencia a un académico español no hace sentido en el marco del fallo, simplemente porque la cita se apoya en un texto constitucional que difiere del nuestro en todo lo que en el caso en cuestión resulta relevante. Más todavía, el autor realiza unas consideraciones en materia de democracia que contradicen todo lo importante que se ha escrito sobre democracia, y en particular democracia deliberativa, en los últimos 50 años. En el contexto latinoamericano, por lo demás, que desde hace décadas ha constitucionalizado las cuotas a favor de minorías étnicas, resulta llamativa la descalificación de las “cuotas de representación a favor de grupos deter-

minados por su condición, normalmente étnica,” y su asociación con formas radicales de democracia: encontramos tales cuotas, por citar un caso, en el contexto colombiano, que dista enormemente de cualquier definición posible o imaginable de “democracia radical”.

### III. Otros argumentos: teoría interpretativa y sentido común

Aunque son muchas otras las consideraciones que hace la Cámara y que ameritarían un análisis por separado, en este último apartado voy a mencionar sólo uno, que se refiere al enfoque interpretativo que presenta el tribunal.

Todo lo que dice el fallo mayoritario en la materia resulta injustificado. Por un lado, y con cita a Bidart Campos, sostiene que “la interpretación debe hacerse integrando las normas en la unidad sistemática, comparándolas, coordinándolas y armonizándolas, de forma tal que haya congruencia y relación entre ellas”. Como mostrara ya, la afirmación no se sostiene, ya que no hay un solo método interpretativo que los tribunales estén obligados a adoptar; ni es obvio que el enfoque interpretativo preferible sea el de la “armonización”; ni es cierto que la propia Cámara adopte y aplique este enfoque de modo mínimamente apropiado (por ejemplo, cuando se resiste a reconocer los vínculos que la Constitución del 94 establece entre las acciones afirmativas que consagra, la noción de igualdad real -que sólo aparece en este contexto- y el valor especial que le asigna a la mayor participación de las mujeres en política).

Más adelante, la Cámara vuelve sobre cuestiones de teoría interpretativa para señalar que una lista integrada sólo por mujeres sería contraria a “la intención del constituyente así como la de los congresistas tuvo como intención asegurar la igualdad de trato en el ámbito de lo político para varones y mujeres; pues, si bien es cierto la posición de desigualdad socio-cultural vigente en nuestro Estado, así como en muchas naciones del mundo, que tuvo como destinatario esencial la protección en particular de la mujer quien conformaba el colectivo desprotegido en el ámbito de esta actividad, jamás pudo estar en la télesis de las normas el consagrar una igualdad generando una desigualdad.- Por tanto, la inconsecuencia del legislador no se presume y jamás pudo estar en su espíritu que el destino de la norma ordenada a los fines de la protección de los derechos de la mujer pudiera conllevar la conculcación de los derechos de sus pares de género masculino.”

Otra vez: cuál es el argumento que ofrece la Cámara para optar por un enfoque interpretativo “intencionalista” (tal vez de los enfoques interpretativos más implausibles con los que contamos, dada la imprecisión a la que -como puede verse en el caso- suele llevarnos)? Y cuál es la razón que nos propone el tribunal para que suscribamos tal particular lectura de lo que nuestros legisladores querían? Y de dónde deriva que ellos “jamás” pudie-

ron “consagrar una igualdad generando una desigualdad”? Todo lo contrario: en situaciones de desigualdad estructural -que, como ocurre siempre, son producto de previas acciones y omisiones estatales- es habitualmente necesario operar alguna desigualdad de trato, destinada a remediar las desigualdades previamente creadas por el Estado. Nuevamente, lo único que importa en estos casos no es que se consagre una desigualdad, sino que no se consagre una desigualdad injustificada. Por lo demás, la decisión de crear deliberadamente desigualdades, está lejos de ser insólita o inaceptable o irracional. Sólo por citar un caso: todo lo escrito por John Rawls en su “Teoría de la Justicia” -tal vez el texto más influyente sobre la igualdad escrito en el último siglo- puede entenderse como un ejercicio destinado a mostrar cuáles desigualdades son justificadas en qué casos.

Finalmente, sorprenden también las consideraciones que hace la Cámara en respaldo del “sentido común,” como base (adicional) para su fallo. Es curioso no sólo que el tribunal invoque como argumento el “modo de pensar o proceder tal como lo haría la generalidad de las personas” sino, sobre todo, que se asuma intérprete de ese sentido común, y que en adición considere que el sentido común respalda su decisión contraria a la lista de mujeres. En un fallo destinado a ver de qué modo se trata a minorías que sufren prejuicios extendidos, el último respaldo que podemos pretender o desear que adopte un tribunal, es el del supuesto sentido común mayoritario.



## PROYECTOS DE EXTENSIÓN

REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN | Año 2 N° 4 | Invierno 2017

PORTADA: SERGIO MICHAEL ÁLVAREZ |  
DE LAS MÁRGENES Y OTRAS ORILLAS.

OBRAS A LA VENTA

## **Suicidio del Alma**

Cuando el alfiler que me recorría el cuerpo estalló en pétalos. Cuando dejó de ser capullo en el medio de mi cabeza, e hizo una descarga de polen metálico sobre el centro de mi estómago; entonces mi alma se alejó de mi cuerpo y se vio parada sobre una ciudad cilíndrica y agujereada.

Descendió hasta las entrañas de los metales.

Fue el vértigo de mis generaciones.

Y un día, en el que el sol sorteaba los caminos de las profundidades, se suicidó.

## El Derecho a una Educación Inclusiva: el título como último de los obstáculos

Por Gonzalez Antonella y Fernandez Maria Eugenia

### Resumen

Este trabajo se enmarca en la Clínica Jurídica de Derechos Humanos y Discapacidad, proyecto de extensión de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

Al hablar de educación inclusiva, es necesario aclarar algunas cuestiones acerca de los conceptos. Ante esto, nos preguntamos ¿De qué hablamos cuándo hablamos de educación inclusiva? ¿Qué es una barrera? ¿Qué es un título no homologable? Dicha toma de posición no es ingenua, sino que encierra sentidos y significados que envuelven una forma de comprender a la educación, en este caso en particular, de comprender la educación de personas con discapacidad.

Planteamos tres niveles de obstáculos: ingreso, permanencia, egreso; desde las primeras barreras que aparecen a la hora de ingresar a los establecimientos educativos, las distintas problemáticas no sólo para permanecer sino para aprender y por último, pero no menos importante, el egreso.

Nos centraremos en este último punto, enfocándonos en la titulación de las trayectorias escolares de las personas con discapacidad. Como mencionamos con anterioridad, los conceptos y prácticas invisibilizan sentidos que influyen en los derechos de las personas con discapacidad, por ello uno de nuestros objetivos es visibilizar dichas prácticas y la vulneración de derechos que generan.

### Educación Inclusiva

Tal como expresa la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el derecho a la educación es atravesado por dos principios básicos: la universalidad y la no discriminación, frente a esto puntualmente expresó que “la educación inclusiva ha sido reconocida como la modalidad más adecuada para que los Estados garanticen la universalidad y la no discriminación en el derecho a la educación. En la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se señala que, para que estas personas puedan ejercer ese derecho, han de existir sistemas educativos inclusivos; en consecuencia, el derecho a la educación es un derecho a la educación inclusiva”.

La educación inclusiva, es un derecho de todas las niñas y jóvenes<sup>1</sup> a

1 En este documento se procuró evitar el lenguaje sexista. Sin embargo, a fin de facilitar la lectura no se incluyen recursos como “@”, “x” o “-a/as”. Es por ello que deseamos que se tenga en cuenta que escribiremos en genérico femenino.

recibir una educación de calidad que satisfaga sus necesidades básicas de aprendizaje y enriquezca sus vidas, procurando desarrollar el potencial de cada persona. Se trata del proceso de identificar y responder a la diversidad de las necesidades de todas las estudiantes a través de la mayor participación en el aprendizaje, las culturas y las comunidades, y reduciendo la exclusión en la educación. Involucra cambios y modificaciones en contenidos, enfoques, estructuras y estrategias, con una visión común que incluye a todas las niñas del rango de edad apropiado y la convicción de que es la responsabilidad del sistema regular, educar a todas las niñas. (UNESCO, 2008).

La obligación de brindar educación de calidad sobre la base del principio de igualdad y no discriminación, debe interpretarse a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que en su artículo 24 reconoce el derecho a la educación inclusiva, especificando que “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...”

Al respecto, el Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad de Naciones Unidas, órgano de interpretación y aplicación de dicho tratado internacional, siendo una guía para su implementación, en la Observación General N° 4 señaló que “los Estados partes deben hacer efectivos los siguientes derechos básicos con efecto inmediato: la no discriminación en todos los aspectos de la educación y abarcar todos los motivos de discriminación prohibidos internacionalmente. El Comité entiende que la educación, conforme el marco normativo internacional, debe orientarse al pleno desarrollo del potencial humano, el sentido de la dignidad y autoestima, así como el respeto y valorización de las diferencias. Además, señala que la educación inclusiva ha de entenderse como un derecho humano fundamental, como un medio de realización de otros derechos humanos, como el derecho a la protección por igual de todas las personas ante la ley.

Además, afirmó que “Los Estados partes deben prohibir toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizar a todas las personas con discapacidad una protección igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo” y que “Entre las medidas necesarias para hacer frente a todas las formas de discriminación figuran la identificación y eliminación de las barreras jurídicas, físicas, de comunicación y lingüísticas, sociales, financieras y actitudinales en las instituciones educativas y la comunidad”.

Los instrumentos normativos descriptos no son simbólicos sino que se deben aplicar y acatar para poder terminar con la desigualdad que enfrentan las personas con discapacidad que cursan los niveles de escolarización obligatorios, ya sea tanto en el ingreso, permanencia y egreso.

El derecho a una educación inclusiva se ve alterado por variadas prácticas, que provocan una situación desigual, poniéndose en jaque el derecho constitucional a la igualdad.

### **Conceptos que encierran sentidos**

Este trabajo se posiciona desde el modelo de derechos para comprender a la discapacidad como todas aquellas barreras que impiden la plena participación de las personas con discapacidad en la vida social en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos. Este modelo, tiene nacimiento a través de la lucha del colectivo de personas con discapacidad que consiguen plasmar sus derechos en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006). Asimismo, apunta a la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto de su propia vida, y para ello se centra en la eliminación de cualquier tipo de barrera, a los fines de brindar una adecuada equiparación de oportunidades (Palacios, 2008).

Según la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Organización Mundial de la Salud, se entiende por barreras a todos aquellos factores ambientales en el entorno de una persona que, a través de su ausencia o presencia, limitan el funcionamiento y crean discapacidad. Estos incluyen aspectos como un ambiente físico inaccesible, falta de tecnología asistencial apropiada, actitudes negativas de las personas hacia la discapacidad, así como servicios, sistemas y políticas que dificultan la participación plena en todas las áreas de la vida.

Las barreras pueden agruparse en cuatro categorías:

- Barreras físicas/ambientales: Acceso a edificaciones, escuelas, centros de salud, transporte, vías de comunicación.
- Barreras comunicacionales: informaciones en distintos formatos de lectura y escucha.
- Barreras políticas: normativas discriminatorias y ausencia de las mismas.
- Barreras actitudinales: estereotipos, estigmas y otras formas de discriminación.

El colectivo de personas con discapacidad, es uno de los grupos a los que más se les ha vulnerado sus derechos a lo largo del tiempo. La educación es uno de los derechos fundamentales de todos los seres humanos, sin distinciones ni discriminaciones, por lo que llamaremos barrera a cualquier obstáculo que no permita el ejercicio de este derecho. Para romper con estas barreras, hablamos de apoyos y adaptaciones, apoyos como todos aquellos recursos materiales y humanos que buscan romper con las barreras que obstaculizan los aprendizajes. A su vez, las adaptaciones son las modificaciones y reconfiguraciones de los contenidos curriculares para la enseñanza de los mismos, acordes con las necesidades de cada estudiante.

Las adaptaciones y apoyos para cada estudiante con discapacidad están plasmados en el Proyecto Pedagógico Individual para la Inclusión (PPI), denominado de esta manera a partir de la Resolución 311/16 del Consejo Federal de Educación. En el mismo, se presentan todas aquellas adaptaciones curriculares para que sea posible una verdadera inclusión. Se trata de modificaciones, reconfiguraciones en los contenidos prescriptos para la enseñanza en el Diseño Curricular y de apoyos que posibiliten el aprendizaje durante la trayectoria escolar. Todas estas acciones son las que buscan romper con las barreras que obstaculizan la permanencia de las estudiantes con discapacidad.

### Normativas

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 1976 .Reconoce el derecho de toda persona a la educación entendiendo que debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad. A su vez, debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre.
- La Declaración de Salamanca del año 1994, invoca a la necesidad de actuar con miras a conseguir escuelas para todas, que celebren las diferencias, respalden el aprendizaje y respondan a las necesidades de cada una. Pone el énfasis, en que deben ser las escuelas las que respondan a las necesidades de las estudiantes, promuevan valores y posturas de no discriminación, de convivencia de la diversidad y del respeto por las diferencias.
- La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad del año 1999, en su Artículo 1.1 dice que “discriminación contra las personas con discapacidad significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”.
- Desde el año 2006 se encuentra vigente la Convención por los Derechos de las Personas con Discapacidad, en donde se plasma el reconocimiento a la lucha de las personas con discapacidad en relación a sus derechos. En el Art. 24 de la misma, se reconoce el derecho a la educación inclusiva en todos los niveles del sistema educativo, sin discriminación alguna.

● Ley de Educación Nacional N°26206 del año 2006, considera a la educación y al conocimiento como bienes públicos y derechos personales y sociales que deben ser garantizados por el Estado, siendo el responsable de garantizar la enseñanza y aprendizaje de todas las sujetas de derechos. Entre los fines de la política educativa, garantizar una educación inclusiva brindando a las personas con discapacidades, permanentes o temporales, una propuesta pedagógica que permita el máximo desarrollo de sus derechos.

● Ley de Educación Provincial N°13688, del año 2007, establece en su artículo 5° que la Dirección General de Cultura y Educación tiene la “responsabilidad principal e indelegable de proveer, garantizar y supervisar una educación integral, inclusiva, permanente y de calidad para todas sus habitantes (...)”. Es por ello que la trayectoria escolar debe verse beneficiada por acciones tendientes a garantizar el ingreso, permanencia, promoción y egreso en las mejores condiciones de igualdad.

● En el Marco general de política curricular, creado en el año 2007, se expone que se debe guiar el diseño e implementación de propuestas pedagógicas específicas acordes a las estudiantes, con y sin discapacidad, reconociendo en cada una trayectorias educativas diversas.

● El Informe del Alto Comisionado del año 2013, reconoce a la educación como un derecho universal reconocido a nivel internacional, donde los estados partes asumen la responsabilidad de garantizar y facilitar dicho derecho.

● El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 4 del año 2016, sobre el derecho a la educación inclusiva. “Las transiciones efectivas: los alumnos con discapacidad reciben apoyo para que su transición del aprendizaje escolar a la formación profesional y la enseñanza superior y, por último, el entorno laboral se realice de manera efectiva. Se desarrollan las capacidades y la confianza de las alumnas y estas reciben los ajustes razonables, son objeto de un trato igualitario en los procedimientos de evaluación y examen y se certifican sus capacidades y logros en igualdad de condiciones con los demás” (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general núm. 4 sobre el derecho a la educación inclusiva, 2016, p 5)

● Resolución 311/16 de promoción, acreditación, certificación y titulación de estudiantes con discapacidad del Consejo Federal de Educación viene a convalidar y hacer efectiva la normativa internacional, con jerarquía constitucional, que consagra el derecho a una educación inclusiva. En relación a su obligatoriedad la Ley de Educación Nacional 26.206 en su artículo 118 establece que “las re-

soluciones del Consejo Federal de Educación serán de cumplimiento obligatorio, cuando la Asamblea así lo disponga, de acuerdo con la Reglamentación que la misma establezca para estos casos”. A su vez, el reglamento de Funcionamiento del Consejo Federal de Educación en su artículo 11 establece que “la Asamblea Federal se pronunciará a través de las siguientes categorías de decisiones con los alcances que en cada caso se indican: 1) Resoluciones: son de cumplimiento obligatorio para todas las jurisdicciones y se refieren a cuestiones en las que el Consejo Federal actúa como ámbito de concertación, acuerdo y coordinación de la política educativa nacional, asegurando la unidad y articulación del Sistema Educativo Nacional”.

En relación al egreso de las personas con discapacidad en su anexo I Artículo 26° establece que “la escuela donde desarrolla su trayectoria escolar acreditará los saberes adquiridos”. El artículo 39 expresa que “el PPI habilitará a las estudiantes con discapacidad a recibir el título y certificado analítico del Nivel o Modalidad, al igual que el resto de la población escolar, dando cuenta de su trayectoria educativa”. En el Anexo IV se establece que “tal como se señala en el cuerpo del documento, las estudiantes con discapacidad que hayan contado con ajustes razonables para el acceso al currículum, contarán en su analítico final al igual que el resto de la población escolar la trayectoria educativa recorrida y obtendrán su título en igualdad de condiciones con las demás y sin discriminación”.

### **El último de los obstáculos: el egreso**

El obstáculo aparece cuando el propio PPI se convierte en una barrera a la hora del egreso en igualdad de condiciones que el resto de las estudiantes sin discapacidad. Es necesario explicar que en la mayoría de los casos trabajados en la Clínica Jurídica de Derechos Humanos y Discapacidad, el PPI es confeccionado por la escuela de educación especial, quien es la encargada de realizar las orientaciones, apoyos y recursos, lo cual no es un aspecto negativo hasta el momento que esto, impide la acreditación del total de las materias por parte de la escuela común. Es decir, la escuela especial reclama la acreditación de materias troncales que convierten al título en NO homologable. ¿A qué nos referimos con título no homologable? Es aquel que no tiene el mismo valor al ser comparado con otro, el cual no habilita a la continuación de estudios superiores. Realizando una analogía, es similar a la situación de una persona que ha realizado sus estudios universitarios en Argentina y quiere ejercer la profesión en otro país. En ese caso, deberá demostrar que cuenta con los mismos saberes que cualquier egresado de ese país. En síntesis, al recibir un título no homologable, una joven con discapacidad encuentra truncado su derecho a la formación a lo largo de la vida y el acceso al mundo laboral. Esta situación es un claro reflejo de la

discriminación que reciben las niñas y jóvenes con discapacidad por parte del sistema educativo.

En nuestro espacio de Clínica Jurídica de Derechos Humanos y Discapacidad, en el período 2016-2017 fue el tema de mayor consulta e intervención la problemática en materia de educación inclusiva, fundamentalmente en relación al egreso.

Pondremos como ejemplo los últimos dos casos recibidos.

El primero de ellos es el caso de L, quien realizó el nivel secundario en un establecimiento de educación común de la Ciudad de La Plata, siendo una experiencia significativa y enriquecedora para su formación, lo cual se logró gracias al trabajo mancomunado entre dicha escuela, la familia, la maestra integradora, los profesionales privados y personal de la escuela especial. A la escuela concurrió de la misma forma que todas sus compañeras, con la misma carga horaria, cursando todas las materias, rindiendo exámenes finales y es por esto que nunca tuvo la necesidad de concurrir a la escuela especial. En el último año de cursada se les comunicó a él y su familia que el título de L al terminar el secundario no iba a ser homologable. Es decir, que no iba a ser igual al otorgado a todas sus compañeras.

El segundo caso es el de F, que terminó el secundario en una Escuela común de la Ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires. No concurría a la escuela especial y algunos años los curso sin necesidad de adaptaciones por parte de la misma. Sin embargo, al terminar el secundario le otorgan un título no homologable. Frente a ello, F y su familia desconocían lo que implicaba un título no homologable, no sólo en el aspecto escolar, sino en su vida independiente. Luego de algunos años, F decide continuar con su formación, inscribiéndose en un instituto de formación docente. Dicho establecimiento le abrió las puertas pero bajo la condición de concurrir como oyente a las materias hasta regularizar su situación con el título secundario.

En estos dos casos vemos como el otorgamiento de un título no homologable afecta no solo el derecho a la educación sino también afecta a otros derechos fundamentales (a trabajar, a la vida independiente, a la igualdad de trato, entre otros).

## Conclusiones

Este trabajo busca visibilizar las prácticas excluyentes y discriminatorias que se dan en el sistema educativo, especialmente en el egreso de las personas con discapacidad.

En referencia al egreso vemos un gran avance en materia normativa con la resolución 311/16 del Consejo Federal de Educación, a la cual hicimos mención anteriormente. Más allá de lo explícito de la obligatoriedad de las Resoluciones del Consejo Federal de Educación para las provincias, entendemos que el principio de no discriminación se encuentra transversalmente

en ella. En relación a lo expuesto el Comité de derechos económicos, sociales y culturales en su Observación General N° 3 establece que el Pacto impone varias obligaciones con efecto inmediato. Una de ellas, consiste en que los Estados se “comprometen a garantizar” que los derechos pertinentes se ejercerán “sin discriminación...” La Observación General N° 9 del Comité de derechos económicos, sociales y culturales establece que “*las garantías de igualdad y no discriminación deben interpretarse, en la mayor medida posible, de forma que se facilite la plena protección de los derechos económicos, sociales y culturales*”.

Ante esto, no solo las prácticas educativas implican un acto de discriminación y/o exclusión sino también la aplicación o no de una política pública. Dicho en otras palabras, si la Provincia de Buenos Aires no acata la resolución 311/16, es una barrera política que genera discriminación. Frente a esto es que entendemos que la Resolución 311/16 es de cumplimiento inmediato. Esto quiere decir que los títulos de L, F y todas las estudiantes con discapacidad, deben otorgarse en igualdad de condiciones que el resto de la población escolar, de lo contrario se trata de un acto claramente discriminatorio y violatorio del Derecho a la Educación.

A partir del contacto con referentes de educación en otras provincias, tenemos el conocimiento acerca de la implementación de la resolución 311/16 en ellas, siendo la provincia de Buenos Aires, la más reticente a su puesta en práctica. El sistema educativo provincial alude a que la resolución no es obligatoria y no se encuentra homologada y en el camino siguen quedando afuera personas con discapacidad con un título que no se encuentra en igualdad de condiciones que el resto de sus compañeras.

Dicho esto se entiende que se ha creado un marco que garantiza a todas las estudiantes su derecho a una educación inclusiva en igualdad de condiciones y oportunidades, el cual entiende que todas las niñas con discapacidad tienen derecho al ingreso a una escuela sin discriminación, en igualdad de condiciones; el derecho a permanecer, es decir, que se realicen todos los ajustes razonables y se presten los apoyos necesarios para facilitar la formación efectiva, logrando el máximo desarrollo académico y social; y la igualdad al momento del egreso. En el punto del egreso, es donde nos centramos, debido a que entendemos que es una de las problemáticas más importantes, o es allí donde, con la expedición de un título no homologable, se vuelve a estigmatizar a la persona con discapacidad. Dicho en otras palabras si se le da la posibilidad a la persona con discapacidad de ingresar a una escuela, se realizan ajustes razonables y apoyos pero su título no se otorga en igualdad de condiciones, no estaríamos frente a una verdadera educación inclusiva.

Es necesario decir que la titulación igualitaria en nuestro país es un problema sin resolver, en donde encontramos avances pero los mismos no alcanzan a las prácticas.

Comprendemos y defendemos que una educación inclusiva abarca a todos los sujetos, reconociendo a la educación como un derecho de todos los seres humanos, lo cual hace que vaya más allá de la discapacidad, en donde el papel de todos los actores educativos es primordial. Dado que estos, funcionan como una red que posibilita la comunicación, la cooperación y puesta en acción de ideas. No se trata de un logro sino de estar permanentemente en proceso de transformación, tomando una posición que posibilite la creación, mantenimiento y mejora de las condiciones necesarias para la enseñanza y el aprendizaje de todas las niñas que habitan la escuela, no solo pensando en su ingreso sino también en la permanencia y en el egreso como una abertura a nuevas posibilidades. Pensar la educación inclusiva implica posicionar a la educación como un bien supremo de todas las niñas y jóvenes, sin distinciones, al cual las políticas públicas deben responder y sobre el cual debe reconfigurarse la escuela bajo una búsqueda constante para el cumplimiento de dicho derecho.

## Bibliografía

ASOCIACIÓN CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA. (2012). Guía de análisis presupuestario con enfoque de derechos para la ciudad de Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina : TFI

GUIDELINES FOR INCLUSION. ENSURING ACCESS TO EDUCATION FOR ALL [Orientaciones para la inclusión. Asegurar el acceso a la Educación para Todos]. (2005) Paris, UNESCO.

CHÁVEZ PENILLAS, F. (2014). El Derecho a la Educación de las Personas con Discapacidad. Buenos Aires, Argentina : Grupo Artículo 24.

COBEÑAS, P; FERNÁNDEZ, C ; GALEAZZI, M; NOZIGLIA, J; SANTUCCIONE, G; SCHNEK, A. (2017). Educación Inclusiva y de calidad, un derecho de todos. Buenos Aires, Argentina: Grupo Artículo 24. Copidis.

COBEÑAS, P. (2016). Tesis de posgrado. Jóvenes mujeres con discapacidad en escuelas públicas de la provincia de Buenos Aires: Problematizando los procesos de inclusión y exclusión educativa. La Plata, Buenos Aires: Universidad Nacional de La Plata.

CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE NECESIDADES EDUCATIVAS ESPECIALES: ACCESO Y CALIDAD. (1994) *Declaración de Salamanca*. En línea en: [http://www.unesco.org/education/pdf/SALAMA\\_S.PDF](http://www.unesco.org/education/pdf/SALAMA_S.PDF)

CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (1995). *Ley Anti-discriminación* N° 24.521. En línea en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20465/texact.htm>

----- (2006). *Ley de Educación Nacional Argentina* N°26206. En línea en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25394/texact.htm>

----- (2007). *Ley de Educación Provincial Buenos Aires N°13688*. En línea en: <http://www.suteba.org.ar/download/ley-de-educacin-provincial-43873.pdf>

DIRECCIÓN GENERAL CULTURA Y EDUCACIÓN (2007). *Marco general de política curricular*. En línea en:

<http://servicios.abc.gov.ar/lainstitucion/organismos/consejogeneral/disenioscurriculares/documentosdescarga/marcogeneral.pdf>

NACIONES UNIDAS DERECHOS HUMANOS (1976). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. En línea en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

----- (2006). *Convención por los Derechos de las Personas con Discapacidad*. En línea en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

----- (2013). *Informe del Alto Comisionado*. En línea en: [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_s.aspx?s=111](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?s=111)

----- (2016). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En línea en: <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>

----- (1999) *La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*. En línea en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>

PALACIOS, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Argentina: Grupo editorial CINCA.



## ENTREVISTA

REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN | Año 2 N° 4 | Invierno 2017

PORTADA: SERGIO MICHAEL ÁLVAREZ |  
DE LAS MÁRGENES Y OTRAS ORILLAS.

OBRAS A LA VENTA

## La Desvida

Hay un claroscuro en mi mente. Un entretelado de dioses y castigos.

Se me quiebra el sudor. Se me hace astillas la sal y se evaporan las asperas que quedaban del mar en mi memoria.

Allá, en el fondo, mi piel murmura indecencias. No me dan respiro los recuerdos.

Vivo detrás.

No me alcanza el tiempo de esta vida, para desvivir unos instantes del pasado.

Desmenuzarlos.

Olerlos.

Sentir el ayer... Sentir el hoy.

Hay un profundo misterio.

La génesis de una inútil sensibilidad.

No me alcanza el tiempo de esta vida, para poder vivirla.

## Las garantías de la constitución y su fuerza normativa<sup>1</sup>

### Entrevista a Raúl Gustavo Ferreyra

Por Córdova Vinueza Paúl

**Paúl Córdova Vinueza<sup>2</sup> (en adelante, PCV):** *En el año 2001 publicó el libro Notas sobre Derecho Constitucional y garantías<sup>3</sup>; una de las tesis que sostiene en esta obra es que las garantías sirven para preservar la Norma Fundamental y los derechos constitucionales. A casi quince años desde la publicación de este libro, ¿qué podría reafirmar y qué podría reajustar sobre los planteamientos de la teoría del Derecho de la Constitución o el Derecho de las garantías de la Norma Fundamental, una de las principales teorías de esa obra?*

**Raúl Gustavo Ferreyra<sup>4</sup> (en adelante, RGF):** Muchas gracias por la invitación a debatir. Le agradezco mucho por la pregunta y puedo hacer una muy buena exposición sobre esto. Con relación a los libros, una persona los concibe y el itinerario de ellos es absolutamente libre, porque toma su propio camino. *Notas sobre Derecho Constitucional y garantías* fue concebida entre 1997 y 1999, teniendo en cuenta dos obras en la dogmática argentina que me habían impactado mucho cuando era estudiante.

Me refiero a *Notas sobre Introducción al Derecho*, de Carlos Santiago Nino, de 1975, y *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, de Genaro Rubén Carrió, de 1965. Por razones académicas, primero tomé contacto con Nino y luego con Carrió. Fue así que, en mi temprana juventud, cuando tenía 20 o 21 años, conocí la obra de Nino y, cuando estaba por egresar de la Facultad, que tenía 23 años, tomé contacto con Carrió. Estos libros tenían la siguiente peculiaridad: llevaban adelante un enfoque del mundo jurídico desde una perspectiva analítica y desde una perspectiva de positivismo jurídico que, en ese momento, era asimilado por Nino como un positivismo metodológico.

1 El presente diálogo forma parte del libro *¿Tienen los jueces la última palabra? Diálogos Constitucionales* de Paúl Córdova Vinueza con Ramiro Ávila Santamaría, Eduardo Barbarosch, Jorge O. Bercholc, Andrés Botero Bernal, Fabián Corral, Francisco Javier De Lucas Martín, Carlos Echeverry Restrepo, Raúl Gustavo Ferreyra, Johanna Fröhlich, Juan Antonio García Amado, Roberto Gargarella, Ramsis Ghazzaoui, Andrés Gil Domínguez, María Victoria González Nieves, Peter Haberle, Fernanda Lage, Rubén Martínez Dalmau, Silvia Nonna, Nina Pacari, Eric Palma, Juan Pablo Pampillo Baliño, Hernán Pérez Loose, Ricardo Rabinovich Berkman, Daniela Salazar, Farith Simon, Claudia Storini, Diego Valadés, Leandro Vergara y Rodolfo Luis Vigo, que será publicado próximamente.

2 Paúl Córdova Vinueza es Profesor de la Universidad Central del Ecuador. Doctor en Jurisprudencia (UCE). Magíster internacional de investigación en Derecho, mención Derecho Constitucional (UASB-E) y Magíster en Desarrollo (UTPLE).

3 *Notas sobre Derecho Constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2001.

4 Raúl Gustavo Ferreyra es Profesor titular de Derecho constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (Argentina). Doctor de la UBA.

Fueron dos mensajes y elaboraciones que me impactaron mucho a lo largo de los años. En el caso de Carrió, la sutileza y contundencia para concentrarnos en el lenguaje, en el entendimiento de que el Derecho se expresa a través del lenguaje. En el caso de Nino, lo que planteaba era el acento y las distinciones, acaso si existen, entre Derecho y moral.

Pasaron los años, como quince, desde mi egreso de la Facultad en 1983, cuando en 1997/99 se me presentó la posibilidad de concebir una obra de estas características denominada como *Notas sobre Derecho Constitucional y garantías*, que fue una investigación paralela a mis estudios de doctorado, es decir, en la década de los 90, cuando completé esos estudios, paralelamente iba esta obra en trayectoria que no es una copia, sino que en el título es un homenaje a la obra de Nino y Genaro Carrió. Durante mucho tiempo tuve que discutir con el editor, porque usted bien sabe que les interesa más lo que dice el mercado que los títulos de los libros o lo que impone el autor; finalmente gané la pulseada y se publicó el libro, su primera edición en el 2001.

Pero deseo volver a la gestación y al futuro de *Notas sobre Derecho Constitucional y garantías*. La primera edición fue publicada en la Ciudad de Buenos Aires en el otoño del 2001. Agotada, prontamente, se hizo una primera reimpresión y, más temprano que tarde, también una segunda reimpresión. En ambos casos, los textos originales se mantuvieron intactos. Al cumplirse 15 años, en 2016, me gustaría realizar una segunda edición revisada, corregida y aumentada. Respecto de los textos originales, aunque el paso del tiempo sugiera un posible cambio, preferiría mantener la lealtad con la escritura originaria, pese a que haya variado alguno de mis pensamientos. Sin ningún heroísmo, me inclinaría por la revisión de las letras originarias, con fuerte apego a su imaginario inicial. Esta segunda edición de *Notas sobre Derecho Constitucional y garantías*<sup>5</sup>, que debería estar lista en 2016, se fundaría en el “lenguaje de los años”, los primeros quince de una obra. Además de la corrección general, añadiría dos trabajos profundamente relacionados con los aniversarios, uno de ellos a propósito de los 20 años de la Constitución reformada de la Argentina (recuérdese que la última reforma fue en 1994)”, y otro, un “Manuscrito sobre una procura de paz”, un texto preparado, entre otros motivos, en ocasión del cumplimiento de los primeros 25 años de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Por eso decía que en los itinerarios de las obras y los contenidos van infinitamente más lejos de lo que nosotros podemos pensar como autores. Cuando pensé en el siglo XX la obra *Notas sobre Derecho Constitucional y garantías*, estaba estructurada sobre siete pilares y cada uno anunciaba,

---

5 *Notas sobre Derecho Constitucional y garantías*, 2ª ed. revisada y aumentada, Ediar, Buenos Aires, 2016.

en un sentido relevante, cuestiones que hacen referencia a mi obra que se acaba de publicar en este año, denominada *Fundamentos Constitucionales*.<sup>6</sup>

De la obra en mención, se encuentra muy imbricada y profundamente referida a mis conversaciones con el maestro Germán Bidart Campos. Él falleció en el 2004 y durante ese momento las conversaciones eran intensas, a razón de hasta tres o cuatro veces por semana tenía el privilegio de conversar con él. Yo llego a una de las tesis principales que ahora voy a desarrollar; pero, antes, quería señalar que alguna vez veía un texto de Bertrand Russell, donde decía que a lo largo de la vida los seres humanos somos capaces de elaborar con originalidad tres ideas: que a la tercera, él todavía no había llegado; de la segunda, no se acordaba; y que la primera la había perdido. Entonces, si la cita corresponde a uno de los más grandes humanistas y pensadores del siglo XX, ¡qué me quedaría para mí!

En el itinerario de mi vida académica, sí está muy bien lo que usted señala, la tesis que postulo ahí con relación al modelo de garantías es, en cierta medida, paradigmática, porque me enfrento con el fenómeno de la Constitución y descubro el rol eminente que deben desempeñar las garantías constitucionales, a las cuales clasifico en un cuarteto, y llego a la conclusión, feliz o triste, según el sistema constitucional del cual estemos hablando, de que la Ley Fundamental cotizará exactamente a través de la cotización que tengan que sufrir las garantías, que son los mecanismos o herramientas previstas para la defensa o desarrollo de la norma máxima.

¿Por qué? Porque según la descripción en que nosotros nos desenvolvemos, dentro de un marco jurídico que está estructurado de manera muchas veces piramidal –yo diría escalonada–, la Constitución se encuentra en la cima de ese ordenamiento jurídico, más allá de que muchos sistemas jurídicos comparten la supremacía con el Derecho Internacional de los derechos humanos; si bien es cierto que la Ley Fundamental valida formal y materialmente a todo el ordenamiento jurídico, a la norma máxima solamente la pueden proteger sus propias garantías o no la protege nadie, y esa es la tesis principal. La tutela de la Constitución, la tutela de las Leyes Fundamentales, en sí mismas, sólo puede emerger del diseño eminentemente garantista que el poder constituyente lleva adelante: esta es la historia de la tesis sobre la cotización de las garantías consignada en esta obra publicada en el 2001.

*PCV: Usted en esta obra marca distancias con algunas objeciones respecto a la jurisdicción constitucional y propone que esas objeciones pueden ser la forma de elección de los jueces, el carácter de politización de los jueces constitucional, esta figura –no tan democrática– de la designación de los jueces. Varios años después de la publicación, ¿cuál o cuáles de esas objeciones mere-*

---

<sup>6</sup> Fundamentos constitucionales, (Buenos Aires: Ediar, 2015).

*cería una reformulación sobre la jurisdicción constitucional y cuáles merecerían o no ser replanteadas?*

**RGF:** A lo largo de los años he ido cambiando mi visión con relación a lo que se denomina la jurisdicción constitucional. Hace aproximadamente 30 años, por poner una fecha, cuando empezó mi actividad académica al culminar mis estudios de grado, no digo que tenía una gran simpatía, pero sí poseía una atracción por la jurisdicción constitucional o lo que significa la posibilidad de expulsar una norma por su contrariedad con el ordenamiento jurídico. En ese momento estaba muy influenciado –y lo sigo estando– por las ideas de Hans Kelsen expresadas en su magnífico opúsculo “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, que creo fue publicado en 1928 o 1929.

Al punto tal que también estuve muy entusiasmado con la idea de la acción popular, no solamente la jurisdicción constitucional, sino también una acción popular para poner en marcha constantemente esa jurisdicción constitucional. Este pensamiento que tenía, aproximadamente, allá por 1984 y 1985, lo fui cambiando con el tiempo. Como usted bien señala, ya en el 2001 planteaba abiertamente mis dudas en cuanto a la jurisdicción constitucional y, en una perspectiva de un modelo difuso, porque en la Argentina nunca hemos tenido un modelo europeo o concentrado.

Mis preocupaciones estaban siempre enlazadas con el modelo argentino de control difuso. Años más tarde, volví a desarrollar y profundizar estas dudas que estaban relacionadas con respecto al monopolio, esto es, si la jurisdicción constitucional o, mejor dicho, si la coherencia del ordenamiento jurídico debe ser una tarea asignada como un monólogo a los jueces o debe existir un diálogo: esta era la duda que a mí me perseguía.

La duda se acentúa muchísimo más *Reforma Constitucional y control de constitucionalidad*<sup>7</sup>, mi tesis doctoral, donde concretamente elimino la posibilidad de que la última palabra, en materia de judiciabilidad de una reforma constitucional, pudiese quedar a cargo de una Corte Suprema, Corte Constitucional o del nombre que le confiera un sistema constitucional de un país, porque la última palabra debe estar en manos del primer mandante, es decir, los ciudadanos que integran el pueblo.

Con los años he ido desarrollando más estas ideas, yo le diría que no estoy en contra definitivamente de la jurisdicción constitucional, pero sí tengo fuertes reparos. No me convence en absoluto la composición contramayoritaria de la jurisdicción constitucional. Nadie me ha convencido en estos treinta años de que la forma de deliberación que tienen los jueces constitucionales sea algo distinto a la forma de deliberación que tienen los legisladores. Nadie me ha convencido durante este tiempo de que la forma de votación para zanjar las cuestiones constitucionales que hacen las cortes

---

7 Reforma constitucional y control de constitucionalidad, Buenos Aires, Ediar, 2007.

constitucionales sea algo distinto a lo que hacen los legisladores en cualquier tipo de asambleas. Nadie me ha convencido de que sea virtuoso que alguien tenga la última palabra porque, acaso, epistemológicamente es una contrariedad: parto de un estatuto epistemológico en el que todo puede ser verdadero hasta cierto punto que alguien me demuestre lo contrario. Entonces, sí, soy partidario del debate crítico, del pluralismo, de la separación de funciones y del diálogo entre poderes; resulta cada vez más difícil aceptar la existencia de un control de constitucionalidad concentrado que pueda tener la capacidad –ahora y siempre– de expulsar un producto normativo elaborado por personas a quienes nosotros sí hemos ido a votar en sufragios auténticos, libres y universales.

Le voy a comentar algo más como novedad: durante mucho tiempo tuve mis preocupaciones en cuanto al modelo francés, porque cuando se diserta sobre el control de constitucionalidad se suele exponer sobre el modelo europeo o el modelo norteamericano, los cuales funcionan, ambos, de manera *ex post*, pero de manera hegemónica para todo el ordenamiento jurídico. ¿Qué tienen en común, en líneas generales, el modelo europeo y el norteamericano? Si bien se distinguen los sujetos, el objeto y los efectos de los pronunciamientos del norteamericano y europeo, coinciden en que son absolutamente reparatorios, es decir, el control de constitucionalidad viene a reparar algo que sucedió. En Ecuador, la Corte Constitucional va a reparar algo que sucedió en la Asamblea o algo que hizo el presidente, al igual que en Colombia. En la Argentina tenemos un semejante estado de cosas.

Desde hace algún tiempo, no en términos jurídico-normativos, sino en términos de política constitucional, trato de comprender al Consejo Constitucional de Francia, porque este órgano representa un modelo que está fuera de los otros modelos, ya que no es un control reparatorio, es un control preventivo. Entonces, la pregunta que yo me hacía es, si acaso, en medicina, por ejemplo, ¿no es más importante lo preventivo que lo curativo?, ¿no es preferible ir al médico antes de tener una dolencia que ya se la tiene?; al fin de cuentas, si en salud resulta mejor prevenir que curar, corresponde la pregunta inquieta: ¿el Derecho debería quedar fuera del apogeo?

Empecé a seguir de cerca y estoy estudiando el modelo del Consejo Constitucional francés, que está disponible para todos en Internet, y se caracteriza por lo siguiente: por su naturaleza preventiva, por su sobriedad, por su concisión y por el hecho de que las decisiones tomadas –en tiempo y forma– son antes de que se suscite el conflicto. O mejor dicho, suscitado el conflicto se lo intenta reparar, antes que ingrese al modelo jurídico que adopta la comunidad. La sociedad no tendrá un conflicto jurídico en ciernes, porque ya fue resuelto de antemano por un órgano plural.

También quiero mencionar el modelo constitucional de Brasil, que es prácticamente desconocido en el mundo, aun en el propio Brasil, pues este

país tiene un modelo de control de constitucionalidad donde se puede perseguir el “pedido de declaración de constitucionalidad” de una norma, y en más de veinte años no lo han usado, en acción directa ante el Supremo Tribunal Federal.

El mundo se divide entre aquellos países que deciden tener un modelo de control de constitucionalidad que apelan a la jurisdicción y aquellos que no lo tienen. Por ejemplo, Finlandia: en este país el control de constitucionalidad lo ejerce directamente una Sala del Parlamento finlandés. No por eso me parece que Finlandia sea más virtuosa que Colombia, ni que Colombia tenga mayor alegría en su ordenamiento jurídico que Finlandia. Quiero decir que hay modelos y modelos. Lo que ocurre acá en América Latina, especialmente en América del Sur, es que como nosotros no conocemos, no tenemos conciencia, no tenemos contacto, no tenemos experiencia, no hay una comprensión teórica de otro modelo que no sea la jurisdicción constitucional y nos dedicamos exclusivamente a hablar de la jurisdicción constitucional, cuando me parece interesante estudiar este modelo de Finlandia, porque este país no parece que le va tan mal institucionalmente, no parece que tenga debilidad en sus instituciones o que no posea estabilidad. No estoy proponiendo con esto importar instituciones y traerlas acá a América del Sur, ni mucho menos. Estoy diciendo que hay distintos modelos en el mundo que van desde la jurisdicción constitucional a otros que llevan adelante el proceso de identificación, selección y destitución de normatividad de aquellas disposiciones que estén en contra de la Constitución.

Al fondo de su pregunta, descreo absolutamente de que sea una persona llamada juez, magistrado constitucional, servidor público u otras denominaciones, la que tenga la última palabra en materia de constitucionalidad. Sigo pensando que el mejor modelo es el diálogo y al respecto postulo dos mecanismos: Por un lado, que los jueces constitucionales sigan teniendo la palabra en los procesos judiciales que se sometan a su conocimiento. Por otro lado, no obstante, que para mantener abiertamente la paz de la comunidad, toda declaración de inconstitucionalidad puede tener o debería tener dos caminos: primero, o vuelve al Congreso, que fue el que elaboró la norma para que insista o no insista con la norma declarada inconstitucional; o, segundo, vuelve a la ciudadanía de manera plebiscitaria o en referéndum que se presentará en los próximos comicios.

*PCV: Usted en su texto “Manifiesto sobre el Estado Constitucional”<sup>8</sup> hace referencia a una frase de Jorge Luis Borges aplicada a la necesidad de que existan intérpretes ambulantes de la Constitución y, también, este criterio se*

---

8 “Manifiesto sobre el Estado Constitucional”, en Revista Derecho Público, Año III, n° 10, Ediciones Infojus, julio de 2015, Id SAIJ: DACF150418, versión electrónica.

*ampararía en la teoría de Peter Habermas acerca de la interpretación viva y abierta de la Norma Fundamental. ¿Cuáles son los criterios que usted considera problemáticos para la interpretación constitucional de los sistemas latinoamericanos?*

**RGF:** En el trabajo por usted mencionado aludo a los “descifradores ambulantes”, una entelequia creada por Borges en “La Biblioteca de Babel”. Quiero decir, sencilla y prontamente, que las letras constitucionales no pueden solucionar todos los problemas de una comunidad o, mejor aún, vigilar la inimaginable cantidad de conductas que pueden desplegar los miembros de un colectivo comunitario. Si la constitución fuese un sanalotodo, sinceramente no sólo se requeriría de servidores públicos eficaces, sino también de “descifradores ambulantes” a tiempo completo, que sólo existen en la prosa de la ficción.

La Constitución es un monumento literario elaborado por personas que, en general, hoy no están o que si están no poseen el mismo poder de decisión en la comunidad que en el momento en que fue elaborada esa Ley Fundamental. Contiene un programa de idealizaciones, cuya idealidad tiene que dispararse lo menos posible de la realidad. En otras palabras, si las idealidades de la Constitución se disparan absolutamente de la realidad, no son realidades sino disparates, y sería una Constitución disparatada. No quiere decir que las normas máximas, por lo tanto, no tengan idealidades; deben tener idealidades con una dosis de utopía y con un margen de probabilidad de que tienen que ser cumplidas en el sentido de estímulos, fomentos y alientos del programa.

Dado que las Constituciones están expresadas a través de la lengua, que es por intermedio de la cual nos comunicamos y todos estos contextos son semánticos, nuestro lenguaje, más que de las propiedades y la precisión, también está cargado de ambigüedad y vaguedad. Le pongo por ejemplo la Constitución de Argentina, que tiene 12.500 palabras, y es cierto que la de Ecuador, Brasil, Colombia o México tienen varias decenas de miles palabras. Usted, con una escasa cantidad de palabras, tiene que llevar adelante una regla de calculabilidad y previsibilidad a la enésima cantidad de conductas que se van a desarrollar en una comunidad, específicamente en el desarrollo de la libertad y desarrollo de poder y control, prácticamente es imposible.

Si nosotros partimos de la premisa, si estamos conscientes de que uno de los elementos medulares de la vida humana es la indeterminación, los constitucionalistas nos dedicaríamos a una tarea bastante rara, porque si la vida humana es la indeterminación, los constitucionalistas tendríamos que dedicarnos a determinar, no sólo cómo será hoy, ni mañana, ni dentro de uno o cinco años, sino dentro de 75 años. Hay que reducir radical y abismalmente nuestras ambiciones y, en materia de la textura de la interpretación

constitucional, y, por amor a la claridad, solamente lo que le puedo decir es esto: toda regla constitucional ha sido diseñada para ser obedecida y, en esa senda de obediencia que tiene toda regla constitucional, contiene una cantidad finita de itinerarios interpretativos; la regla deja de ser esa regla constitucional en el mismo momento que culmina esa finitud, es decir, que el intérprete arremete contra la regla y le hace decir exactamente lo contrario de lo que la regla estaba postulando.

La regla constitucional puede ser entendida como el Norte, el Sur, el Oeste y el Este, cuatro puntos cardinales, en cuyo abanico debe desenvolverse la interpretación constitucional. En cuanto sale de los cuatro puntos cardinales, estamos diciendo que no hay interpretación constitucional; estamos diciendo que habrá cualquier otra cosa –habrá reforma o quebrantamiento–, pero la interpretación es un capítulo clave de la realización del Derecho.

*PCV: En su obra Reforma constitucional y control de constitucionalidad, plantea que más importante que proponer los dilemas del control, es igual o más importante que, para que exista control, tienen que haber vicios sobre la reforma constitucional. Del estudio que detalló de la Constitución argentina, ¿cuáles podría anunciar como los vicios de una reforma constitucional?*

**RGF:** En general cuando los análisis se vinculan con el control de una reforma constitucional, yo no sé por qué, pero en la dogmática siempre se analiza primeramente lo que es secundario y no se analiza lo que es primario. Seré más claro: para que exista quién va a controlar debemos saber de qué se tratan los vicios. Sin embargo, si usted recorre la dogmática en América Latina, va a encontrar una proporción muy abundante de escritos sobre quién debe controlar una reforma a la Constitución, y no, acaso, en qué consisten esos vicios. Los vicios pueden ser formales y de tipo sustanciales.

Los vicios formales son cuando se violan los procedimientos contemplados en la propia Constitución para llevar adelante la reforma, ya sea a través del Congreso como, por ejemplo, lo pueden hacer Ecuador o Colombia; o a través exclusivamente del poder constituyente instituido en Asamblea constituyente. En Argentina, como usted sabe, la Constitución sólo la puede reformar una Asamblea convocada para el efecto, aunque también ese mecanismo lo tiene Ecuador, pero no exclusivamente. Lejos de eso, yo no veo otros límites formales; se ha insinuado la discusión en Argentina acerca de si una Asamblea Constituyente que duraba más de lo previsto en la convocatoria incurría o no en un vicio de forma. Este vicio de forma es impensable para el caso colombiano o para el brasileño, donde la reforma la lleva adelante el congreso de la República colombiano o el congreso de la República federativa de Brasil. No creo que se trate de un vicio de forma

el exceso en el plazo, pero acá en Argentina todos se cuidan de respetar el plazo para no incurrir en ese vicio.

Otra cuestión que tiene que ver con lo formal –a mí me preocupa mucho, y también ha formado casi como una preocupación existencial en materia de cuestiones formales en reforma constitucional– es la referida a quién tiene la iniciativa. En la Argentina, el artículo 30 de la Constitución sostiene que hay que llevar adelante una declaración del Congreso. En este caso, me gusta ser literal y decir qué es una declaración del Congreso, porque si es una declaración del Congreso, doy por sentado que el presidente no debería intervenir, es decir, que el presidente no podía haber estimulado esa declaración del Congreso por intermedio de una iniciativa congresual, como por ejemplo un proyecto de ley. Sin embargo, esto en la Argentina nunca ocurrió, dado que todas las reformas constitucionales que han existido no han recurrido a la declaración, sino que se han hecho por ley. Esto sí que me parece crucial porque, tratándose de un acto de eminente configuración jurídica, interpreto que ya sea que se trate del modelo argentino o del resto de modelos que se encuentran hoy en América del Sur, a mí me gustaría que estuviese dedicado que la iniciativa de reforma constitucional debiera ser una atribución propia, inherente y exclusiva de los congresos o asambleas. Con esto aliviaríamos un poco la figura de los presidentes, sino fijese los casos de Ecuador, Colombia, Brasil, donde la mayoría de enmiendas constitucionales han sido alentadas por los presidentes, y eso hace que éstos invadan los congresos. Fuera de estas cuestiones, no veo otras de forma.

Las cuestiones de contenido son realmente impensables, porque usted tendría que decir en una misma Constitución que, por ejemplo, la conducta A está permitida y, a través de una reforma constitucional, tendrá que decir que la conducta A está prohibida. Es casi un disparate lo que estamos pensando, resulta muy difícil imaginar que se pueda producir una contrariedad constitucional. Por eso imagino que la inconstitucionalidad por contenidos o material es casi imposible, porque al producirse usted lo que está haciendo es abolir la Constitución anterior.

Voy a ser más claro: si en la Ley Fundamental sancionada hace cinco años está contemplada la más abierta y ancha libertad de expresión, y en la próxima reforma constitucional aparece un líder de la providencia que dice que el bienestar de todos los ecuatorianos solamente será posible en tanto y cuanto se limite esa libertad de expresión, y quede al libre discernimiento de ese líder de la providencia, usted en realidad no está reformando la Constitución; lo que está aboliendo es la base estructural de la Constitución anterior. Por eso creo que hay que distinguir en este caso si estamos en presencia de una reforma o una abolición.

La reforma puede llevarse a cabo de tres maneras: incluyendo nuevas normas, sustrayendo nuevas normas o modificando aquellas que ya existen

en la Constitución, pero esto tiene un parámetro de validez. Éste es un tema que me dio mucho trabajo, desde el punto de vista dogmático, porque ¿qué es el parámetro de validez? Es el ámbito o perímetro de validez donde se puede desenvolver el desarrollo de la propia norma constitucional. El jurista al que se refirió, Peter Haberle, precisamente posee el mérito de haberse referido al desarrollo constitucional, es decir, un campo semántico al cual lo adornamos 50 años después y, con ese mismo campo semántico, tratamos de abrazar otra situación; o 50 años después tomamos ese campo semántico, y ya no a través de la interpretación, sino de la reforma lo sustraemos e introducimos otro, o propiamente lo modificamos. Ahora, si usted, realmente, con ese campo semántico no lo está ni reformando ni interpretando, sino haciendo otra cosa, está en el camino de la abolición.

*PCV: Robert Alexy dice que la garantía principal de la reforma tiene que ser aquella que establezca que todo cambio debe contener una concordancia con aquellas delimitaciones que la misma norma constitucional ya establece para la interpretación y protección de los derechos constitucionales, es decir, toda reforma tiene que ser pensada a partir de la delimitación que nos da la obra constitucional, para que este ámbito del núcleo esencial de los derechos pueda ser protegido. ¿Esta puede ser la principal garantía de la reforma constitucional?*

**RGF:** Yo había insistido desde hace más de una década con la idea dogmática de que las constituciones tienen cuatro partes. Mejor dicho, estoy dispuesto a sostener que las constituciones de América del Sur tienen cuatro partes. Primera, un preámbulo (casi todas ellas lo tienen, algunas no tienen, pero lo lamento mucho porque las constituciones con preámbulo quedan muy bien y son muy lindas no son cuestiones decorativas, son muy elegantes y sirven para interpretar el contenido de la Constitución); segunda, los derechos, bienes y deberes fundamentales; tercera, el poder y su control; y cuarta, el propio aparato para la propia reforma constitucional.

En otras palabras, para mí, las constituciones no tienen dos partes como habitualmente se dice: una parte dogmática y otra parte orgánica. Eso parece una tesis evolucionista, parece una tesis absolutamente positivista de tipo darwiniana: es decir, tiene dos partes, una que va para adelante y una que ya está dada, esto es, que la parte dogmática, que es donde está su preocupación –los derechos y deberes fundamentales–, por no llamarse orgánica terminaría de ser orgánica; entonces, no podríamos ni ponderar, ni interpretar, ni hacer absolutamente nada. Siempre he sentido profunda simpatía con las ideas de Darwin, lo cual no quiere decir que tenga que aplicar las ideas de Darwin al Derecho Constitucional y no lo he hecho solamente por una cuestión sintáctica, semántica y morfológica de abandonar y, también, al mismo tiempo, fui perfectamente consciente de los riesgos que asumía:

fue un salto hacia adelante decir “miren, las Constituciones tiene cuatro partes”. Cualquiera viene y me dice “no, la mía tiene cinco partes porque en mi país hay cinco poderes”, “la mía tiene cuatro partes porque tiene cuatro poderes” o “tiene tres partes porque tiene tres ramas del poder”, con lo cual he hecho referencia a Ecuador, Bolivia y Colombia. O como me han dicho los brasileños: “usted alude constantemente a Estado y república, pero mire que la concepción suya de Estado y república no es igual o semejante a la que realizamos constantemente los brasileños”. ¿Qué quiero decir con esto?

Que generar una dogmática propia desde América del Sur es realmente difícil, porque no es que uno se tenga que poner a pensar de qué se trata específicamente esta dogmática, sino que es ambicioso porque tenemos que abarcar, al menos, con este aparato teórico, diez textos constitucionales y que esos diez textos constitucionales puedan llegar a calzar en este aparato teórico. En este aparato teórico que yo me he permitido llamar “Manifiesto sobre el Estado Constitucional” es la forma de expresar una doctrina o un dogma de la constitución como el más alto instrumento que conocemos los seres humanos para los tiempos de paz, para hacernos creer que la convivencia pacífica es esa cosa que nosotros llamamos una comunidad organizada; dicho con otras palabras, la paz por intermedio del Derecho se realiza por el Derecho Constitucional, ese es el aparato teórico, esa es la ambición que realizo desde Buenos Aires en el “Manifiesto”.

*PCV: En su obra Fundamentos constitucionales<sup>9</sup>, al final ubica unos gráficos circulares que también los usa en su cátedra para explicar la relación entre las garantías, los derechos, las potestades del Estado y las funciones, y prácticamente son relaciones asimétricas de poder que se expresan en la vida de los Estados. ¿Cómo explicar desde la ciencia constitucional que los gráficos circulares de relaciones siempre serán afectadas por condiciones asimétricas y desiguales de poder frente a las perspectivas que expresan esos derechos?*

**RGF:** El “Esquema de la organización de la enseñanza”<sup>10</sup> tiene una clarísima finalidad pedagógica. Fue inspirado en el gráfico que utilizaron en la Escuela de la Bauhaus, elaborado por el arquitecto Walter Gropius, allá por 1920-1921, y como era un estatuto pedagógico para la enseñanza de la arquitectura, siempre pensé que nosotros no éramos arquitectos en el espacio, sino que somos arquitectos de las relaciones humanas. Como admirador de ese gráfico transcurrió el tiempo y me pareció prudente utilizarlo, más allá de que es una figura y no estamos hablando de una obra de Delacroix, ni de Leonardo Da Vinci, pero creo que tiene un enorme mérito: la capacidad explicativa de lo que querían transferir ellos como mensaje de la arquitectura.

9 Fundamentos constitucionales, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2015.

10 Disponible en <http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/archivos/catedras/156/esquema1.pdf>.

En este sentido lo que quiero expresar es el mensaje del Derecho Constitucional, y es muy buena su premisa para la discusión, porque este mensaje que uno pueda hacer está limitado a utilizar 60, 70 u 80 palabras, no recuerdo cuántas palabras tiene exactamente, pero no creo que el gráfico tenga más de 60 palabras. Expresar todo el Derecho Constitucional de una comunidad, el instrumento para la paz, en menos de 60 palabras, es verdaderamente un asunto complejo porque es un reduccionismo sobresaliente y, ahí, lo que va a encontrar en el gráfico es la propia disputa de si la libertad está dentro o está fuera. A mí me pareció siempre que la libertad tenía que estar adentro, porque la libertad del individuo exportada o expuesta a la millonésima, en todo caso, siempre la libertad individuada, es lo que da origen a nuestra comunidad. No es una concepción holística la que percibo, sino que es una concepción individualista, esto es, las sociedades son una suma de individuos o colección de individuos que estamos dispuestos a llevar a cabo un pacto, un contrato que llamamos “constitución”; no al revés: alguien que nos otorga y nos dice cómo tenemos que vivir. Por eso la libertad está en el centro del gráfico, pero con profunda tensión con todos los poderes que son los que vienen desde afuera, que usted los ve constantemente; en nuestro caso son los poderes locales o federales, que marcan esta tensión indisputable, inherente y de todos los minutos de nuestra vida entre las libertades ciudadanas y el poder.

*PCV: Pero, según su concepción, ¿la libertad está dentro o fuera del Estado?*

**RGF:** Hay dos momentos de la libertad que son completamente distintos. Hay un momento de la libertad que es captado por el Derecho Constitucional, en este caso por el Derecho, que nos permite decir que existe un mundo jurídico; ese mundo jurídico se caracteriza porque hay conductas que están determinadas: conductas permitidas, conductas que son obligatorias y conductas que son prohibidas. Fuera de eso, mi querido Paúl, hay un mundo que es absolutamente ajurídico –no es parajurídico, es ajurídico–, donde el Derecho no debe hacer absolutamente nada ni puede penetrar.

Estoy absolutamente persuadido de que el mérito de nuestras constituciones es partir en dos, dividir en dos la vida de nuestros ciudadanos y distinguir claramente un mundo jurídico y un mundo ajurídico. En el mundo jurídico, el Estado puede llevar adelante supervisiones, sus obligaciones y sus prohibiciones; en el otro, el Estado se tiene que quedar sentado y dejar al individuo que lleve adelante el programa de vida que realmente desee.

*PCV: A partir de esta concepción que plantea sobre el rol del Estado en el respeto a las libertades, se fundamenta uno de los principales problemas que actualmente tienen nuestros países: si asumimos que el Estado tiene un*

*rol preponderante en la vida de la comunidad, eso ha desembocado en la regulación, condicionamiento y organización de ciertas libertades, lo cual está impidiendo un mayor diálogo y reconciliación entre constitución, libertad y pueblo, porque se ha distorsionado el rol del Estado y ahora llega a jugar un papel central y antidemocrático en la vida de las libertades. ¿Es posible entender, entonces, que los peligros para el constitucionalismo latinoamericano se expresan en aquellos espacios normativos existentes que pregonan por el Estado más fuerte y su maximización frente a la minimización del individuo, lo cual conlleva al reduccionismo de sus libertades? Porque cuando desconocemos los peligros democráticos de esa omnipresencia del Estado en la estructura constitucional no advertirnos que aquello conlleva inminentes abusos en sus excesivas capacidades jurídicas de regular y condicionar ámbitos que se exceden y pasan a controlar las libertades.*

**RGF:** Es una enorme preocupación esa que sugiere. En cuanto crecen los controles del Estado, inversamente disminuyen las libertades ciudadanas. En estos momentos estamos llevando a cabo esta entrevista días después de los feroces atentados terroristas cometidos por el Estado Islámico en París. Hace horas que tuvimos la ocasión de escuchar el mensaje de François Hollande al Congreso francés reunido en Versalles, y allí el presidente francés planteó un estado de urgencia constitucional que, para muchos, en estas últimas veinte horas, ya parecía ser una especie de estado de urgencia permanente. Aunque, seguramente, el mal que aflige a Francia venga de más lejos.

Usted y yo, que somos constitucionalistas, somos absolutamente conscientes de que no necesitamos esperar a mañana, que es cuando se espera el proyecto de reforma a la Constitución francesa anunciado por Hollande, para saber que el proyecto de reforma programado por el presidente va a consistir en una restricción de las libertades ciudadanas y en un aumento del control del Estado; lo único que tenemos que ver es cómo lo van a formalizar. La pregunta que uno tiene que hacerse está instalada con algo que estábamos hablando hace unos minutos: las constituciones son instrumentos que hemos diseñado nosotros para vivir en tiempos de paz, en los momentos en que existen conflictos armados, que son irregulares y novedosos, como son los que existen ahora, no estoy a favor del estado de excepción, pero estoy diciendo que debemos repensar exactamente qué vamos a hacer con nuestros programas constitucionales y con el desarrollo de esos programas. Sin embargo, debemos estar muy alerta siempre para llevar un escrutinio riguroso de toda medida que quiera llevar a una restricción de las libertades porque los poderes constituidos –los “poderes salvajes”, señala con acierto Luigi Ferrajoli– quieren siempre tratar con cierto salvajismo a la libertades del individuo.

**PCV:** *¿Cuáles son los principales desafíos para la democratización más profunda de los constitucionalismos latinoamericanos? En uno de sus últimos trabajos analiza el valor simbólico del Derecho y su primacía en las Constituciones de Ecuador, Brasil y Argentina, ¿cuáles cree que son sus principales desafíos para el constitucionalismo latinoamericano?*

**RGF:** Si nos guiamos con que las constituciones son modelos, son invenciones. Normas fundamentales para el proceso de paz en una comunidad. Siempre apelo a una idea, me gusta la idea de un reloj o, en fin, un instrumento. La Constitución es un objeto mundano que tiene que estar sometido a la evolución. A mí lo que me llama poderosamente la atención es que en los modelos constitucionales sudamericanos y latinoamericanos usamos todos prácticamente el mismo modelo, el mismo reloj o el mismo celular; si bien estamos nutridos de una importantísima claridad tecnológica, ninguno de nuestros países de América Latina, concebida totalmente, ni en particular de América del Sur, ha dicho: “¿no les parece que en el tema del modelo de organización y control del poder ha llegado el momento que pensemos en otro modelo, como un semipresidencial o en uno parlamentarista?”. Ninguno lo ha pensado. Quizás no me he expresado del todo bien: ciertamente, hay eminentes intelectuales que han pensado otros modelos de ordenación comunitaria; empero, al día de hoy, no se vislumbra la más mínima concreción.

En materia de reforma constitucional, que es otro de los elementos que mencionábamos, oscilamos entre el modelo argentino, que es ultra difícil de reformar –una Constitución que se reforma cada más treinta años (la Constitución originaria fue instaurada en 1853 y fue reformada en 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994)–; el modelo brasileño de 1988, que desde entonces observa un promedio de cuatro reformas por año; y el modelo colombiano de 1991, que desde entonces observa un promedio de dos reformas por año. También debemos pensar en el tema de la reforma constitucional: dónde se encuentra, acaso, la dosis de racionalidad, porque no hay que ser un experto en este tema para darse cuenta de que la constitución no puede reformarse ni cada cuatro meses ni cada treinta años: cada cuatro meses es muy temprano y cada treinta años es muy tarde.

Hay que encontrar una fórmula para actualizar o desarrollar las constituciones, para permitir el desenvolvimiento de una dogmática apropiada que entendamos, conozcamos y realicemos esa constitución, y para que después la reformemos. En materia de derechos, bienes y deberes fundamentales, en nuestra región hemos imaginado todos los derechos que nos podíamos imaginar, al punto tal que los ecuatorianos, ustedes, son casi insuperables en imaginación porque han diseñado la personalidad jurídica o constitucional hasta de la naturaleza. Deberíamos preguntarnos si ese es el sendero indicado, porque si hemos pensado en esa personalidad jurídica de

la naturaleza, no va a pasar mucho tiempo para pensar en otras personalidades jurídicas de entes que no conocemos, pero que algún día quedarán instalados. Entonces, preguntarnos si la constitución es un instrumento para regir la vida humana con exclusividad o va a estar diseñada para regir otro tipo de relaciones no sólo entre seres humanos.

**PCV:** *Animales no humanos...*

**RGF:** Exactamente me estoy refiriendo a eso, no lo quería decir, pero me lo sacó de la boca.

En el tema de los preámbulos, que es la última parte, ya tenemos una tecnología importante los sudamericanos: sabemos el valor y la importancia del preámbulo. A estas alturas de la ciencia y dogmática constitucional, es tan o casi igual de importante que diseñar una Ley Fundamental porque el preámbulo es la síntesis de la síntesis del programa constitucional que se está planteando para la vida en paz de una comunidad. Es decir, que estos cuatros desafíos son cuatros retos que tendría el constitucionalismo latinoamericano, y añadiría uno que está flotando en esta conversación y que usted ha sugerido, que es el tema de la jurisdicción constitucional. Ninguno de nuestros países ha probado otra cosa que no sea el brebaje jurisdicción constitucional en modelo concentrado o difuso. En todo caso, todos –queremos– aspiran a un mayor brebaje, a aumentar todavía más la dosis de la jurisdicción constitucional para darle a los tribunales constitucionales la última palabra, cuando desde el punto de vista epistemológico lo más sensato es generar los diálogos y no los monólogos.

Creo que acá, más o menos redondamente, se encuentran importantes desafíos, y le quiero decir que no es nada sencillo porque usted lo sabe muy bien –quizá lo sepa mejor que yo– que en este momento en América Latina no hay ningún modelo de reforma constitucional que aliente la disminución de potestades de los presidentes, no hay ningún modelo de reforma constitucional que aliente otro modelo que no sea la jurisdicción constitucional, no hay ningún modelo de reforma constitucional que dé sensatez y racionalidad a tipos de reforma constitucional que se utilizan cada tres, cuatro o cinco meses. No es una tarea sencilla, es un desafío del constitucionalismo latinoamericano y en particular del nuestro, de América del Sur.

**PCV:** *Usted, en el 2015, durante varias de sus conferencias<sup>11</sup>, desarrollaba una explicación sobre el fenómeno de la crisis del control de constitucionalidad en ciertos países de la región. ¿Cuáles son los soportes institucionales y fácticos para esta conjunción de crisis?*

11 Raúl Gustavo Ferreyra, “Atravesamos una crisis en el control de constitucionalidad”, en El Tribuno, Jujuy, Argentina, 13/3/2015, disponible en <http://www.eltribuno.info/atravesamos-una-crisis-el-control-constitucionalidad-n519231>.

**RGF:** Al referirme a la crisis del control de constitucionalidad, me estoy acentuando en la idea de que, dada la norma generada por el poder configurador, la expectativa es que los jueces decidan después si son constitucionales o no. Lo que quiero decir, en otras palabras y de manera más rigurosa, es que se encuentra desvanecida o devaluada la presunción de constitucionalidad; esta presunción consiste en que todo acto constitucional, hasta nuevo aviso, se encuentra devaluado. Entonces, debemos esperar hasta que las cortes constitucionales finalmente se expresen y nos digan si se trata de disposiciones normativas que se ajustan o no a la constitución. Tenemos demasiadas expectativas en el gobierno de los jueces, se deposita demasiado y nos lleva a un territorio de un positivismo jurisprudencial. Según mi punto de vista, deberíamos desalentar ese tipo de prácticas y alentar precisamente las otras, una cosa más rousseauiana: más Rousseau y menos jurisdicción constitucional, más deliberación en las asambleas y más fortalecimiento de nuestros congresos.

Si saca una tomografía computada de nuestra América del Sur y de la trilogía de poderes, y se pregunta cuál es el más devastado, complicado y conflictivizado, sin lugar a dudas son los congresos o nuestras asambleas; padecen prácticamente de todos los males, porque sus normas son declaradas inconstitucionales por la jurisdicción constitucional o porque son dominados por los presidentes. Yo creo que por ahí pasa el asunto del descreimiento de que la jurisdicción constitucional sea la que tenga la última palabra para resolver todas las cuestiones.

*PCV: Actualmente tenemos muchas dificultades con el problema de la independencia de los jueces. En la Argentina, en noviembre de 2015, se declaró inconstitucional la Ley que planteaba la nominación y nombramiento de los jueces. En Ecuador, en 2011, tuvimos una consulta que modificó la estructura del órgano de control disciplinario y administrativo de los jueces, lo cual fue cuestionado porque afectaría la independencia judicial por su composición en tanto compromete las instancias de a quiénes debe controlar. ¿Cuál es la hoja de ruta de nuestros países para profundizar la independencia de jueces ordinarios y de los constitucionales?*

**RGF:** En la medida en que nuestros países se mantengan dentro de los modelos de jurisdicción constitucional, me refiero básicamente al modelo adoptado por Colombia y Ecuador, creo que corresponde distinguir entre la jurisdicción ordinaria o cotidiana de la constitucional. La segunda es una función política y la primera también lo es, pero no tanto. Esto hay que saberlo y mantenerlo: la jurisdicción constitucional resuelve conflictos de naturaleza política o cuestiones políticas. Lo que sucede es que por la misma configuración de nuestras cortes constitucionales, de clara designación política, suceden estas cosas que usted visualiza con el fenómeno de un ago-

tamiento o deslizamiento en materia de independencia judicial. No sería el caso de Colombia, donde usted sabe que tienen un muy buen sentimiento y una muy buena comprensión con relación a lo que ha sido su Corte, en especial en la década de los 90.

Creo que cada país ensaya su propio modelo, ensaya sus aciertos y descubre sus errores, que no hay una patente de invención, que este modelo de jurisdicción constitucional va a funcionar acá y en otros lugares; no creo que sea así. En la Argentina, fíjese que tenemos una de las constituciones más antiguas del mundo y de la región, y por suerte no tenemos control concentrado de constitucionalidad. Digo “por suerte” porque hoy todos los países tienen control concentrado de constitucionalidad, lo que le demuestra, como sudamericano, que hay vida fuera del control concentrado de constitucionalidad. Si se imagina en Colombia o Ecuador hablar del control difuso de constitucional, parecería que usted estaría hablando en otra lengua, en arameo, porque hoy todo se vincula de ese modo, ¿o me equivoco?

*PCV: ¿Es posible hablar de la dictadura de los jueces en la actualidad? En una conferencia de Roberto Gargarella<sup>12</sup> en la UBA usted formulaba la pregunta sobre el fenómeno del poder constituyente permanente. ¿Se puede hablar o asimilar el problema de las Cortes Constitucionales de Ecuador y Colombia como el de un poder constituyente permanente?*

**RGF:** Este es un problema y una deformación tecnológica inherente que se da al profundizar y desarrollar el modelo de Corte Constitucional y el modelo de Corte Constitucional profundamente activa. No me imagino a ningún alemán pensando que la Corte Constitucional alemana se encuentre ejerciendo un poder constituyente en sesión permanente. Pero, claro, es un poder que se ejerce de manera excepcional, como es en Alemania, y no sucede lo mismo con la Corte Constitucional de Colombia. Ya sé lo que usted me va a decir: “son países y modelos distintos”; sí, claro que lo son, y ocupan las cortes constitucionales sitios completamente distintos en el diseño geométrico de la ordenación constitucional. Ahora, en cuanto postula el activismo de las cortes constitucionales, no es que está en el borde, usted ingresa directamente en la configuración normativa de la más alta estirpe, dicho en otras palabras, en cuanto confiere, alienta o está de acuerdo u obedece lo que hacen las cortes constitucionales en el marco del activismo, tendrá que estar de acuerdo que sean las cortes constitucionales las que decidan constitucionalmente cuál es la configuración, es decir, una corte que crea Derecho Constitucional.

---

12 Roberto Gargarella, “El nuevo constitucionalismo dialógico. Posibilidades y límites”, Conferencia en Universidad de Buenos Aires, 5 de noviembre de 2013, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=jV3EXHNWx0w>.

**PCV:** *Cuando estamos enfrentados y abocados al fenómeno constante de sustitución y mutación constitucional, eso nos llevaría al problema que planteaba al inicio de este debate: ¿dónde queda, entonces, el Derecho de la Constitución y de las garantías de la Constitución frente a los problemas de la mutación y sustitución constitucional permanente por parte de las cortes?*

**RGF:** Yo le diría que tiene otro problema, que es mucho más grave que ese todavía. Si se acepta como línea teórica que los jueces constitucionales son capaces de crear Derecho Constitucional y son un poder constituyente en sesión permanente, los ciudadanos dejamos de ejercer el poder constituyente. Esto no es una mera ficción: el poder constituyente sigue estando en cada uno de los ciudadanos, es decir, nuestras comunidades están organizadas, diseñadas y orientadas hacia la paz porque cada uno de nosotros participa de un acto constituyente en la ordenación del Estado, con un grano de arena va y dice: “participo en este contrato, en este contrato político que se llama ‘constitución’, yo estoy de acuerdo en que ésta sea la ordenación fundamental de este Estado que se llamará Ecuador o Colombia”. Somos los ciudadanos los que tenemos la libertad para decir si esa es nuestra Ley Fundamental o cuando la vamos a reformar.

Si, en cambio, no somos malos ciudadanos, son los servidores públicos llamados jueces que también son ciudadanos, pero cumplen una función de servicio público, a partir de esa función de servicio público, que no han sido elegidos directamente por la ciudadanía, cumplen la función de la configuración normativa de la más alta stirpe, es decir, cómo va ser nuestra convivencia pacífica. Quiere decir que la convivencia pacífica de nuestras comunidades no queda más librada a la ciudadanía, sino que queda librada a lo que le parezca a personas que son elegidas por mecanismos que no son las elecciones directas de la ciudadanía. Así de simple.

**PCV:** *Estos fenómenos de la sustitución constitucional podrían afectar el proyecto de que la ciudadanía pueda participar justamente en las decisiones de los jueces en tanto y cuanto se sustituye, muta y modifica la constitución sin volver al soberano.*

**RGF:** Mire, tengo varias respuestas para los temas que propone en el debate. Quiero indicar que no es que no estoy de acuerdo con el modelo de elección directa de los jueces que consta en el modelo boliviano. Sin embargo, no estaría de acuerdo en la elección directa de jueces para la Argentina, por ejemplo. Yo tengo mis reparos con el control de constitucionalidad y tengo mis reparos con el monólogo que significa el control judicial de constitucionalidad. Lo que propongo es un diálogo: que tenga la palabra, pero no la última palabra. De esto no puede deslizarse, interpretarse ni colegirse, de ninguna manera, como que estoy proponiendo la elección popular de los jueces. La constitución es una norma fundamental que arquitectura los pro-

cesos esenciales en el Estado. Dichos procesos no pueden diseñarse, como he dicho, en el marco de un monólogo.

Que la designación de los jueces va a seguir existiendo en tanto exista el Estado Constitucional, discutiremos entre todos cómo hacer para elegir a los jueces. Hoy parecería bastante afirmado que la selección, el reclutamiento y la designación de magistrados sobre la base de pruebas y exámenes está bien visto y da bastantes resultados. Lo que no da resultados es que, a esos jueces que designamos por concurso, luego no les tomemos exámenes para revalidar sus conocimientos cada diez años; eso también tendríamos que pensarlo, porque si creemos en este modelo de magistratura –que la magistratura técnica tiene que ser llevada a cabo por concursos lo más rigurosos, imparciales y desinhibidos posibles–, también deberíamos pensar en una actualización. Por ejemplo, usted que no debe tener ni treinta y cinco años en este momento; debería ser elegido juez en su país y, siendo tan joven ahora, después cuando tenga sesenta y cinco años, no sabemos cómo vamos a actualizar sus conocimientos; ojalá no le pase absolutamente nada y pueda ser actualizado.

Si fuese médico, en cualquier lugar de América del Sur, es imposible que sea un médico de un hospital y no haya una forma de controlar y medir sus conocimientos con lo que evoluciona la medicina. Igual, si fuera un educador, que de seguro lo es, en cualquier lugar es imposible que usted pueda enseñar dentro de treinta años. No se puede ejercer la salud y la educación sin actualización. Para la educación y para la salud, en todos los lugares, en mayor o menor medida, hay concursos en América del Sur, buenos y malos. Para la justicia también. Ahora bien, el único ámbito que se encuentra exento de controles es la actualización es la justicia. Entonces, tenemos que pensar en nuestras constituciones para incorporar de manera edificante cómo haremos para actualizar el conocimiento de los magistrados.

*PCV: Profesor, gracias por estas abundantes reflexiones y por compartir las razones de su pensamiento.*

**RGF:** Para mí ha sido un placer nuevamente conversar con usted, que es un distinguido y brillante jurista ecuatoriano, parte de una comunidad con la cual me siento muy ligado, con mucho afecto con todos los ecuatorianos y ecuatorianas que no dejan de hacerme sentir muy bien, en especial en Quito y en Cuenca.



pronto  
gráfica **g**

**adulp** 

Asociación de Docentes de la Universidad de La Plata

# PALABRAS del **Derecho**



@BLOGDELDERECHO



PALABRAS DEL DERECHO



PALABRASDELDERECHO.BLOGSPOT.COM.AR



ULPIANO

libros jurídicos



Calle 48 Nro. 892 ½ e/ 12 y 13 - (1900) - La Plata | Tel./Fax: (0221) 423-3938  
A media cuadra de Tribunales. E-mail.: [info@ulpianolibros.com.ar](mailto:info@ulpianolibros.com.ar)