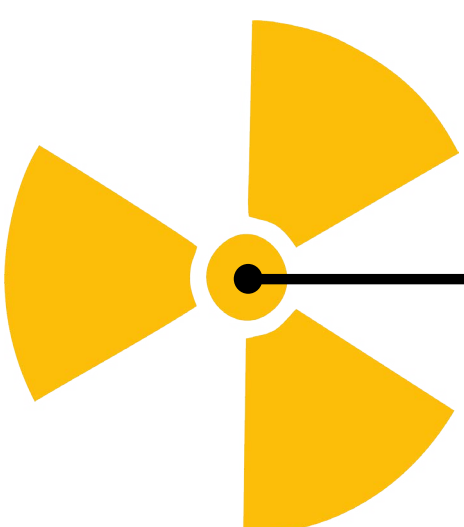

ACTAS

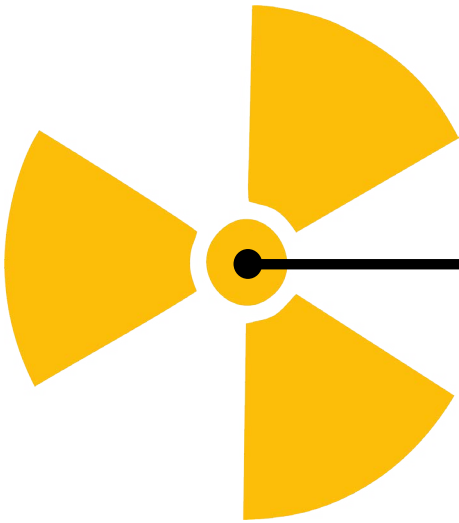
III JORNADAS
DE INVESTIGACIÓN
EN CIENCIA JURÍDICA
2020



COMPILADOR: EZEQUIEL VALICENTI

ACTAS

III JORNADAS DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIA JURÍDICA 2020



COMPILADOR: EZEQUIEL VALICENTI



Edición: Editorial Azul S.A.

Diseño Editorial: Antonella Scavuzzo

Corrección: Florencia Lafón

www.editorialazul.com.ar

info.editorialazul@gmail.com

Actas III Jornadas de Investigación en Ciencia Jurídica / Eduardo J. Arrubia...
[et al.] ; compilado por Ezequiel Valicenti. - 1a ed. - Azul : Del Azul, 2021.
Libro digital, PDF - (Jornadas de Investigación en Ciencia Jurídica ; 3)

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-950-9516-52-6

1. Derecho. 2. Ciencias Jurídicas. I. Arrubia, Eduardo J. II. Valicenti, Ezequiel, comp.
CDD 340.072

Reservados todos los derechos sobre este libro. No se debe ni se puede, total o parcialmente: traducir, reproducir, almacenar, transmitir, adaptar y/o utilizar de manera alguna, ni por ningún medio, electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación, o electrográfico sin el consentimiento escrito de los autores.

ACTAS
III JORNADAS
DE INVESTIGACIÓN
EN CIENCIA JURÍDICA
2020

ÍNDICE

DATOS DE LAS JORNADAS	9
PRESENTACION	11

Filosofía y Teoría General del Derecho

Arrubia, Eduardo J. - <i>Hacia un derecho de género: consideraciones de axiología y axiosofía dikelógica</i>	15
Magneres, Magdalena - <i>Apuntes críticos de la cartografía de la historia jurídica en el siglo XXI</i>	27
Puppio Zubiría, Tomás - <i>Apuntes epistemológicos para una crítica jurídica</i>	37
Reca, Pablo R. - <i>Una aproximación sobre el universalismo de los derechos humanos</i>	51

Derecho Privado: Perspectivas de Derecho Laboral

Girado, S. - <i>El art. 24 de la ley de sociedades y la tutela del salario</i>	71
Islas, N - <i>¿Justa composición? La conciliación y la transacción en el proceso laboral</i>	83
Judurcha, Paula I. y Pagano, María A. - <i>La dependencia laboral en el SXXI ante los nuevos modelos empresariales basados en el uso de plataformas y aplicaciones digitales</i>	93
Petraglia, P. - <i>Análisis económico del derecho y criterios judiciales del fuero laboral en el Departamento Judicial de Junín</i>	105

Derecho Internacional público y Derechos Humanos

Aladro, Almendra - <i>Interpretación de los principios rectores y directrices generales de las políticas de la Ley 14449 de Acceso Justo al Hábitat de la provincia de Buenos Aires desde la perspectiva de género</i>	113
Bronzovich, Florencia A. y Diab, Belén L. - <i>¿Qué ocurre con la educación en tiempos de pandemia?</i>	125
García, Lila - <i>Avances del proyecto PICT-Agencia “Hacia una cartografía federal de la actuación del Poder Judicial en materia migratoria...”</i>	137
Lloret, Elsa M., Arrouy, Pedro L. y Rímoli Antunez, F. - <i>La emergencia sanitaria y la urgencia bajo la lupa de la Constitución Nacional: una mirada desde la organización del poder y desde los derechos</i>	151
Viceconte, M. y Sosa, Viviana - <i>Las cárceles en épocas de Pandemia: la respuesta del Estado Argentino a los criterios internacionales fijados</i>	167

Derecho Procesal

Di Giulio, Gabriel H. - <i>La audiencia preliminar en los procesos civiles y comerciales de la Provincia de Buenos Aires alcanzados por la oralidad. Anacronismo, crítica y propuestas de mejoramiento para el sistema judicial</i>	181
---	-----

III JORNADAS DE INVESTIGACION EN CIENCIA JURÍDICA

Facultad de Derecho (UNICEN) – Azul, 25 y 26 de junio de 2020

Comité Científico

Laura Giosa (CEIPIL-UNICEN)

Santiago Duhalde (CIEP-CONICET-UNICEN)

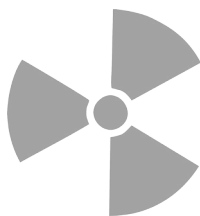
María Paz López (CEIPIL-UNICEN)

Fernando Ronchetti (CIEP-UNICEN)

Victoria Schiro (IEJUS-UNICEN)

Compilación de las Actas

Ezequiel Valicenti (IEJUS-UNICEN)



PRESENTACION

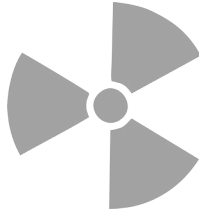
En la Nota Preliminar a *Nueva refutación del tiempo*, Borges trae al recuerdo la figura de un ascendiente lejano a quien, dice, “*le tocaron, como a todos los hombres, malos tiempos en que vivir*”. Como si el peso de la existencia no bastara para valorar la sentencia, durante todo 2020 hemos comprobado drásticamente su sentido. El 20 de marzo comenzó a regir el “aislamiento social preventivo y obligatorio” e ingresamos en una dinámica muy diferente a la que conocíamos. Apenas unos días antes -cuando el coronavirus 2019 ocupaba aún la sección internacionales de los diarios- habíamos lanzado la convocatoria de las *III Jornadas de Investigación en Ciencia Jurídica*. Cuando advertimos que no íbamos a salir rápidamente del confinamiento, decidimos cambiarlas a una modalidad virtual.

Nos vimos obligados a sacrificar el encuentro personal, pero a cambio pudimos recibir participaciones de diversas Universidades. Al final, el saldo fue positivo: disfrutamos de dos jornadas de profundos e interesantes debates -muchos de ellos referidos al momento que nos tocaba vivir- y nos enriquecimos con el intercambio de ideas. A todos/as los/as autores/as les cabe el reconocimiento por la participación durante aquellas horas en Zoom.

Nos toca ahora compendiar algunas de las ponencias en estas Actas. La satisfacción por la tarea cumplida se renueva cada año, y nada sería posible sin el acompañamiento de toda la comunidad académica de la Facultad de Derecho, incluidos/as los/as integrantes del Comité Científico y quienes colaboraron como moderadores/as de cada uno de los paneles. Editorial Azul, una vez más, ha realizado un trabajo de calidad que no puede sino agradecerse sinceramente.

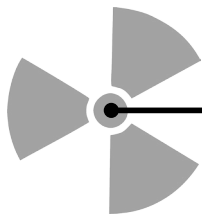
Renovamos así el compromiso con la investigación seria y de calidad en el

campo jurídico y en el marco de la Universidad pública. Nos enorgullece además el crecimiento del evento año a año. Las III Jornadas fueron auspiciadas por el Consejo Permanente de Decanas y Decanos de Facultades de Derecho de Universidades Nacionales y por la Red de Decanos/as de Derecho Universidades Nacionales de la Provincia de Buenos Aires. Además fueron declaradas de interés académico por la Escuela de Ciencias Económicas y Jurídicas de UNNOBA.



FILOSOFÍA Y TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Hacia un Derecho de género: consideraciones de axiología y axiosofía dikelógica



Eduardo J. Arrubia
(UNICEN)

Resumen

Desde el integrativismo tridimensional trialista se ha entendido al fenómeno jurídico como un conjunto de conductas (repartos), descriptos e integrados por normas y valorados por un plexo axiológico que culmina en el valor justicia. Simultáneamente, a través de este esquema teórico se ha propuesto el análisis de las ramas jurídicas comprendiendo éstas casos, normas y valores propios en el entendimiento de que diacrónicamente van surgiendo distintos criterios de orientación del valor justicia como así también diversos fraccionamientos y desfraccionamientos de este valor que dan origen a la consolidación de nuevas ramas. Surge así la posibilidad de preguntarse desde la Teoría General del Derecho acerca de cuáles son los rasgos o aspectos singulares que definen a una rama y cuáles son aquellos que representan lo común o lo abarcativo de todo el fenómeno jurídico entendido como complejidad.

En este contexto, a partir de los movimientos feministas han ido trascendiendo en la esfera pública cada vez con más fuerza, las reivindicaciones por los derechos de las mujeres y de las disidencias sexuales. Todo esto ha marcado claramente nuevas y especiales consideraciones de justicia aggiornadas a los tiempos que corren, lo cual puede evidenciarse a través de la creación de diversas normas específicas y de la proliferación de distintos casos judiciales tanto en el escenario interno como en el internacional. De esta manera, esta ponencia se propone plantear características especiales que hacen a la posibilidad de empezar a pensar en un Derecho de género como nueva rama jurídica. Para ello, si bien se formularán interrogantes que atraviesan todas las dimensiones constitutivas del fenómeno jurídico, se hará hincapié en el ámbito de la dimensión axiológica con el fin de poder incorporar discusiones que el feminismo ha introducido en relación a la pregunta por la justicia de género, su contenido (axiosofía dikelógica) y su estructura (axiología dikelógica). En este sentido, se intentará polemizar con la raíz kantiana del principio supremo de justicia a la luz de los aportes teóricos de Martha Nussbaum. Luego se considerará la formulación bidimensional del género

de Nancy Fraser con la finalidad de enriquecer la idea de los fraccionamientos de la justicia en asuntos en que los derechos de género se encuentran presentes.

1.-Introducción

De todos los fenómenos que se despliegan en las interacciones de la vida humana, el Derecho se ha presentado por la teoría del integrativismo tridimensional trialista como un conjunto de conductas (repartos) captadas, descriptas e integradas por normas y valoradas estas conductas y estas normas por un plexo axiológico que culmina en el valor justicia. Así, se propone el análisis del objeto jurídico desde una mirada integrada por tres dimensiones, esto es, sociológica, normológica y axiológica (Goldschmidt, 1996: 8; Ciuro Caldani, 1999: 10). A su vez, este fenómeno se presenta y se desenvuelve en el marco de un universo más amplio que es el de la Política. Dentro del mismo marco teórico de referencia, ésta es entendida como el conjunto de actos de coexistencia, descriptos e integrados por normas y valorados, los actos y las normas por los valores de la convivencia (Ciuro Caldani, 1982: 91). En este punto, resulta necesario señalar que a través de la dimensión axiológica del fenómeno jurídico pueden detectarse con el paso del tiempo distintos criterios de orientación del valor justicia como así también distintos fraccionamientos y desfraccionamientos de este valor que surgen por la especial exigencia de ciertos casos. Así, esta especialidad valorativa permite plantear la necesidad de nuevas ramas del derecho que por sus exigencias y características particulares desbordan aquellos campos tradicionales y legitiman la construcción de una nueva rama (Ciuro Caldani, 1982: 185).

Desde esta perspectiva, la situación de opresión de la mujer en el marco de una cultura patriarcal milenaria ha generado movimientos feministas que a través de sus diversos reclamos y denuncias, han ido marcando un camino que requiere profundizar la especialidad de una justicia de género y, por lo tanto, de un Derecho de género que la incluya. En este sentido, deviene fundamental conceptualizar la noción de “género” y luego precisar cuál es el objeto sobre el cual se estructuran los distintos casos que hagan a la nueva rama en cuestión, dado que el objeto de ésta, en mi opinión, es más amplio que aquello que el significado de la palabra género puede denotar. Así, desde una mirada del lenguaje, la Real Academia Española define el término “género” como *el grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico*. De forma análoga, los aportes del feminismo al introducir la categoría género al marco conceptual de sus estudios tuvieron una gran relevancia en el sentido de que se comenzó a analizar al sexo no sólo como algo definido biológicamente, sino que el acento se trasladó hacia un enfoque cultural de construcción de roles socialmente esperados por encima de la genitalidad de nacimiento desde una mirada crítica (Lamas, 2002: 37). Estas definiciones nos permiten diferenciar la categoría “sexo”, vinculada a la genitalidad biológica, de la de género, que está referida a las valoraciones y jerarquizaciones

que la sociedad y la cultura han asignado en función del dato biológico. Por lo tanto surge evidentemente que en esa construcción sociocultural se ha colocado a la mujer en una situación de inferioridad y de opresión estructural en detrimento de sus derechos. Sin embargo, el objeto sobre el que recae el Derecho de género no puede ceñirse únicamente a aquellos casos en que los derechos de la mujer aparezcan involucrados sino que debe abarcar también los casos en que se encuentren en juego los derechos vinculados a la diversidad sexual en general, y que de hecho, son el fruto de los movimientos sociales feministas que han extendido sus reclamos desde los derechos de la mujer a la protección de las sexualidades disidentes. Entonces, tomando las categorías que proporciona el derecho internacional de los derechos humanos y parafraseando a Butler puede decirse que los individuos que aborda la dimensión sociológica del Derecho de género son sujetos de sexo, género y deseo. Las primeras dos categorías nos permiten introducir las nociones de identidad de género relativa a la autopercepción que cada persona desarrolla de su propio género (permite la protección de personas travestis, transgénero y transexuales), la de expresión de género relativa al conjunto de manifestaciones físicas o simbólicas que cada persona despliega y la de caracteres sexuales¹ que posibilita la protección de personas intersex. Mientras que la idea del “deseo” posibilita la inclusión de la orientación sexual, real o percibida, que ha sido entendida como la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas².

Ahora bien, corresponde preguntarse si la teoría trialista planteada por Werner Goldschmidt en la segunda mitad del siglo XX requiere ciertas reesquematisaciones en sus nociones fundamentales para un abordaje más suficiente o aggiornato de todas las situaciones de opresión patriarcal que reclaman respuestas jurídicas. Sólo a modo de ejemplo y sin pretensión de agotar el tema puede problematizarse el hecho de que se considere que los repartos autoritarios sean los que realizan el valor natural relativo al poder. La plataforma fáctica de la dimensión sociológica evidencia que varios repartos autónomos de situaciones en las que existe acuerdo expresado por medio de un consentimiento recíproco, despliegan una exigencia del poder tal como sucede en los contratos de trabajo en los que las mujeres son parte y en los cuales la remuneración es mucho menor que la que perciben hombres para iguales tareas. También a modo ilustrativo, en el marco de la dimensión normológica corresponde preguntarse acerca de la identificación y precisión de “supuestos” que

¹ La noción de “caracteres sexuales” como categoría autónoma de protección se ha ido desarrollando paulatinamente en la jurisprudencia internacional. Desde el preámbulo de los “Principios de Yogyakarta + 10” este concepto es definido como las características físicas de cada persona referidas al sexo, que incluyen la genitalidad así como cualquier otra característica sexual secundaria, anatomía reproductiva, cromosomas u hormonas cuyo desarrollo provienen desde la pubertad.

² Principios de Yogyakarta Sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Preámbulo.

se encuentran en juego en los casos de género como definiciones necesarias para el momento conjetural del funcionamiento de las normas. En suma, varios son los aspectos que las exigencias de los casos de “género” pueden problematizar dentro de la teoría tridimensional trialista. Cuando se dice “problematizar”, se asume un sentido positivo en esta expresión ya que se trata de plantear interrogantes que puedan llevarnos a respuestas de optimización del soporte teórico que nos permitan brindar un análisis eficaz, y no una eliminación de los conceptos propios de esta teoría.

Así las cosas, el objeto de esta ponencia se concentra en plantear interrogantes a un elemento teórico concreto, el principio supremo de justicia, en aras de pensar en la consolidación de un Derecho de género desde la teoría trialista. La noción de Derecho aportada por esta teoría se presenta como perteneciente a lo que Werner Goldschmidt (1996: 6) ha denominado “filosofía jurídica menor” (o Jurídica), es decir como un saber filosófico que explora al Derecho desde adentro, desde su interior, en contraposición a una filosofía jurídica mayor que plantea la conexión de esta conceptualización con la filosofía general. Más allá de este distingo, lo cierto es que la primera se teoriza tomando elementos de la segunda que intervienen en el pensamiento del jurista para intervenir desde adentro sobre el objeto jurídico cognoscible. Así, en esta tarea de extrapolar elementos de la filosofía general puede advertirse que se propone una axiosofía dikelógica (disciplina que aborda el contenido de la justicia) a partir de un principio supremo de justicia que consiste en asegurar a cada cual una esfera de libertad suficiente para que el individuo pueda desarrollar su personalidad, el cual ha sido tomado de la filosofía kantiana (Goldschmidt, 1996: 419). En este sentido, a partir de las críticas o pensamientos alternativos que se han formulado al pensamiento kantiano dentro de la filosofía general (sin ser estas críticas al trialismo per se) deviene interesante introducir interrogantes que permitan re-pensar o re-esquematizar el principio supremo de justicia a la hora de abordar la especialidad de una justicia de género. Para ello, a continuación, se abordará el pensamiento del enfoque de las capacidades formulado por Martha Nussbaum. Luego se analizará la teoría de la justicia de género bidimensional introducida por Nancy Fraser a los efectos de señalar su necesaria implicancia en la estructura de la justicia (fraccionamientos) que debe realizar el Derecho de género.

2.- El enfoque de las capacidades como condición de posibilidad del principio supremo de justicia.

El pensamiento kantiano parte de una premisa contractualista, es decir, se considera que los seres humanos libres, iguales e independientes en una situación originaria realizan un pacto entre sí, del cual tienen la expectativa de cooperar para obtener ventajas recíprocas. A partir de un procedimiento racional que se considera justo, se arriba a una serie de principios de justicia. Esto ha sido planteado en la teoría de la justicia de John Rawls. A modo de crítica, la pregunta que introduce Nussbaum apunta a problematizar quienes son los sujetos racionales que escogerán

dichos principios y para qué sujetos éstos estarán destinados. Así, la autora advierte que en la teoría rawlsiana existe una apropiación por parte de cierta categoría de sujetos respecto de la “verdad” del contenido de unos principios de justicia que afectarán a otras categorías de sujetos que por sus características estructurales no participan del procedimiento decisorio de tales principios (Nussbaum, 2006: 16). Así, los grupos que quedan fuera de esta teoría son las personas extranjeras, los animales, las personas con discapacidad y las mujeres.

De esta manera, la preocupación de Nussbaum se focaliza en plantear que existe una asimetría entre estas personas que pueden ser agentes racionales de decisión de principios y aquellos que quedan excluidos. Incluso, señala que el mismo Rawls ha reconocido en su libro *Liberalismo Político* que estos temas configuran una limitación a su teoría y es por esto que la autora, si bien comparte los principios de justicia rawlsianos, simultáneamente sostiene que los mismos no aplican para estos grupos excluidos de su diseño (Nussbaum, 2006: 25).

La autora toma como marco de referencia las circunstancias objetivas y subjetivas que permiten arribar a los principios de justicia. Las primeras se refieren a aquellas condiciones previas que hacen posible que la cooperación misma tenga lugar. Se plantea así una simetría entre los contratantes de manera que unos no puedan dominar a los otros. Al mismo tiempo, estas circunstancias objetivas incluyen el dato de la escasez de los bienes. Las segundas indican, por un lado, que los individuos que contratan tienen algún tipo de intereses en común que justifican la idea misma de la cooperación pero coexisten diversos tipos de creencias, ideologías, religiones que eventualmente puede disparar conflictos. Por otro lado, dentro de estas circunstancias subjetivas también se ubican las debilidades de razonamiento y de juicio que las personas naturalmente tienen (Nussbaum, 2006: 31; Nurock, 2015: 57; Rawls, 1999: 110). Este esquema circunstancial que condiciona la producción de la idea de justicia había estado ausente en los primeros contractualistas ya que en aquellos tiempos la necesidad teórica apuntaba a una coyuntura política en la que el foco debía ponerse en la crítica al ejercicio ilimitado del poder vertical y monárquico del momento (Nussbaum, 2006: 32).

Nussbaum (2006: 37) reconoce estas circunstancias de la justicia en ideas de pensadores como Hugo Grocio para quien existen atributos básicos cuya satisfacción conlleva necesariamente un ideal de justicia mínima. La justificación de estos atributos no proviene de un esquema procedimental abstracto sino que obedece a una concepción intuitiva de la dignidad humana. Así, Grocio ha afirmado de manera explícita que no debemos derivar los principios fundamentales de una sociedad únicamente de una idea de ventaja mutua. Esto se debe a que la sociabilidad humana demuestra que la obtención de ventajas no es la única finalidad por la cual los seres humanos se comportan o actúan a la hora de hacerlo con corrección moral.

Sucede que en la construcción rawlsiana de los principios de justicia se recurre a la ficción del velo de la ignorancia debido a una fundamentación elemental que ya

bien había sido introducida por Hume. Es decir, se entiende que hay una realidad en la que no se hace necesario cooperar con los más débiles porque simplemente se puede ejercer la dominación sobre ellos, aunque esa dominación no necesariamente implique crueldad, ya que se puede tratar al dominado amablemente (Nussbaum, 2006: 62). De esta manera, la autora explica que Rawls es consciente de que es muy difícil abarcar esta situación en el momento en que se diseñan los principios de justicia, o sea en la posición originaria. Sin embargo, esto no es óbice para que el filósofo norteamericano elabore su teoría del modo en que lo hace.

Por lo tanto, Nussbaum no descarta por completo la teoría de la justicia de Rawls sino que, como ya se dijo, señala aquellos puntos débiles y propone un entendimiento alternativo en cuyo marco los principios de justicia adquieren un escenario de posibilidad. El enfoque que propone la autora bajo análisis es aquel que se centra en las “capacidades” (*capabilities*) de los individuos (Nussbaum, 2006: 70), tales como la capacidad de desarrollar una vida plena, con integridad y salud, la capacidad de imaginar, pensar y crear, la capacidad de sentir y desplegar emociones subjetivas, de ser agentes de razonamiento práctico a través del cual cada uno construya sus concepciones del bien y del mal, de asociarse con otros (dentro de esta capacidad ubica las bases de la no discriminación por sexo, orientación sexual, religión, etc); de generar vínculos afectivos con otras especies, tales como animales, plantas y el medio ambiente en general; capacidad del juego, ocio o tiempo libre; y por último, de controlar o disponer del propio ambiente de uno lo cual implica un espacio político de toma de decisiones y libertad de reunión y expresión, así como un espacio material de posesión de los bienes personales, y de posibilidad de acceso a un empleo (Nussbaum, 2006: 76-77). Estas *capabilities* son introducidas como la fuente de los principios políticos para una sociedad liberal pluralista y, por consiguiente, pueden ser considerados como el objeto de consenso sobre el que diferentes personas con diversas nociones acerca del bien deberán “contratar” o coincidir. De esta manera, de forma coincidente con las teorías contractualistas kantianas se soslaya la mirada utilitarista y se refuerza la idea de la consolidación de la dignidad humana. Las capacidades aparecen como un elemento o un requerimiento de justicia indispensable a los fines de garantizar la dignidad de las personas, y tomarlas como fines en sí (Nussbaum, 2006: 75). Existe aquí una propuesta de fundamentación teórica para el goce de derechos humanos ya que la idea central de Nussbaum obedece a lograr un consenso transcultural como el que se ha ido logrando con el desarrollo de los tratados internacionales en el ámbito del derecho internacional público, bajo la premisa de que sin ellos no hay dignidad humana posible. Esta pretensión de universalidad de ninguna manera implica negar las particularidades de cada cultura ya que las capacidades mencionadas deben definirse desde los parámetros fácticos y reales de cada sociedad en particular.

No obstante, esta propuesta complementaria que ofrece el enfoque de las capacidades a la teoría de John Rawls también guarda diferencias contundentes que se convierten en crítica a dicha teoría. Así, la formulación teórica de este filósofo

norteamericano parte de una idea de justicia procedimental, es decir, se considera que es necesario diseñar un procedimiento abstracto, racional, neutro y universal y se deposita una creencia en que el resultado distributivo al que se llegue luego de haber aplicado dicha forma será justo porque el procedimiento aplicado lo es. Aquí radica la diferencia medular con el pensamiento de Nussbaum, para quien primero se debe establecer el contenido de lo que se considere un objeto sustancialmente valioso en aras de robustecer la dignidad humana, y luego se podrá establecer un procedimiento o un conjunto de mecanismos que permiten lograr tal objeto aunque nunca sea de manera acabada (Nussbaum, 2006: 82). Y de este modo, dado que se entiende que identificar aquello que deba alcanzarse para la consecución de la dignidad humana será algo que variará con el tiempo y que necesitará adecuaciones específicas dependiendo de la sociedad de que se trate, entonces estos procedimientos o mecanismos no podrán ser ni neutrales ni universales, sino locales y concretos.

Por otro lado, aparece otra diferencia sustancial en el enfoque de las capacidades. Si bien como ya se ha sugerido, éste se inserta en parte en la misma tradición liberal que el contractualismo debido a que se reconoce una relevancia a la noción de libertad en tanto condimento necesario para que las personas puedan definir y escoger sus propias formas de vida y los principios políticos que deban regirlas, lo cierto es que al mismo tiempo se vuelve crítico de esta idea de libertad. Así, el enfoque de las capacidades se enmarca también en una noción aristotélica y marxista de la existencia y, en este sentido, enfatiza la naturaleza animal/social que condiciona la libertad de las personas, o en cuyo marco esta libertad adquiere su condición de posibilidad (Nussbaum, 2006: 87). En consecuencia, también se adicionan nuevos tipos de sujetos que pueden acceder a esa libertad. En este punto, se produce la antítesis teórica de la idea contractualista según la cual los “contrayentes” son seres libres, independientes e iguales. Simultáneamente, desde el enfoque en análisis resulta criticable la idea contractualista según la cual los principios de justicia deban asegurar la ventaja recíproca entre los individuos de una sociedad. Esto puede no ser siempre así porque desde el enfoque de las capacidades se entiende que incluso allí donde no exista la cooperación debe haber justicia ya que en la mayoría de los casos esa falta de cooperación se debe a situaciones de dominación (Nussbaum, 90).

En consecuencia, dada la similitud filosófica que guarda el enunciado del principio supremo de justicia con la teoría de la justicia de Rawls, a través de los cuestionamientos de Nussbaum podemos problematizar el entendimiento de este principio supremo en el marco de un Derecho de género. En este sentido, vale preguntarse si la libertad que tanto nos enamora en su reivindicación no requiere además de otros complementos para lograr una justicia de género que realmente proteja a la mujer y a los sujetos sexualmente disidentes. La referencia a la libertad es necesaria si se está de acuerdo en que debe asegurarse a todas las personas la posibilidad de elección y diseño de sus propios proyectos de vida. Sin embargo, la misma puede convertirse en una idea utópica e insuficiente si no

se la contrarresta con la asunción del dato de la realidad social según el cual la comunidad de pertenencia de estos sujetos proyecta lazos de desigualdad estructural y, por ende, de dominación masculina cis-heteronormativa que se presentan como condicionamientos. Entonces, el principio supremo de justicia debería asegurarse como tal una vez que se reconozcan, en el plano de los repartos de la dimensión sociológica, las capacidades comunes que están en juego dentro de la vida misma y se las tome a ellas como el sustrato preliminar sobre el que operará la aplicación de dicho principio. Esto permite un mejor posicionamiento filosófico para reconocer a la mujer y a las disidencias sexuales en la coyuntura que ocupan y luego dar lugar al humanismo propio del principio supremo de justicia.

3.- La justicia de género en el marco de la axiología dikelógica: Reconocimiento y redistribución.

Desde otra mirada, Nancy Fraser entiende al concepto de género como una categoría híbrida bidimensional que se constituye por referencia a la estructura económica de la sociedad por un lado y al reconocimiento personal del individuo por el otro. En este sentido, se desprende de su debate con el sociólogo Axel Honneth que la autora propone un abordaje simultáneo en el que aparecen determinaciones económicas vinculadas a las políticas de redistribución como a las políticas de reconocimiento del status de la persona en el tejido social, siendo ambos componentes relacionados los que contribuyen a la realización de una verdadera justicia de género (Fraser, 2006: 28). La contracara de esta justicia de género, es decir, la injusticia de género está fuertemente definida entonces por el **androcentrismo** que privilegia o jerarquiza culturalmente todo lo que se conozca como masculino en detrimento de lo femenino. En este marco, la autora extiende su entendimiento del género al de la sexualidad afirmando que si bien la causa última de la injusticia heterosexista es el orden de status y no la estructura económica de la sociedad capitalista, lo cierto es que los daños resultantes comprenden tanto a la mala distribución como al reconocimiento erróneo (Fraser, 2006: 32). Así, al plantear la cuestión de género a través de la reivindicación del modelo de status no se pretende afirmar que el reconocimiento erróneo se propague por medio de actitudes hostiles peyorativas o de discursos aislados. Por el contrario, éste se imbrica en las instituciones sociales a través de representaciones constituidas por patrones culturales institucionalizados que impiden la participación igualitaria en la vida social (Fraser, 2006: 36). En este sentido, siguiendo a Alicia Ruiz (2007: 7) es trascendente comprender al fenómeno jurídico como un objeto y una práctica discursiva que se plasma en distintos niveles. Aparece así un primer nivel constituido por las normas formales dictadas por órganos competentes, como por ejemplo una ley del congreso o un decreto del poder ejecutivo. Luego, un segundo nivel que tiene que ver con las teorías o doctrinas generadas por juristas y susceptibles de manipulación por los operadores jurídicos. Y por último, un tercer nivel reflejado en las representaciones e imaginario que una sociedad determinada posee y que facilita

la propagación del reconocimiento erróneo al que refiere Fraser. De esta manera, puede advertirse cómo el cambio legal es absolutamente necesario pero plantea permanentemente la dialéctica con los otros niveles del discurso jurídico .

En consecuencia, la concepción bidimensional de la justicia que propone Fraser comprende tanto a la distribución como al reconocimiento en tanto dimensiones constitutivas de la misma, sin reducirse la una a la otra sino interactuando ambas como parte de un marco superior de referencia (Fraser, 2006: 42). Así, para que pueda llevarse a cabo esta justicia se requerirá que existan ciertos acuerdos sociales que posibiliten que todos los miembros de una sociedad interactúen en pie de igualdad. Por eso, según Fraser deberán darse dos condiciones necesarias, esto es, la condición objetiva de la paridad participativa y la condición intersubjetiva de dicha paridad. En relación a la primera, se entiende que debe existir una distribución de recursos materiales a tal punto que garantice la independencia y la libertad discursiva de todos los participantes. En cambio, la segunda condición se refiere al hecho de que los patrones institucionalizados de valor cultural expresen idéntico nivel de respeto a todos los participantes y aseguren la igualdad de oportunidades para lograr la estima social.

Al referirse al “reconocimiento” Fraser toma su raíz de la filosofía hegeliana y, en concreto, de la fenomenología de la conciencia. En esta tradición, el reconocimiento designa una relación recíproca ideal entre sujetos, en la que cada uno ve al otro como su igual y también como separado de sí. Se estima que esta relación es constitutiva de la subjetividad: uno se convierte en sujeto individual sólo en virtud de reconocer a otro sujeto y ser reconocido por él. Por tanto, el “reconocimiento” implica la tesis hegeliana, considerada a menudo opuesta al individualismo liberal, de que las relaciones sociales son anteriores a los individuos y la intersubjetividad es anterior a la subjetividad (Fraser, 2006: 20)

Generalmente, suele plantearse una falsa antítesis al sostenerse que o se trata de realizar una política de distribución que anule las diferencias de clase o, por el contrario, se deben exacerbar y resaltar esas mismas diferencias a través de una política de reconocimiento. Formular esta pregunta en términos de oposición es falso, ya que ambas pueden darse de manera simultánea (Fraser, 2006: 25). Esto se ha establecido como creencia en función de ciertas tradiciones filosóficas. Por ejemplo, dentro del marxismo la idea de reconocimiento no encuentra lugar ya que la reestructuración social que se propone asume la forma radical de abolir la estructura de clases como tal. Es decir, la tarea del proletariado no consiste en obtener mayores ingresos sino en abolirse él mismo como clase, esto es, no requiere el reconocimiento de su diferencia (Fraser, 2006: 26).

Por lo tanto, aparecen situaciones distintas cuando hablamos de redistribución por un lado, y de reconocimiento por el otro. Cuando se trata de grupos sociales que se acercan al tipo ideal de la clase trabajadora explotada, nos posicionamos frente a injusticias distributivas que exigen soluciones redistributivas. Hace falta una política de redistribución. En contraposición, cuando se trata de grupos sociales

que se acercan al tipo ideal de la sexualidad despreciada, nos encontramos con injusticias de reconocimiento erróneo. En estos casos, hace falta una política de reconocimiento (Fraser, 2006: 28). Ejemplo de esto último lo constituyen las leyes de matrimonio igualitario que se han ido sancionando paulatinamente en el mundo. Estas leyes representan políticas públicas de puro reconocimiento que adjudicaron un status de igualdad formal a las personas que deseaban contraer nupcias con personas de su mismo sexo y no podían hacerlo porque la legislación vigente no lo permitía. Sin embargo, a la hora de hablar de grupos de “sexualidad despreciada” también encontramos otro tipo de demandas sociales como aquellas de la población travesti, transexual y transgénero para quienes no han sido suficientes las políticas de reconocimiento que se han implementado, como por ejemplo aquellas destinadas a posibilitar que puedan rectificar su nombre de pila e imagen en el DNI, partidas y otros documentos públicos. Además, este grupo social se encuentra en una situación de marginación que las ha desplazado del mercado de trabajo formal (Arrubia, 2019: 2; Scherpe & Dunne, 2015: 615). Precisamente por esto es que Fraser advierte situaciones que denomina bidimensionales en las que se requieren tanto el reconocimiento como la distribución. Así, sobre estas situaciones la autora ha dicho:

Arraigadas al mismo tiempo en la estructura económica y en el orden de estatus de la sociedad, implican injusticias que pueden atribuirse a ambas realidades. Los grupos bidimensionalmente subordinados padecen tanto una mala distribución como un reconocimiento erróneo en formas en las que ninguna de estas injusticias es un efecto indirecto de la otra, sino que ambas son primarias y cooriginales. Por tanto, en su caso, no basta ni una política de redistribución ni una de reconocimiento solas. Los grupos bidimensionalmente subordinados necesitan ambas (Fraser, 2006: 28).

De esta manera, Fraser asume una crítica a la filosofía de género de autoras como Judith Butler cuyo pensamiento denomina como “antidualismo postestructuralista”. Desde esta mirada Butler rechaza las distinciones entre el ordenamiento económico y el ordenamiento cultural por considerarlos dicotomizadores y, por eso, cree que la cultura y la economía están profundamente interconectadas y no pueden distinguirse en absoluto de forma sustancial. Así, en lugar de dar formulación teórica a las relaciones entre estatus y clase social, la propuesta de Butler lleva a la deconstrucción completa de tal distinción (Fraser, 2006: 61). En contra de estas ideas, se produce la formulación de la teoría de Fraser que ella misma denomina “dualismo perspectivista” según la cual entiende que al abordar cada práctica social como económica y cultural al mismo tiempo, aunque no tenga por qué ser en proporciones iguales, se debe evaluar cada una de ellas desde dos perspectivas distintas (Fraser, 2006: 63). Esto implica asumir tanto el punto de vista de la distribución como el del reconocimiento, sin reducir ninguno de estos enfoques al otro.

De este modo, los aportes de Nancy Fraser resultan de gran valor para ser tenidos en cuenta en relación a la aplicación del principio supremo de justicia en

cuanto a las mujeres y las disidencias sexuales, ya que los despliegues del aseguramiento de la libertad no sólo deben realizarse a través de una justicia distributiva sino que también requerirán una consideración necesaria de la idea de reconocimiento que la especialidad de estos sujetos exige. Así, desde la axiología dikelógica al abordar la estructura de la justicia se comprende que ésta cumple una función pantónoma ya que todo lo abarca, pero la justicia humana será necesariamente fraccionada (Goldschmidt, 1996: 401). Por eso, estos fraccionamientos deberán implicar un reconocimiento de las injusticias del pasado para poder saldar las del presente. Es por ello que la perspectiva de Fraser deviene sumamente interesante a la hora de pensar el reconocimiento de status que la justicia de género necesita.

4.- Conclusión

En suma, la propuesta teórica en torno a la noción de Derecho que ha aportado el integrativismo tridimensional trialista ha resultado enriquecedora para la comprensión de todo el mundo jurídico ya que permite captar la complejidad que éste presenta. También han resultado valiosos los aportes que a esta teoría ha hecho Ciuro Caldani en cuanto a la descripción de las ramas jurídicas. En este marco, ha podido advertirse que los casos en los que se halla presente la discriminación negativa hacia la mujer y las disidencias sexuales han delimitado una especialidad axiológica que exige respuestas jurídicas propias a través de la consolidación de un Derecho de género. Si bien éste aún no ha sido desarrollado como tal, lo cierto es que la teoría trialista mencionada proporciona las bases idóneas para su abordaje. Por tanto, en el afán de explorar dichas bases nos hemos concentrado en la búsqueda de ideas filosóficas que se han desplegado en relación a la justicia de género y que sirven para iluminar las categorías propias del marco iufilosófico empleado en aras de robustecer tal perspectiva teórica en función de las demandas típicas del feminismo.

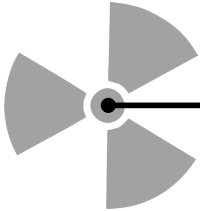
Bibliografía

- Arrubia, E. (2019). The Human Right to Gender Identity: From the International Human Rights Scenario to Latin American Domestic Legislation. *International Journal of Law, Policy and the Family*. Volume 33, Issue 3. Oxford University Press.
- Ciuro Caldani, M.A. (1982). “La autonomía del mundo jurídico y de sus ramas”, en *Estudios de filosofía jurídica y filosofía*. T. II. Fundación para las Investigaciones Jurídicas y Sociales, Rosario.
- Ciuro Caldani, M.A. (1982). Derecho y Política, en *Estudios de filosofía jurídica y filosofía política*. T. III. Fundación para las Investigaciones Jurídicas y Sociales, Rosario.
- Ciuro Caldani, M.A. (1999). *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*. Fundación para las Investigaciones Jurídicas y Sociales, Rosario.
- Fraser, N.; Honneth, A. (2006). *¿Redistribución o Reconocimiento? Un debate político-filosófico*. Ediciones Morata, Madrid.
- Goldschmidt, W (1996). *Introducción Filosófica al Derecho*. Depalma, Buenos Aires.
- Lamas, M. (2002), *Cuerpo: Diferencia sexual y Género*. Ed. Taurus-Pensamiento, México

D.F.

- Nurock, V. (2015). *Rawls, por una democracia justa*. Editorial JusBaires, Buenos Aires.
- Nussbaum, M. (2006). *Frontiers of justice. Disability, nationality, species membership*. Harvard University Press, Cambridge.
- Scherpe, J. and Dunne, P. (2015) “The legal status of transsexual and transgender persons: Comparative analysis and recommendations”, in J. Scherpe (ed.), *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*. Cambridge: Intersentia.
- Rawls, J. (1999). *A theory of justice*. Harvard University Press, Cambridge.
- Ruiz, A. (2007). *Idas y Vueltas. Por una teoría crítica del derecho*. Editores del Puerto, Buenos Aires.

Apuntes críticos de la cartografía de la historia jurídica en el siglo XXI



Magdalena Magneres
(INHIDE-IEHS-UNICEN)

Resumen

En 2019, el iushistoriador español Perez Collados visitó el Instituto de Historia del Derecho y pronunció una ácida conferencia sobre el futuro de la Historia del Derecho y el agotamiento del modelo metodológico clásico para analizar un documento jurídico pretérito, esto es: “lo leo, lo traduzco, digo qué dice” y el aislamiento que fue provocando para la disciplina este modelo, sumado al crecimiento de las nuevas ramas del mundo jurídico contemporáneo. Es por tanto el objetivo de esta ponencia plantear los lineamientos de una nueva dimensión de la Historia del Derecho en el siglo XXI. La agenda de la investigación en la historia jurídica de los últimos veinte años atraviesa diversos frentes: 1) la propia estabilidad y permanencia cómo disciplina universitaria, 2) los avances (más bien embates críticos) de los historiadores profesionales que recuperaron el objeto Derecho (desacreditado por Annales allá por 1950 en pos de una historia social total, sin instituciones políticas ni jurídicas de peso propio) cómo línea de investigación en pos de reconstruir la llamada “historia de la justicia”, y por último 3) la corriente de una perspectiva globalizante de la recepción, hoy llamados “trasplantes”, de los modelos jurídicos europeos hacia los llamados “mundos hispánicos” con epicentro en el Instituto Max Planck de Historia del derecho europeo con sede en Frankfurt. Los riesgos de estas empresas globalizadoras ya habían sido enunciados por H. Coing a fines de los años setenta. Habían tenido una denominación similar “concatenación global” frente a la “concatenación especial” que estaba en desarrollo por la cantidad de fuentes existentes sin abordajes sistemáticos. En estos apuntes críticos plantearemos que estos problemas se vinculan a la alambicada relación entre la historia y el derecho, sobre la cuál se intentará una reflexión que propenda el debate sobre la metodología actual de la Historia del Derecho que a fuerza de fondos privados europeos, genera una mirada colonizadora de los procesos jurídicos del pasado. La Historia del Derecho debe hacer autocrítica y visibilizar las ricas voces

que habitan sus espacios en el siglo XXI.

1.- Introducción

La Historia del Derecho ha sido un campo de estudios diverso desde sus inicios europeos durante el rico siglo XIX. Abocada en el comienzo al estudio del derecho romano, hoy el campo de acción de la disciplina demuestra su crecimiento y la necesidad para su pervivencia mediante una conexión con las ramas del Derecho positivo. La Historia del derecho es una instancia de formación que enriquece la cultura jurídica, tanto de quien cultiva el área como también de los futuros operadores del derecho, nuestros alumnos. En esta ponencia proponemos un breve recorrido por la cartografía de la historia jurídica de las últimas dos décadas, entendida desde la instancia de superación de la fijación de los nacionalismos iushistóricos, producto de la codificación decimonónica y de los lentes de la historia social propuesta a mediados del siglo XX por la escuela de los Annales, la que desplazó el eje de lo político hacia la sociedad en su conjunto. El siglo XXI habilita una síntesis provisional del panorama de la disciplina e impone una crítica desde la disciplina donde las voces alertas de Grossi, Caroni, Hesphana, Tarello, entre otros reflejan esta permanente incomodidad de los iushistoriadores en interacción con sus pares dedicados al estudio del Derecho vigente.

Transitamos un proceso de globalización de la cultura jurídica occidental y podemos vislumbrar un diálogo transdisciplinario con las ciencias sociales. Es motorizado en las unidades académicas, que son nuestro ámbito de trabajo, y donde el intercambio y el debate inauguran una novedad para los iushistoriadores, abocados al derecho en el pasado y objeto de críticas sobre su validación para el mundo jurídico actual. En tres puntos plantearemos nuestras reflexiones:

2.- La permanencia de la Historia del Derecho:

La Historia del Derecho ha enfrentado como disciplina en los últimos años la discusión sobre su permanencia en los planes de estudio de las universidades. Podemos atribuir este cuestionamiento a razones válidas: nuevas ramas del derecho poseen en el presente un rico desarrollo y son necesarias en la formación de los estudiantes del siglo XXI.

Sin embargo, consideramos que la importancia de la Historia del Derecho radica en ser críticos del Derecho vigente y de las instituciones. Perez Collados propone abandonar buena parte de sus contenidos clásicos cargada de legislaciones, códigos, ordenanzas etc. y acercarnos a la actividad del civilista, del constitucionalista, del penalista. Ya en 2002 Hesphana nos habla de una Historia crítica del derecho, de problematizar el presupuesto acrítico de las ramas positivas del derecho³.

El rasgo común de las distintas líneas del positivismo es el de prescindir de toda consideración histórica, metafísica, ética, o axiología, y de atenerse solo a los datos fehacientemente comprobados. En su aplicación al terreno jurídico, aparecían

³ Hesphana (2002)

profundas diferencias: mientras unos limitaban su labor a las normas formalmente válidas, sancionadas, prescindiendo de su efectiva observancia, otros prestaban decidida atención precisamente a los hechos sociales y no a esas normas.

Una manifestación del positivismo que selló nuestra disciplina fue la Escuela Histórica Alemana, que según Wieacker, constituyó la expresión del positivismo científico, al postular aquella teoría histórica como base del derecho y dejarlo sujeto a la relatividad de los tiempos y pueblos. Fue abandonando toda fundamentación racional y última del Derecho y renegando, en consecuencia, de un Derecho Natural, abrió naturalmente las puertas a la nueva concepción que desarrollaron los discípulos de Savigny (Puchta, Windscheid), quienes desplazaron al “espíritu del pueblo” de la creación jurídica, quedando reservada la tarea a la ciencia del derecho, excluyendo toda valoración. Así, se presentó la pretensión de llevar el sistema jurídico a un alto grado de perfección, totalmente organizado e independiente, que gozara de plenitud y esté exento de lagunas, donde la aplicación se realizara mediante una mera operación lógica del precepto legal, y donde la justicia fuera la aplicación del sistema, y no en cada caso particular a resolver, valiéndose del antiguo derecho romano y la elaboración conceptual realizada por el Derecho Natural Racionalista. La Historia del Derecho se desplazó hacia un vasto campo de acción vinculado al estudio de las etapas históricas del desarrollo social: Historia del Derecho en la antigüedad oriental y clásica, Historia del Derecho en la Edad Media, Historia del Derecho en la Edad Moderna, Historia del Derecho en la Edad Contemporánea y, hoy, la Historia del Derecho en el siglo XXI. Por eso ahora es oportuno plantear las razones de este estrecho vínculo con la Historia en pos de un acercamiento que arroje luz sobre el objeto de estudio y sus matices (abogado o historiador, el dilema sobre el método)

3.- Historia e Historia del Derecho:

Veyne (1984) afirma que, para que la historia sea tal, tiene que haber en ella comprensión. Pero, aparte de la comprensión se pregunta en qué consiste la fascinación, el poder y la clarividencia que a simple vista se desprende de las grandes teorías que tratan de explicar todo un movimiento histórico. Piensa que bajo su apariencia científica o sociológica las teorías y modelos se reducen simplemente al eterno problema del concepto. Además para él “una teoría no es más que el resumen de una trama dispuesta para ser utilizada”. Dado que la historia tiene como tema la exposición de una secuencia de acontecimientos del pasado y éste no es, por definición accesible en forma directa, ella se enfrenta a una triple tarea. Por un lado (1) establecer los hechos, o sea qué sucedió, en segundo lugar (2) ofrecer una explicación plausible de los mismos y en tercer lugar (3) proponer una interpretación global de los acontecimientos de modo que su heterogeneidad quede integrada en un todo conceptual consistente.

Estos objetivos están, por cierto, indisolublemente vinculados, dado que toda descripción hace uso ya de categorías generales que de alguna manera

precondicionan el tipo de explicación causal a la que se recurrirá. No obstante, el plano de la descripción de lo acontecido y el de su explicación pueden y deben ser analíticamente diferenciados. Así, en un proceso penal, por ejemplo, se puede llegar a la conclusión de que hay pruebas suficientes para considerar que la muerte de determinado individuo tuvo lugar por un asesinato intencional, y que sin embargo, no se dispone de la evidencia para explicarla fehacientemente o para encontrar al culpable. El hecho primario es el deceso súbito de una persona; establecer que se trató de un crimen ya preanuncia el tipo de explicación al que es necesario recurrir, en caso de que se disponga de los datos requeridos. Por último, la narración de lo acontecido provee un marco contextual más amplio, en el que los hechos son interpretados como partes del todo coherente que llamamos una historia.

La no-diferenciación de estos tres estratos en la narración histórica, a la discusión epistemológica sobre la objetividad de la historiografía y a malentendidos entre historiadores e historiadores del derecho.

Cuando se discute acerca de la verdad de una descripción histórica lo que está en juego es la corrección de los datos invocados. Cuando se cuestiona una explicación histórica lo se pone en duda es la condición de posibilidad de la explicación misma y no de los datos explicados.

Un tercer estrato del que se constituye el tejido de la narración histórica viene dado por la propuesta interpretación global de los acontecimientos. Nos enfrentamos ahora a lo que representa lo específico de la Historia del Derecho como disciplina científica, al mismo tiempo que su mayor dificultad teórica. Me refiero a la formación de un tipo de conceptos, que han sido diseñados para dar cuenta de un significado general en el que se enmarcaran una serie de eventos. La multiplicidad y las peripecias de lo acontecido son llevadas a una unidad sintética que les confiere sentido y que conforma el tema central; categorías tales como Derecho Romano, Renacimiento, Revolución Francesa, Reforma, Cristianismo, Codificación etc.

En este punto, es inevitable pensar en los lazos que unen ambos campos disciplinares y cómo se da el cruce entre historiadores e historiadores del Derecho. La Historia del Derecho surge con la Escuela Histórica del Derecho en el siglo XIX dentro de la ciencia jurídica alemana y su corta existencia está marcada por el proceso de codificación que arrasó con el Derecho anterior, entendido como pluralidad o, si se quiere, como dispersión normativa.

La relación entre la Historia del Derecho y la Historia es central. Para abordarla primero hay que plantearnos una reflexión sobre el nacionalismo iushistórico que marcó el devenir de los historiadores del derecho, la cartografía que nombramos en el título de esta ponencia. Con el nombre de “nacionalismo iushistórico” hay que entender el fenómeno en virtud del cual la investigación y la docencia en el campo de la iushistoria o Derecho histórico o Historia del Derecho se realiza sobre la base de la “nación” como módulo de estudio. No es fenómeno único, pero es dominante. Existen trabajos en que el módulo es una cultura (cultura clásica romana), un continente (derecho indiano), incluso, la humanidad entera

(derecho humanos). Pero éstos son escasos, proporcionalmente, por lo que puede decirse que el fenómeno del nacionalismo determinó el Derecho al sancionar leyes obligatorias para los habitantes (los especialistas en Derecho indiano peruano, chileno o argentino son numerosos y los trabajos eruditos y fragmentados abundan y provocan el desasosiego del lector no especialista)⁴.

Como sabemos, la Historia del Derecho se debate desde sus orígenes entre el campo de las ciencias jurídicas y el de las ciencias históricas. Por eso desde el propio surgimiento de la Escuela Histórica los iushistoriadores se dividieron en dos ramas que pronto fueron prácticamente irreconciliables: la de aquellos juristas que siguiendo una tendencia “dogmático-formalista”, se integraron en el campo de los *romanistas*, para sobre la base del estudio de los textos justinianeos convertir la tarea histórico-jurídica en el itinerario constructivo de la dogmática básica del sistema jurídico alemán; y la de quienes desde una perspectiva “histórico-empírica”, pretendieron hacer una Historia del Derecho al margen de la Dogmática (*germanistas*). Por esta razón, por ejemplo en España, Hinojosa y la mayor parte de sus discípulos se orientaron abiertamente hacia el germanismo, por considerarlo la única forma de construir una Historia del Derecho español científicamente independiente, lo que supuso, como es lógico, la prevalencia metodológica de los criterios históricos sobre los jurídicos. Resulta desde este punto de vista muy significativo que de los tres discípulos iniciales de Hinojosa y Díez Canseco, el único jurista de formación fuese Galo Sánchez, así como que este compusiera, hacia 1925, su magistral “Historia de las fuentes”, siguiendo la orientación metodológica, histórico-filológica, desarrollada por Ramón Menéndez Pidal (1869-1968).

Esta tendencia hacia el historicismo se acentuó manifestamente tras la entrada en vigor del Código Civil alemán, cuando la disciplina dejó de ser instrumento de la dogmática y cobró plena autonomía. El hecho, de por sí muy positivo, puso sin embargo en tela de juicio cualquier relación de la Historia del Derecho con la ciencia jurídica y desde entonces un buen número de historiadores del derecho —entre los que destaca Tomás y Valiente (1932-1996)— pretendieron que la ciencia iushistórica sólo debía situarse en el campo de las ciencias históricas. La actitud que favoreció una mayor vinculación de lo jurídico con la realidad política, económica, social y cultural subyacentes, y provocó en la práctica un proceso de desvinculación de la Historia del Derecho de la ciencia jurídica que ha acabado por relegar la inquietud histórico-jurídica al campo de lo estrictamente académico, incluso con una manifiesta tendencia a la reducción de su presencia lectiva, cuestión que planteamos en esta ponencia y que nos interpela cada año.

El Derecho histórico es parte de la cultura de un pueblo y por lo tanto es historia, pero el surgimiento del estado-nación y el fenómeno nacionalista marcó el derecho. El desarrollo de la “Historia Universal” no tiene su correlación en la “Historia Universal del Derecho”, aunque, frecuentemente, aquélla se desarrolla

⁴ Basta referir aquí a las Actas de los Congresos de Derecho Indiano que se celebran regularmente y aglutinan a muchos especialistas.

con espíritu nacionalista; y basta comparar las Historias universales escritas por franceses, alemanes o ingleses, por ejemplo. El caso de la Historia del Derecho se explica por su pertenencia también al campo del Derecho, que es intensamente nacionalista hoy en día, pese a los supuestos universalismos o europeísmos del derecho común medieval, en el que tanto insiste el maestro Grossi. Revisaremos en este último apartado un caso de investigación de dimensiones extraordinarias que pone en crisis parte de lo que hemos analizado en cuanto a vitalidad de la disciplina y en cuanto a la tensa relación entre la Historia y la Historia del Derecho, así como los riesgos de colar conceptos aglutinantes en torno a un desarrollo histórico concreto.

4.- Historia del Derecho y la perspectiva globalizante del proyecto de la Escuela de Salamanca

En 1936; surge en nuestra disciplina una nueva vía, emprendida por figuras como H. Thieme, J. Kunkel, Bonfante, de Francisci, Fr. Calasso, R. Orestano, M. Bretone, H. F. Jolowicz, J. Imbert, R. Villers, Fr. Garriçon, o P. Ourliac que, entre otros, quienes propiciaban el estudio de una *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*. Los cultivadores de esta nueva dirección de la historia jurídica se centraron en el estudio de las transformaciones del derecho romano, operadas por obra de los prácticos, los filósofos y los historiadores del derecho, hasta llegar al positivismo legal; así como en las tendencias de la ciencia jurídica de la etapa actual. Esta nueva rama de la Historia Jurídica alcanzó su primera síntesis gracias al profesor de la Universidad de Göttingen F. Wieacker (1953 y 1967).

Siguiendo los planteamientos de este proyecto, un sector de la historiografía jurídica contemporánea ha tratado de defender la concepción tradicional de la disciplina, poniendo de relieve su virtualidad para construir una historia del Derecho Europeo, que en algún caso ha tratado de llegar incluso al de Historia del Derecho Universal; (planteamiento ya defendido por Köhler, que a pesar de su aparente irrealizabilidad goza aún de algunos partidarios). Por lo que a la Historia del Derecho Europeo se refiere, la síntesis más completa hasta el momento es la realizada en la obra colectiva *Manual de las fuentes y literatura de la nueva Historia del Derecho Privado europeo* (“Handbuch der Quellen und Literatur ...”) dirigida por H. Coing, cuya publicación se inició en 1973.

Hace unos años, en 2013, recibimos la noticia sobre el proyecto anunciado con gran pompa por el Instituto Max Planck para la Historia del Derecho europeo⁵. Durante el lapso de dieciocho años se proponen digitalizar fuentes, crear un Diccionario que ya tiene sus primeras 116 voces publicadas y otras actividades. La Escuela de Salamanca ha sido considerada desde hace tiempo como un fenómeno español, ibérico o europeo por su irradiación. Su influencia se extendió desde Salamanca al resto del mundo, llegaron hasta América y Asia y se preguntan: ¿es

⁵ Es un proyecto de larga duración titulado The School of Salamanca. A digital Collection of Sources and a Dictionary of its Juridical-Political Language auspiciado por la Universidad Goethe de Frankfurt am Main, la Academia de Ciencias y Literatura de Mainz y el Max Planck. Se puede consultar en www.salamanca.school (verificado 15/6/2020)

sin embargo, esta perspectiva realmente adecuada para analizar la indiscutible importancia de la escuela en la construcción de un lenguaje jurídico-político? ¿no se trataría, más bien, de un caso de producción global de conocimiento a abordar más desde las metodologías de la historia del conocimiento que desde las propias historias de la ciencia? Si tenemos en cuenta, además, que la Escuela de Salamanca no fue, meramente, una comunidad de discurso erudita, sino también una comunidad de producción de normas pragmáticas, estos interrogantes se vuelven aún más peligrosos. A modo de ejemplo una afirmación de Duve *“La Escuela de Salamanca es un ejemplo fascinante de la producción normativa de la que hablamos y del proceso de formación de una normatividad transnacional bajo los condicionamientos de la primera globalización”* (2018:9) La cuestión amerita en el marco de estas Jornadas algunas reflexiones sobre los interrogantes mencionados, pretendiendo que sirvan de base para las discusiones futuras. Entre las implicaciones de la globalización hay un último aspecto que merece destacarse; se trata de una dimensión que afecta directamente el universo de la cultura. El proceso de mundialización incide sobre la propia noción de espacio. En la historia de las sociedades humanas la cultura siempre estuvo, de alguna manera, enraizada en el medio físico que la contenía. La tribu, la ciudad-estado, la civilización, la nación, son áreas geográficas con fronteras bien delimitadas. Dentro de ellas se manifiestan las identidades culturales de cada pueblo. Se instaura así la existencia de un “nosotros”, fuente permanente de referencia, que se contrapone a un “ellos”, situado fuera de sus fronteras. El espacio se torna el lugar de materialización de las culturas. En este sentido, el planeta estaría compuesto por un conjunto diferenciado de sociedades particulares. Cada unidad ecológica correspondería a un “pueblo” con sus costumbres, sus vestimentas, sus creencias, sus maneras de trabajar el suelo, su modo de vida. La globalización rompe (pero sin anular) esta relación entre cultura y espacio físico. Por eso, el concepto de desterritorialización es una herramienta cada vez más utilizada para aprehender la realidad actual. Desenraizamiento que se desdobra en el plano de la producción (fábrica global), de la tecnología (medios de comunicación) y de la cultura (imaginarios colectivos transnacionales). La desterritorialización de los bienes culturales (filmes, música popular, historietas, etcétera) y de los productos (vestimenta, aparatos electrodomésticos, televisores, etcétera) constituye un buen ejemplo de ello. Consumidos en el mercado global, estos últimos se alejan de sus raíces anteriores. En verdad, la globalización/mundialización es una situación histórica en la cual las relaciones sociales son redefinidas. Para aprehenderlas es necesario repensar el conjunto de conceptos que poseemos. En este sentido, no nos encontramos sólo frente a un nuevo objeto, son las propias categorías de pensamiento, necesarias para comprenderlos, las que también se hallan cuestionadas. Con estas previsiones es que el Derecho como un fenómeno cultural debe ser repensado.

5.- A modo de balance provisional

Hoy, buena parte de la agenda de investigación en la historia jurídica

comparada⁶ parece estar orientada a una nueva perspectiva global, enfocada en trasplantes, entrecruzamientos y otras formas de mixturas culturales que evocan de alguna manera los “viejos ensamblajes medievales”. Los posibles paralelismos entre la era global y la complejidad del mundo premoderno han estimulado un nuevo giro para la Historia del derecho, abriendo oportunidades pero imponiendo nuevos desafíos: asumir objetos adecuados y métodos adecuados para las nuevas perspectivas y redoblar esfuerzos para dialogar con otras disciplinas, en especial el Derecho comparado⁷. El lenguaje de los iushistoriadores y comparatistas de tradición anglosajona identifica las nociones de “law in books”, “law in action” (derecho efectivo), “law in minds” y “living law” (derecho vivo) a partir de estas expresiones se evidencian las distintas áreas de observación bajo las cuáles se puede estudiar el fenómeno jurídico, en su dimensión sociológica y que trasciende el análisis normativo formal. Así, para terminar, citamos al pensador francés Baudrillard, quien evoca una linealidad universal cronológica del Tiempo histórico, en tanto y en cuanto mezcla cronología, con tiempo e historia. El camino de las investigaciones en el siglo XXI está trazando nuevas coordenadas y la Historia del Derecho puede esbozar respuestas enriquecedoras.

Bibliografía

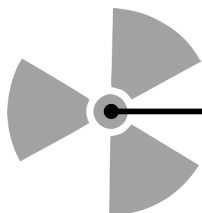
Agüero, A. (2017) Híbridez y complejidad: claves para el análisis histórico jurídico comparado, en *Revista de Historia del Derecho*, nro.53, enero-junio 2017, pág. 157-162.

⁶ Dentro del comparatismo jurídico puede incluirse a Enrique Decugis y a la Sociedad “Jean Bodin” para la historia comparativa de las instituciones fundada en 1934, con su primer teórico, Alejandro Eck. El primero es un abogado, que preside, precisamente, la Sociedad de legislación comparada en Francia, y al que se debe una obra sobre las etapas del Derecho desde los orígenes hasta nuestros días. Pese al título, no se trata de llegar a una periodización en la evolución general del Derecho, que es lo que sugiere el término “etapas”, sino de ofrecer como se han manifestado históricamente los diversos aspectos del Derecho. A través de treinta y seis capítulos, divididos en dos tomos, el estudio es sistemático, donde se aprecia el predominio del componente jurídico, y se desarrollan muchas ideas. Así, por ejemplo, en un capítulo se trata “el derecho penal” y en otro, “los ritos de la mano y su origen prehistórico”. La importancia de estos ritos es indudable, pero iushistóricamente no pueden ser tratados con la misma extensión que, nada menos, que todo el derecho penal, del cual, incluso, formarán parte en algunos aspectos. Ya se ha indicado que hay riqueza de ideas, pero no de idea, y en este sentido hay una labor de comparatismo, es decir, de que el lector pueda comprobar que los diversos aspectos del Derecho han tenido manifestaciones variadas, y cuáles son algunas de éstas. La Sociedad “Jean Bodin” se funda en Lovaina en 1934 para la historia comparada de las instituciones, por lo que no hay dudas sobre su concepción, aunque, acertadamente, su teórico y primer Secretario general, Alejandro Eck, tratara de deshacer los malentendidos sobre el “método comparativo”, considerado, por otra parte, como el único método si se parte de la base de que no hay ciencia más que de lo general. La sociedad está constituida por iushistoriadores y celebra periódicamente congresos, con arreglo a un método comparatista. Se señalaba un tema y éste es desarrollado independientemente para cada país o área, generalmente por iushistoriadores del mismo país, aunque no es infrecuente que lo sea por el de otro, y así, Inglaterra puede ser estudiada por un francés, España por un belga, o un país oriental por un occidental.

⁷ Agüero 2017 (157-162).

- Aguilera Barchet (1996), *Introducción jurídica a la Historia del Derecho*, Ed. Civitas, Madrid.
- Clavero, B. (1992), *Institución histórica del derecho*, Marcial Pons Ediciones jurídicas. Madrid.
- Coing, H. (1977) *Las Tareas del Historiador del Derecho. Reflexiones metodológicas*. Sevilla. Universidad de Sevilla.
- Seidl, E. (1996), *Aktuelle Fragen aus modernen recht und Rechtgeschichte*. Dunker und Humblot. Berlin.
- Baker, J. H. (2002), *An Introduction to English Legal History*, Reed Elsevier.
- Margadat, G. (2004). *Panorama de la Historia Universal del Derecho*. Porrúa, México.
- Prodi, P(2000), *Una storia della giustizia. Del pluralsimo dei fori al modern dualism tra coscienza e diritto*, Societa il Mulino. Roma.
- Grossi, P (2010). *De la codificación a la globalización del derecho*. Aranzari. Pamplona.
- Gomez Rojo, E.(2003), *Historia del derecho y de las instituciones. Un ensayo conceptual y de fundamentación científica a la luz de la doctrina hispánica y del derecho español y comparado francés, alemán y suizo*. Málaga. Universidad de Málaga.
- Masferrer, A. y Obarrio, M.(2009). *Textos de Historia del Derecho. Cuestiones para su análisis y comentarios*.Dikynson. Madrid.
- Alonso Seco, J.(1993), *Textos comentados de Historia del Derecho*, Madrid.
- Tarello G. (1995) *Cultura jurídica y política del derecho*. México, Fondo de Cultura Económica. México.
- Tau Anzoátegui, V (2010). *El futuro de la Historia Jurídica en las Aulas*. Advocatus.
- Clavero, B. (1991). *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Caroni, P. (2013) *Lecciones de Historia de la codificación*. Universidad Carlos III. Madrid
- Bellomo, M (2000) “Appunti per una metodología della ricerca storico-giuridica” en *Grundlagen des Rechts*, pág.983-995.
- Díaz Couselo, J.M. (1986) “La historia jurídica y el problema de las fuentes del derecho”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, 14, 1986, pág.95-122.
- Coing, H. (1977) *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)* Universidad de Sevilla.
- Duve, T. (2018) “La escuela de Salamanca: ¿un caso de producción global de conocimiento? Consideraciones introductorias desde una perspectiva histórico-jurídica y de la historia del conocimient”o en *Working Papers Series* nro.2, 2018, pág.4-30.
- Veyne, P.(1984) *Cómo se escribe la historia*. Alianza. Madrid.
- Koselleck, R. (1979) *Vergangene Zukunft. Zur semantic geschichtlicher Zeiten*, Suhrkamp, Francfort.
- Koselleck, R. y Gadamer H. D (1997). *Historia y hermenéutica*, Paidós, Barcelona.
- Luhmann, N (1968). *Fin y racionalidad de los sistemas. Sobre la función de los fines en los sistemas sociales*, Editorial Nacional. Madrid.
- Baudrillard, J (1998). *The illusion of the end en The Postmodern History reader*, Routledge, London.

Apuntes epistemológicos para una crítica



Tomás Puppio Zubiría
(UNICEN, UNPAZ)

Resumen

Una epistemología del Sur (Santos, 2010) se pretende, desde las sociologías de las ausencias y de las emergencias, como movimiento contra el pensamiento abismal. Volvemos sobre esto para comprender que el conocimiento y el Derecho modernos encuentran su base y racionalidad en el pensamiento abismal. Éste supone distinciones entre lo visible y lo invisible; lo existente y lo inexistente. Aquello que es ubicado del otro lado de la línea de distinción desaparece; se imposibilita la coexistencia de los dos lados de la línea. Así nos encontramos con los ejemplos de regulación/emancipación, sociedades metropolitanas/ territorios coloniales.

En el ámbito del conocimiento, Santos (2010) ha brindado un interesante concepto que expone la manera de operar del pensamiento abismal: el epistemicidio. La ciencia moderna se ha adjudicado el monopolio de establecer y distinguir lo verdadero y lo falso, en detrimento de la filosofía y la teología. Sin embargo, esto ha sido ubicado en la escena; lo invisibilizado podemos ahora ver que ha estado compuesto por los conocimientos populares, laicos, campesinos, indígenas, ancestrales. Estos van más allá de la lógica de lo verdadero o falso. Han desaparecido como conocimiento y han sido ubicados en el lugar de creencias, opiniones, magia, intuición.

Por su parte, en el derecho moderno la distinción visible ha estado compuesta –de acuerdo al pensamiento abismal– por lo legal y lo ilegal. Sin embargo, se ha invisibilizado aquello a-legal, territorios sociales sin ley, lo no legal, el derecho no reconocido oficialmente. Esto no existe. El Derecho moderno se posibilita a partir de la línea divisoria entre Viejo Mundo y Nuevo Mundo. Lo colonial, aquí, es el punto oculto sobre el que conocimiento y derecho modernos se construyen. Lo colonial no constituye conocimiento, sino creencias. Sus prácticas no son humanas. Esto es sostenido por las teorías del contractualismo, que inscribieron –en silencio– una masiva región de Estado de naturaleza, paradójicamente, no existente. Como un pasado irreversible, que invisibiliza su presente y, por ello, con un único futuro homogéneo posible.

En este trabajo se intentarán esbozar algunas líneas para una disciplina que reflexione a lo jurídico de manera crítica. Para ello, se hará una referencia a apuntes de un pragmatismo hermenéutico que coadyuven a desfundar aquellas líneas divisorias.

1.- Una cartografía postpositivista

A partir de aquellas líneas abismales, podemos avisorar el devenir postpositivista (Duquelsky Gómez, 2020) en dos referencias que, leídas críticamente, podemos entenderlas provisorias, referenciales, propositivas. Es decir, podrían ser tomadas a mero título de ubicación. Incluso, haya quizá quienes no se sientan cómodos con esta referencia. Sin embargo, desde allí podríamos pensar a las líneas postpositivistas “modernas” y las “críticas”. Las diferencias que las dividen se podrían sintetizar en algunos puntos a señalar.

La primera reside en que la racionalidad técnico-instrumental de la ciencia moderna ha sido el canon trasladable a cualquier otro tipo de racionalidad, incluyendo la jurídico-política⁸. De allí que una parte importante de los pensadores postpositivistas, los “modernos”, recuperen la idea de razón práctica y se caractericen por intentar revertir esa situación y recuperar la fe en la razón como herramienta no sólo para el conocimiento científico/tecnológico, sino como modo de guiar la acción, juzgar nuestras instituciones, fundamentar la democracia, etc. Por su parte, el pensamiento jurídico crítico latinoamericano deberá aceptar el incómodo desafío de poner en cuestión una palabra con tanta “buena prensa” y correr el riesgo de ser tildado de “irracionalista”, en un doble sentido (Duquelsky Gómez, 2020). Así, aceptar la expresión “irracionalismo” implica reconocer que la voluntad de desestabilización prima por sobre la voluntad de formar una escuela sobre premisas coherentes y una jerarquía interna⁹.

En otro plano, abrazar a “la sospecha”¹⁰ (expresión de Ricoeur al señalar a Karl Marx, Friedrich Nietzsche y Sigmund Freud) para hacer referencia a esta suerte de corriente o “escuela” integrada por autores que aunque quizás se excluyen entre sí en muchos aspectos, comparten una perspectiva, punto de vista o actitud: la desconfianza. Corriente que ha roto con muchos de los presupuestos de la racionalidad occidental inaugurada por el Iluminismo, fundamentalmente a partir de cuestionar al sujeto, su autonomía y su racionalidad: Nietzsche, con su modo de abordar la relación entre el poder y el saber; Marx mediante su concepto de ideología; y Freud, a partir de la noción de inconsciente, ponen en crisis la posibilidad de pensar el mundo exclusivamente en términos racionales.

Muchos de los autores que han cuestionado al positivismo durante los últimos cuarenta años han sido caracterizados como “constructivistas”. Allí

⁸ Una clara manifestación de este fenómeno lo encontramos en el campo jurídico, donde la riquísima tradición de reflexión filosófica, sociológica y política sobre el derecho de los siglos XVII y XVIII queda reducida a mera ciencia dogmática.

⁹ Kennedy, 1992:286

¹⁰ “Esto es aún más cierto, sin duda, en la escuela de la sospecha que en la de la reminiscencia. La dominan tres maestros que aparentemente se excluyen entre sí: Marx, Nietzsche y Freud”(Ricoeur,1970:32)

podríamos ubicar a “argumentativistas” y “principialistas”, por qué no “trialistas”. Tanto o más que en el ámbito estrictamente jurídico, sus desarrollos se han formulado en el campo de la filosofía moral y política. Así, tanto Habermas como Rawls y Nino son reconocidos como constructivistas. Si tuviéramos que rescatar algunas ideas comunes podríamos afirmar que los constructivistas no rechazan la posibilidad de afirmar la corrección de juicios morales universalmente válidos, pero lo hacen sin caer en posturas realistas en términos morales. Se trata, además, de teorías procedimentales que parten de presupuestos artificialmente contruidos de los cuales se derivarían racionalmente las soluciones “justas”, como la “situación ideal de diálogo” habermasiana o la “posición originaria” de Rawls. Así nos encontramos ante un panorama de diferencias postpositivistas que podríamos ubicar en dos referencias, una de tinte “constructivista” y otra “crítica”.

2.- Apuntes pragmáticos para la crítica desfundada

Con la intención de profundizar esa línea crítica, podemos referenciar las herramientas que aportan el pragmatismo, la deconstrucción y la hermenéutica.

Para recuperar algunas ideas del pragmatismo, Richard Rorty ha sostenido que la filosofía lingüística (como buena parte de la filosofía moderna) carece de criterios metafilosóficos de éxito o fracaso para el “nuevo” tipo de filosofía que se proponen los pensadores allí inscriptos. En su perspectiva del devenir del giro lingüístico, señala el fracaso de no contar con criterios objetivos para evaluar los fines que se propusieron quienes allí se inscribieron.

De modo similar a los postpositivistas “modernos”, la “filosofía del lenguaje” expone el último intento de la epistemología moderna de resolver el problema del conocimiento. Aquella sustituye “ideas” por “significados” en los espacios entre sujeto y realidad. Es en esta sustitución dónde Rorty pone énfasis, al dudar de la actividad “filosofía” y del “lenguaje” (1990: 16). Así es que se posiciona en contra de los “problemas de la filosofía” como “problemas del lenguaje”. Lo que hace, en ese sentido, es deconstruir —en términos *derridianos*— los criterios hipotéticos de coherencia de la filosofía lingüística.

En su apuesta, Rorty destaca que la historia de la filosofía está signada por revoluciones contra prácticas de filósofos precedentes. Así, señala que en todas estas revoluciones, como las de Descartes, Kant, Hegel, Husserl, hasta Wittgenstein, la aspiración consistió en sustituir la opinión por el conocimiento, en función de una nueva propuesta metódica para el significado de *filosofía*. Estas revoluciones fracasaron. Su fracaso estuvo en su pretensión de ser carente de supuestos, sin lograrlo. Ello debido a que proponían un método que solo podía ser adoptado por quienes suscribían a tal propuesta. Para saber qué método utilizar, se debía contar antes con conclusiones metafísicas y epistémicas que generen la necesidad de un método que las defienda. Este es el problema circular del fracaso al que alude.

Del mismo modo, ubicamos en las teorías postpositivistas “modernas” la misma pretensión. Al fundarse en el “sujeto universal” de derechos humanos, o en

estos como entelequia, no hacen más que reproducir las estructuras positivistas, con nuevos ropajes.

La filosofía, así, deja de presentarse como disciplina en la que se busca el conocimiento. Sin embargo, a partir de estas revoluciones los filósofos “cambian sus ropajes” o quedan fuera de la conversación; lo que no implica hablar de progresos en la filosofía, puesto que no se especifican metas. Esta falta de metas, o de criterios para soluciones satisfactorias de los problemas filosóficos, hacen que dependan de los puntos de vista filosóficos sustantivos sobre los que nos paramos. De tal manera, se nos presenta la pregunta acerca de cuál será la función de la filosofía lingüística. Ante la que Rorty esboza una respuesta: la filosofía lingüística tendrá una función crítica, dialéctica (1990: 116).

Al continuar sus trabajos, diez años después, el fundamento de toda filosofía está en la teoría del significado, y su análisis será la tarea primaria¹¹ (Rorty, 1990: 135). Así, termina por dejarse a un lado la epistemología, centro de la tradición filosófica desde Descartes. Este posicionamiento de la filosofía del lenguaje encontró limitaciones en torno a noción de análisis. Es que al considerar los significados como aquello que sustituye a los conceptos, se ve una continuidad entre esencias pre-kantianas, conceptos kantianos y significados de positivistas. Así la esencia, el concepto o el significado, ocupan el mismo espacio en una estructura que parece no haber sido modificada: la del descubrimiento de verdades necesarias, distintas de las contingentes que se descubren al mirar los contextos. La duda acerca de tales distinciones (necesario/contingente) quiebra con la continuidad señalada. Nos hace dudar acerca del subjetivismo cartesiano.

Al desplazarse el eje cartesiano del discurso mental, ya no tomamos en serio la “idea” (Rorty, 1990: 144). Así, podemos desdibujar la línea fronteriza entre el sujeto cognoscente y el mundo. De modo que, el discurso aparece como aquello que constituye al conocimiento humano, y no como frontera entre el cognoscente y lo conocido. Así, ese discurso mental cartesiano es reemplazado por el discurso público. En este discurso público, los enunciados reemplazan a las ideas.

Ello no queda allí, pues, en actitud deconstructiva, continúa desarticulando sus propias categorizaciones, tales como problemas de la filosofía o problemas del lenguaje, para pensar en estos como problemas acerca de la relación entre la mente y la realidad, o el lenguaje y la realidad. En este sentido, nos invita a desembarazarnos del dualismo de esquema y mundo, para lo que pierde interés aquellas relaciones; y, por ello, las disputas entre realistas e idealistas (o antirrealistas).

En función de esto, el giro lingüístico no realiza un aporte metafilosófico, sino que contribuye a la filosofía sustituyendo a la experiencia como medio de representación por el lenguaje. De modo que el lenguaje como medio estructurado de representación de una entidad externa llamada “mundo” es dejado de lado¹²

¹¹ Ensayo que se replantea algunas de las conclusiones o reflexiones realizadas en el trabajo señalado diez años después, alrededor de 1977.

¹² Ensayo que elabora en la edición del libro al que referimos (1990), en perspectiva revisionista de sus trabajos.

(Rorty, 1990: 163). En esta clave, la filosofía no aparece como algo que pueda tener un comienzo y un fin, sino que será algo continuo (con la ciencia tal como pretendería una tradición, o con la poesía como sugieren Heidegger y Derrida).

3.- Recuperación del pragmatismo para la juridicidad

Una reflexión acerca de la manera en que los trabajos de Rorty afectan la forma en que construimos nuestros horizontes de democracia, incluso en el campo jurídico, implica abrazar las infinitas posibilidades que se abren con su apuesta por la contingencia. Entendiendo a la contingencia como una herramienta teórica de desmarque del esquema platónico esencialista. De acuerdo a aquella, los contextos (sociales, históricos, políticos, etc.) se conjugan de infinitas formas y presentan el devenir social como múltiples posibilidades.

De esta manera, bien podría pensarse, en línea con las perspectivas críticas del derecho desde fines de la década de 1960¹³, acerca de si las teorías tradicionales del derecho nos permiten dar cuenta del fenómeno de la juridicidad de modo que se considere la complejidad del subsistema jurídico (Cárcova, 2007).

Estas teorías tradicionales, especialmente el iuspositivismo -cuyo espacio aparece como hegemónico en la enseñanza del Derecho-, se sustentaban en aquellas perspectivas de la filosofía lingüística a las que hemos hecho referencia. De modo que, los trabajos deconstructivos de Rorty han servido para dar cuenta de tales insuficiencias, en aspectos poco o nada tematizados por las teorías tradicionales del Derecho. Esta circunstancia que nos alienta a trabajar al respecto.

Resulta notoria la influencia de la filosofía lingüística en la obra de Herbert Hart¹⁴ (1957: 957-958). Si bien sus trabajos complejizan –de ahí el llamado positivismo jurídico incluyente- algunas nociones del positivismo jurídico, podría decirse que aun reproducen el esquema de la necesidad de fundamento que Rorty señala de la filosofía lingüística y, en consecuencia, se inscribe en la tradición *platónico-kantiana* (o su derivación analítica). De allí que las nociones en torno a la democracia también se vean atravesadas por aquel esquema, a partir del cual se torna predominante la concepción de democracia liberal. Ésta, como señala Luigi Ferrajoli, ha pasado de defender el Estado de Derecho y la división de poderes, a marcar una separación entre esfera pública y esfera privada, el Estado y el mercado, respectivamente; a expresar “absolutismos” de la política y del mercado, omnipotencia de la mayoría,

¹³ El maestro Cárcova, nos ha enseñado que las perspectivas críticas del derecho se han caracterizado por partir de presupuestos epistemológicos diferentes a los de las teorías tradicionales. Allí el explicativismo parece abandonado, dando lugar a corrientes relacionadas con el comprensivismo, construccionismo y la hermenéutica que permiten comprender al derecho como práctica social discursiva, específica, que expresa conflictos y consensos de una formación social determinada; al que podemos analizar en tres niveles: normativo, interpretativo y del imaginario social. Se advierte de este modo que los aportes de R. Rorty se venían teniendo en consideración. Aquí, un intento de sistematización de parte de sus trabajos para su “aplicación”

¹⁴ Especialmente en la noción que adopta de regla -termino sobre el que se estructuran parte de sus trabajos-, por ejemplo, para la que se remite al uso efectivo del lenguaje. Lo que da cuenta de la influencia en su obra de la filosofía del lenguaje ordinario.

intolerancia de reglas y controles, y ausencia de límites para la libertad de empresa (2001: 19-20).

Ante perspectivas como esta, las teorías críticas del Derecho apuntan a otorgarle centralidad –también– a las cuestiones del lenguaje y a la lingüística. Sin embargo, esta centralidad se encuentra atravesada por la relación del Derecho y el lenguaje con el poder, con la ideología, con la violencia. De manera que se presenta la posibilidad de trabajar alrededor de aspectos de la juridicidad en torno a los horizontes democráticos. El lenguaje, como materia fundamental que constituye al Derecho (Cárcova, 2014), implica diferencias que se inscriben en los cuerpos normativos, y los sentidos que se imprimen, en función de aquellos cruces, no son resultado de esencia o atributos intrínsecos. De modo que el sentido, en esta perspectiva crítica y *rortyana*, es un resultado, efecto, como producto, efecto de lenguaje, de posición, que se constituye a partir de la violencia y el poder que atraviesan el lenguaje.

Entonces, en esta búsqueda constante de huellas de las diferencias, la actividad deconstructiva supone una apertura dinámica hacia aquellos horizontes democráticos. Alicia Ruiz, otra de las referentes del movimiento crítico del Derecho ha destacado que aquella teoría que realice cuestionamiento profundo del derecho, la justicia y la política, trastocando el mundo conceptual de lo jurídico, se constituirá en una pieza valiosa en el proyecto de profundizar el orden democrático, haciéndolo más plural y participativo (2007: 4-5).

Reflexionar la complejidad que resulta de las transformaciones desde fines de siglo pasado nos hace ingresar en el terreno de las estructuras político institucionales que se caracterizan por la pérdida de certezas. De la mano de algunas nociones introducidas en los apartados anteriores, podemos reforzar construcciones acerca del concepto de la democracia y cómo lo jurídico se realiza en ella.

La democracia se presenta como posibilidad del cuestionamiento ilimitado de su organización y de sus valores, sin poder alcanzar un estatuto definitivo que la torna en sus propios orígenes vulnerable (Ruiz, 2007: 9). Al presentarse el discurso jurídico como garantía de orden y seguridad, pero siempre a través de ficciones, ilusiones y mitos, aparece tal discurso como un elemento primordial, sobre el que las nociones acerca de la democracia repercutirán.

Para ello, la propuesta *rortyana* se centra en el abandono del proyecto filosófico tradicional de encontrar algo estable que sirva como criterio para juzgar los productos transitorios de nuestras necesidades e intereses (2012: 295). Así, renunciar a la idea de que hay obligaciones morales incondicionales y transculturales (tal como lo haría, claro, el iusnaturalismo y en función de lo que hemos descripto, el iuspositivismo). Esta será una propuesta antiplatónica, antimetafísica o antifundacionalista, en oposición al término relativista. De tal modo, aparece en términos filosóficos o epistemológicos otra disputa por el sentido. El sentido de cómo se define la disputa. En torno a la verdad como correspondencia con la realidad, evidente, o como punto de vista entre otros. Como descubrimiento o hecho/invencción (Rorty, 2012: 297). Sin embargo, en esa disputa la salida aparecerá en la redefinición o en la

desdefinición. Esto significa desmarcarse de las distinciones platónicas. Acompañar, por un lado, a Heidegger, Sartre, Gadamer, Derrida, Foucault y, por otro lado, a James, Dewey, Kuhn, Quine, Putnam y Davidson. La apuesta se construye alrededor de la actividad deconstructiva de aquella primaria (¿?) distinción realidad-apariencia. Esto implica dar cuenta de “la realidad” en función y en virtud de nuestras necesidades e intereses. Lo que lleva, nuevamente, a la contingencia de las disputas en torno a las elecciones morales. Allí, en donde se imprimen el lenguaje, la violencia y el poder, aparece la posibilidad de otra racionalidad (Cárcova, 2014), distinta de la instrumental para pensar o, ahora sí, repensar la juridicidad.

4.- Hacia una crítica de la contingencia: sociología crítica

En este intento, Santos propone la posibilidad de pensar alternativas concretas y reales al capitalismo. Para ello deberemos poner en escena, en el ámbito de lo jurídico, actores que han sido tradicionalmente invisibilizados. Las formas en cómo operan, son constituidos y se valen del discurso jurídico los movimientos sociales deviene una materia a tematizar. Poner en juego a los movimientos sociales, sus propias prácticas y las pretensiones de lucha de clases y políticas emancipatorias encuentran en nuestras latitudes especiales circunstancias que atender y desde la que dar cuenta de los fenómenos que pretendemos estudiar. Otra dificultad que propone superar el autor es la de imaginarnos un modo de vivir poscolonial.

Para ello, da cuenta de cómo en el ámbito lingüístico las lecturas críticas eurocéntricas se han caracterizado el uso de adjetivos para distinguirse de las convencionales. De allí el límite en la teoría a la creatividad en los sustantivos, pues la crítica asume una posición o carácter derivado, ingresa al debate en los términos ya impuestos. A partir de poner en juego esto, los términos del debate pueden desmarcarse de los sustantivos convencionales y, en consecuencia, brindarse a nuevos debates o discusiones con términos propios. De ese modo, la imaginación crítica se puede desplegar sin límites.

Esta imaginación nos deberá llevar –como adelantábamos- a aquellos actores de nuestras realidades sociales que no han sido tematizados por la teoría crítica eurocéntrica (claro que tampoco por la convencional). Estos actores fueron invisibilizados por una distancia fantasmal, a decir de Santos, entre teoría y práctica. Esta distancia, epistemológica y ontológica, ha impedido ver las particularidades de los movimientos sociales latinoamericanos, como los sin tierra, indígenas, piqueteros, entre otros.

En esta invitación, intentaremos pensar lo impensado. Los problemas modernos de igualdad, libertad y fraternidad persisten, la experiencia histórica expone que las soluciones modernas, liberales o marxistas, no han podido resolverlos.

Por ello, una sociología jurídica que se perciba crítica de nuestras latitudes, bien podría comenzar como una sociología de las ausencias. Poner de relieve y mostrar que aquello que no existe ha sido producido como tal. Que los objetos presentes y los ausentes constituyen efecto de una división que ha operado de esa forma

partir de los términos de las ciencias sociales convencionales regidas por lógicas que han producido estas ausencias y que podríamos señalar como consecuencia de la racionalidad monocultural. La monocultura del saber, entendida como la existencia de criterios únicos de verdad que distinguen entre el conocimiento y la ignorancia, la cultura y la incultura o subcultura. La monocultura del tiempo lineal, que hace al entendimiento de la historia en un sentido único, habilitando la idea de progreso irremediable, generalmente asociada con la “evolución de las especies”, que lo distingue del atraso. La naturalización de las diferencias y, por ello, su jerarquización, lo que implica establecer clasificaciones sociales que explican, por ejemplo, la superioridad racial o sexual (especismo, machismo), diferenciando, así, la inferioridad que debe ser objeto de dominación.

Esta racionalidad, como consecuencia de lo anterior, también se posa sobre la lógica de la escala dominante. Así, el universalismo o lo global precede a los contextos particulares, a lo local. El último espectro de la no existencia, en estos términos, lo incorpora la monocultura de la productividad. A partir de la que lo productivo, en términos de crecimiento económico, se posiciona por encima y contra de lo improductivo, de la pereza, de la esterilidad, inutilidad.

Con estas herramientas conceptuales, intentaremos pensar lo impensado. Si damos cuenta de los procesos sociales, epistemológicos, teóricos por los que se han producido las ausencias, entonces podremos trabajar sobre una sociología de las emergencias que, siguiendo algunos lineamientos de Boaventura de Sousa Santos, se proponga sustituir el vacío del futuro (del tiempo lineal) por un futuro de posibilidades múltiples, plurales y concretas, desde la acción del presente. El cuidado, como elemental actividad presente, se constituirá –sino en esta versión, en la próxima- en un tópico a emerger. Tema no teorizado, invisibilizado por la tríada capitalismo, colonialismo, patriarcado.

Esta sociología de las emergencias pretende ampliar aquello que entendemos por real. Investigar en alternativas que caben en el horizonte de posibilidades. Para ello, debemos representarnos y situarnos en otro tiempo. Un “todavía no” que permita repensar las ausencias producidas y generar posibilidades y capacidades de conciencia. Este tiempo se rebela con el “todo” y “nada” que pretendía contener todas las alternativas.

Desde una sociología de las ausencias se amplía lo presente, lo futuro se contrae. La sociología de las emergencias, entonces, amplía lo real presente que fue sustraído por la razón eurocéntrica. Esta sociología propone una ampliación simbólica de los saberes, prácticas y agentes que actúa sobre aquellas capacidades y posibilidades de reflexión. Operación que será colectiva, y nos permitirá visibilizar prácticas, saberes y agentes no tematizados por las teorías tradicionales. Esta operación no cuenta con dirección predeterminada, pues la sustituye por el cuidado. A esta sustitución se agregará la incorporación de una teoría de las emociones que de cuenta, en el estudio de los fenómenos sociales y jurídicos, de los elementos y caracteres de las personalidades de los sujetos que ingresan en sus relaciones. A partir de estas líneas,

sintetizando lecturas del autor portugués, se pretenderá realizar un seminario de sociología jurídica crítica alternativa a la eurocéntrica; partiendo de una epistemología del Sur.

Una epistemología del Sur se pretende, desde las sociologías de las ausencias y de las emergencias, como movimiento contra el pensamiento abismal. Volvemos sobre esto, para comprender que el conocimiento y el derecho modernos encuentran su base y racionalidad en el pensamiento abismal. Este supone distinciones entre lo visible y lo invisible; lo existente y lo inexistente. Aquello que es ubicado del otro lado de la línea de distinción desaparece, se imposibilita la coexistencia de los dos lados de la línea. Así nos encontramos con los ejemplos de regulación/emancipación, sociedades metropolitanas/ territorios coloniales.

En el ámbito del conocimiento, Santos ha brindado un interesante concepto que expone la manera de operar del pensamiento abismal: el epistemicidio. La ciencia moderna se ha adjudicado el monopolio de establecer y distinguir lo verdadero y lo falso, en detrimento de la filosofía y la teología. Sin embargo, esto ha sido ubicado en la escena; lo invisibilizado podemos ahora ver que ha estado compuesto por los conocimientos populares, laicos, campesinos, indígenas, ancestrales. Estos van más allá de la lógica de lo verdadero o falso. Han desaparecido como conocimiento y han sido ubicados en el lugar de creencias, opiniones, magia, intuición.

Por su parte, en el Derecho moderno la distinción visible ha estado compuesta –de acuerdo al pensamiento abismal– por lo legal y lo ilegal. Sin embargo, se ha invisibilizado aquello a-legal, territorios sociales sin ley, lo no legal, el derecho no reconocido oficialmente. Esto no existe. El Derecho moderno se posibilita a partir de la línea divisoria entre Viejo Mundo y Nuevo Mundo. Lo colonial, aquí, es el punto oculto sobre el que conocimiento y Derecho modernos se construyen. Lo colonial no constituye conocimiento, sino creencias. Sus prácticas no son humanas. Esto es sostenido por las teorías del contractualismo, que inscribieron –en silencio– una masiva región de Estado de naturaleza, paradójicamente, no existente. Como un pasado irreversible, que invisibiliza su presente y, por ello, con un único futuro homogéneo posible. Entre tantos ejemplos, el vacío jurídico es el que permitió el “descubrimiento” (la invasión y ocupación) de “nuevos” territorios (indígenas).

De modo que, en términos de conocimiento y Derecho, lo colonial es puesto a un lado: son creencias, prácticas no legales. Esto permite también hablar de los sujetos allí ubicados como no humanos o ahumanos. Esta operación, señalada por Santos, se refleja en la lógica apropiación/violencia que se presenta como la otra línea abismal global en Nuevo Mundo. Aquella lógica, que podemos rastrear como un derecho sobre las cosas, con la idea de apropiación de la naturaleza para el progreso humano, supone al mismo tiempo violencia sobre lo no humano. Así, se establece una cartografía legal y epistemológica que ubica en ausencia de humanidad, en un lugar de sub-humanidad, a aquellos del sur. Por ello, los principios humanos modernos no quedan comprometidos por las prácticas inhumanas. Desde entonces, asistimos a una injusticia social global que está íntimamente vinculada con

la injusticia cognitiva global. Frente a ello Santos propone debemos desarrollar un pensamiento posabismal.

Estas líneas abismales, de regulación/emancipación y apropiación/violencia, coexisten y se presentan como constitutivas de las relaciones político-culturales de la Modernidad de Occidente. Estas líneas globales abismales, sostiene Santos, han sufrido movimientos. Estos movimientos, uno principal y otro contra-movimiento, son llamados por Santos como “el retorno de lo colonial” y “el cosmopolitismo subalterno”.

El retorno de lo colonial o del colonizador se presenta mediante la respuesta a la intrusión amenazante en las sociedades. Esta intrusión es identificada en las figuras del terrorismo, de los trabajadores migrantes indocumentados y los refugiados. Estas son las figuras que, en este retorno de lo colonial, reinscriben la línea global abismal que define la exclusión radical y lo no legal. Instituyendo, así, estados de excepción.

El concepto de estado de excepción ha sido trabajado profusamente por Agamben y esos trabajos parecen nutrir teóricamente la idea de que los principios fundantes de la Modernidad son violados sistemáticamente en el proceso de expansión global de la misma. La legitimidad que brinda a la Modernidad el concepto de derechos humanos, parece ceder en su consistente violación para ser defendidos. Del mismo modo, la democracia, a fin de ser salvaguardada, es destruida.

De esta manera, emerge un nuevo gobierno indirecto que se hace a un lado de la regulación social y privatiza sus servicios públicos. De allí que los sujetos son sujetados a nuevas relaciones políticas, signadas por obligaciones contractuales privatizadas y despolitizadas. Esta situación es descrita por Santos como el auge de un fascismo social: “un régimen social de relaciones de poder extremadamente desiguales que concede a la parte más fuerte un poder de veto sobre la vida y el sustento de la parte más débil” (Santos, 2010: 42).

Este régimen, afirma Santos, se expresa (y como toda clasificación resulta representativa) de distintas maneras. Una, como fascismo de apartheid social, de acuerdo al que tiene lugar una segregación social de excluidos a partir de diferencias (cartográficas) urbanas entre zonas civilizadas y zonas salvajes. Un ejemplo cercano de este tipo, puede ser la separación entre barrios privados (countries) y barrios de emergencia (villas). Otra forma es el fascismo contractual, que sucede cuando las desigualdades de poder entre las partes del contrato son tales que la parte débil (consumidor, trabajador) acepta condiciones sin alternativa de la parte fuerte (multinacional). Esto lo ha posibilitado el proceso de privatización de servicios públicos, de la mano de la concentración en pocas empresas de los mismos. El contrato individual con agencias privadas es el reemplazo del contrato social propio del Estado de Bienestar. Aquellas toman funciones de regulación social sin control alguno, ni participación de la ciudadanía. Una tercera forma es la del fascismo territorial, que tiene lugar cuando actores sociales con capital patrimonial o militar disputan el control territorial, cooptando o coercionando instituciones estatales y regulando a los habitantes. Parecen ejemplos de este tipo de fascismo las relaciones

en algunas regiones entre terratenientes y campesinado, o zonas donde existen conflictos armados.

El fascismo social aparece, por un lado, como un postcontractualismo en el que los grupos e intereses sociales hasta ahora incluidos en el contrato social son excluidos sin perspectiva de retorno (trabajadores y clases populares, a través de la eliminación de derechos sociales); y, por otro lado, como un precontractualismo que bloquea el acceso a la ciudadanía a grupos sociales que se consideraban candidatos a ella. De este modo, se presenta como una nueva forma de Estado de naturaleza, como régimen social compatible con una democracia política liberal. La nueva forma de gobierno indirecto (neoliberalismo) tiene lugar cuando la propiedad de los servicios se convierte en una forma de control sobre las personas que los necesitan para sobrevivir. En esta forma se concreta una suerte de despotismo descentralizado, que hace irrelevante a la democracia liberal para la calidad de vida de las poblaciones.

En ese sentido, el pensamiento abismal logra suprimir el conflicto social y ratificar un Estado sin ley, ya que el Derecho moderno se va modificando hacia un Derecho suave –en palabras de Santos- de acuerdo a la lógica de apropiación/violencia que implica que existen ciudadanos que son tratados como no ciudadanos peligrosos. Así coexisten el fascismo social y la democracia liberal; el Estado de excepción y la normalidad constitucional; la sociedad civil y el Estado de naturaleza.

Frente a este panorama de los tiempos que corren, Santos propone una tarea crítica que, con pensamiento alternativo, se inscriba en cosmopolitismo subalterno. Entendiendo esto como la identificación de grupos cuyas aspiraciones son negadas o invisibilizadas por cosmopolitismo hegemónico. Es decir, una globalización contrahegemónica. De acuerdo a Santos, esta consiste en redes, organizaciones y movimientos de lucha contra la exclusión económica, social, política y cultural generada por la encarnación del capitalismo global, conocida como globalización neoliberal.

El cosmopolitismo subalterno que, con los trabajos de Homi Bhabha podemos llamar vernáculo, aparece como un proyecto emancipatorio más allá del capitalismo global. Como una forma cultural y política de la globalización contrahegemónica. Con cierto sentido de incompletud en términos epistemológicos, para construir diversidad de comprensiones híbridas –con posibilidad infinita- que denomina pensamiento ecológico. En otros términos, supone una redistribución de recursos materiales, sociales, políticos, culturales y simbólicos, con base en los principios de igualdad y de reconocimiento de la diferencia. Este pensamiento crítico debe reconocer al pensamiento abismal para no reproducir aquellas líneas abismales, no constituirse en un pensamiento derivado. De allí la idea de que se construya un pensamiento postabismal, del lado de la línea de lo impensable. Desde el Sur Global no imperial, se propone así una Epistemología del Sur que se erija en reconocimiento de pluralidad de conocimientos heterogéneos. Esto se sintetiza en una ecología de saberes, como interconocimientos y en renuncia de una epistemología general.

Esta ecología de saberes implica explorar límites internos y externos del conocimiento (y, claro, de la ciencia). Esto es dar cuenta de la diversidad epistemológica que tiene correlato en la diversidad sociocultural; sin dejar de lado a la ciencia, pero sí su lugar de única forma válida de conocimiento. Esta ecología de saberes parece una práctica contraepistemológica que pretende desandar la línea de conocimiento-ignorancia, para incorporar prácticas de aprendizaje recíproco. Comprender al conocimiento en su dimensión de intervención en la realidad para, desde allí, generarlo con perspectiva ético-política de reconocimiento de la diferencia, haciendo eje en las formas de conocimiento que garanticen el mayor nivel de participación.

De allí que tengamos que dar cuenta del correlato de la intersubjetividad con el interconocimiento, entendiendo que cada práctica de conocimiento constituye sujetos diversos que coexisten. Coexistencia que, mediante esta práctica ético política, deviene en copresencia de saberes, prácticas y agentes de ambos lados de la línea abismal. De acuerdo a ello, la ecología de saberes concibe el conocimiento en sus prácticas. Este punto de vista pragmático sugiere que las experiencias vitales de les oprimidos son inteligibles en consecuencias.

Aquella operación de mayores niveles de participación se presenta como contrapartida del epistemicidio que significó el pensamiento abismal de la Modernidad de Occidente. Este implicó que grandes experiencias cognitivas hayan sido perdidas. A fin de recuperarlas, sostiene Santos, que hace falta una traducción intercultural entre filosofías del Norte y del Sur. Traducción que posibilita preguntas tales como: ¿cómo identificar la perspectiva de les oprimidos en las intervenciones del mundo real o en cualquier resistencia a ellas? ¿Cómo traducir esa perspectiva en prácticas de conocimiento? Reproduciendo la pregunta de Santos acerca de cuál sería el impacto de una concepción posabismal del saber (como una ecología de saberes) sobre nuestras instituciones educativas y centros de investigación, es que nos proponemos realizar un recorrido indeterminado que, nos invite a pensar conceptos y herramientas teórico-prácticas (de la praxis, en términos de Gruner) para reconocer el pensamiento abismal que se inscribe en nuestro discurso, operar en él de manera alternativa, y rastrear o construir poéticamente alternativas a él.

Es decir, partiendo de las teorías conflictuales como producción de lo social, aquel conjunto de prácticas lo entendemos como discursivas ya que cuentan con la particular característica —en palabras de Cárcova y Ruiz— de asignar sentido a nuestras realidades. Explicitar esta característica del discurso jurídico pone de manifiesto los vínculos que tiene con las relaciones de poder. Si pensamos las relaciones de manera *foucaultiana*, entonces podremos encontrar en el discurso posibilidades intrínsecas de resistencia. De allí cierta función paradójal del discurso jurídico.

Esta característica evidencia el funcionamiento del discurso a partir de ficciones. Es decir, las ficciones como elementos legitimantes del discurso del orden que permite a los cuerpos la llegada de la Ley (Marí, 1986), como condición de posibilidad de sostenimiento del orden jurídico político que conocemos. Entre ellas aparecen

la ficción de la igualdad ante la ley, la presunción de que el derecho es conocido por todos y todas y la del sujeto racional como base del ordenamiento. De allí que también intentaremos dar cuenta del carácter ideológico del discurso jurídico, para ver cómo alude y elude, cómo opera y nos constituye, como nos sujeta. Esta tarea de incorporar a las discusiones en torno a lo jurídico aquellas prácticas de agentes y actores no tematizadas en el ámbito del derecho, nos permitirá reubicarnos en el camino para una crítica del derecho.

De tal modo, una crítica jurídica se inscribe en una actitud deconstructiva, incluso, de sí misma. Para repensarse y reubicarse en las contingencias que la hacen.

Si nos pretendemos critiques, entonces, una sociología crítica (de las ausencias y emergencias) será un punto de partida para hacer –en términos *rortyanos*- abrazando a la contingencia; de forma deconstructiva –en términos *derridianos*-. Valiéndonos de estas herramientas, sin ubicarlas en fundamento último, podremos mantener abierta la posibilidad discursiva de movimientos sociales, imaginarios sociales. Quizá, en esa línea, se inscriben los recientes movimientos de derecho y literatura, de algunos referentes critiques.

Bibliografía

Cárcova, Carlos María (2007); *Las teorías jurídicas post positivistas*, Lexis Nexis, Buenos Aires.

Cárcova, Carlos María (2014) “Racionalidad formal o racionalidad hermenéutica para el derecho de las sociedades complejas”, en *Revista Jurisprudencia Argentina*, Número especial, “*Los derechos fundamentales en la Constitución: interpretación y lenguaje*”, Abeledo Perrot, Fascículo N° 9, Mayo 2014 II, Buenos Aires.

Ferrajoli, Luigi (2001); *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*, XI Seminario Eduardo García Máynez, ITAM-UNAM-ELD-UIA, México.

Foucault, Michel (2010); *La verdad y las formas jurídicas*, Editorial Gedisa, Buenos Aires.

Gruner, Eduardo (2006); *Lecturas culpables. Marx(ismos) y la praxis del conocimiento*, CLACSO, Buenos Aires.

Hart, Herbert L. A (1957), “Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer”, en *L. Rev.*, n° 105, U. P. A., Oxford.

Heidegger, Martin (1974); *El ser y el tiempo*, FCE, México.

Kennedy, Duncan (1992). “Notas sobre la historia de CLS en los Estados Unidos” en *Doxa* n° 11, 206 y 55.

Marí, E. (1986), *Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden*, en *Revista Doxa* N° 03, ISSN 0214-8876, pp. 93-111, España: Universidad de Alicante.

Ricoeur, Paul (1970). *Una interpretación de la cultura*. Siglo XXI, México.

Rorty, Richard (1990); *El giro lingüístico*, Ediciones Paidós, Buenos Aires.

Rorty, Richard (2012); “Relativismo: el encontrar y el hacer” en *Giro lingüístico e historia intelectual*, Universidad Nacional de Quilmes Editorial, Bernal.

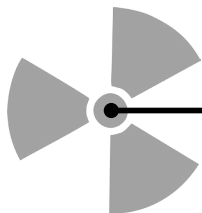
Ruiz, Alicia E(2001); *Idas y vueltas por una teoría crítica del derecho*, Editores del Puerto,

Buenos Aires.

Santos, Boaventura de Sousa (2010), *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Ediciones TRILSE, Montevideo.

Schuster, Federico (2001); *El oficio del investigador*, Homo Sapiens Ediciones, Instituto de investigaciones en Ciencias de la Educación, Facultad de Filosofía y Letras, UBA, Buenos Aires.

Una aproximación al universalismo de los derechos humanos



Joaquín Pablo Reca (UNLP)

*La utopía está en el horizonte. Camino dos pasos,
ella se aleja dos pasos y el horizonte se corre diez pasos más
allá. ¿Entonces para qué sirve la utopía? Para eso, sirve para
avanzar.*

Eduardo Galeano.

Resumen

En el presente trabajo nos proponemos señalar la significación del carácter “universal” que conllevan los derechos humanos como una decisiva aspiración, cuyo valor, finalmente, entendemos se asienta en la dignidad de la persona humana. Naturalmente, esta finalidad no podía soslayar los alcances propios del término, como tampoco las corrientes que, desde distintas disciplinas, critican esta condición. Para ello, realizamos un análisis sobre la evolución de estos derechos, deteniéndonos especialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y en su permanente construcción axiológica que de la misma recogen tantos tratados (convenciones, convenios) como diversas constituciones.

1.- Introducción

Cuando hablamos del carácter “universal” de los derechos humanos resulta ineludible aludir a las tendencias doctrinarias que han signado las posiciones sobre la cuestión. Precisamente, son muchas las corrientes y los matices que se desprenden de este enunciado, los que, a su vez, permiten variadas interpretaciones sobre los alcances que nos proponemos en este trabajo.

Así, la idea de enfatizar esta característica de los derechos humanos no presume una afirmación reduccionista. No desconocemos que su desenvolvimiento se produce en diferentes contextos políticos, socioculturales e institucionales y que su objeto se encuentra en plena expansión, produciendo una permanente dinámica jurídica de variada y difícil materialización.

Sin embargo, estamos convencidos que este atributo resulta una piedra fundamental que esculpe y define la propia ontología del tema que nos convoca. Dicho de otra manera, entendemos que es imposible abordar su estudio si prescindimos o excluimos este horizonte axiológico que da razón y fundamento a su concepción.

Desde ya, esta apreciación supone una construcción constante y una inercia en su traducción y aplicación que ponen de manifiesto la compleja y variada trama de su contenido.

Por cierto, no pretendemos agotar esta histórica cuestión que tan profusa literatura jurídica ha aportado, como estas últimas décadas lo ponen de manifiesto con la marcha de los instrumentos internacionales, producciones judiciales y la fundamental incorporación al máximo rango normativo que contemplan las mayorías de las constituciones.

Por eso, a efectos meramente enunciativos, analizaremos de manera preliminar una ligera sinopsis sobre el desarrollo de los derechos humanos, que resulta primordial para abordar las dos concepciones antagónicas que se presentan como marco conceptual, que nos proporcionarán las herramientas para detenernos en una mirada crítica, en la inteligencia de considerar un consenso entre estas corrientes.

2.- Derechos humanos: algunas aproximaciones sobre la materia

Frente a la carencia de un concepto jurídicamente definido en los instrumentos internacionales¹⁵ respecto de esta clase de derechos, es que se los suele conceptualizar –en principio– como “aquellos derechos que tiene toda persona en virtud de su dignidad humana”.

En ese orden, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos considera que son

aquellos derechos inherentes a todas las personas que definen las relaciones entre los individuos y las estructuras de poder, especialmente el Estado y que, a su vez, delimitan el poder del Estado, exigiendo que el mismo adopte medidas positivas que garanticen condiciones en las que todas las personas puedan disfrutar de todos los aspectos (civiles, políticos, económicos,

¹⁵ El artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, inicia con la siguiente afirmación “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Con el mismo espíritu, el preámbulo de la Declaración se refiere a la dignidad humana y los derechos humanos al reafirmar la “fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana. La Ley Fundamental alemana de la República Federal Alemana, promulgada hace más de sesenta años, inicia también con una sección dedicada a los derechos fundamentales (*Grundrechte*); el artículo 1 de esta sección abre con la afirmación siguiente: “La dignidad es inviolable”. Anteriormente habían aparecido afirmaciones similares en tres de las cinco constituciones políticas alemanas, promulgadas entre 1946 y 1949. En la actualidad, la “dignidad humana” ostenta un lugar prominente en el discurso de los derechos humanos y la toma de decisiones judiciales. Léase en ese sentido, el artículo de Habermas (2010).

*sociales, culturales y ambientales) que atañen la vida*¹⁶.

2.1.- ¿Siempre existieron estos derechos?

Pero, ¿acaso las primeras civilizaciones concebían estas ideas o las mismas son más bien concepciones de nuestro tiempo?

El jurista venezolano y ex integrante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Pedro Nikken (1997: 19-20) sostiene que el “*reconocimiento universal de los derechos humanos como inherentes a la persona es un fenómeno más bien reciente*” y que, aunque en las culturas griega y romana es posible encontrar manifestaciones que reconocen derechos a la persona más allá de toda ley y pese a que el pensamiento cristiano por su parte expresa el reconocimiento de la dignidad radical del ser humano, considerado como una creación a la imagen y semejanza de Dios, y de la igualdad entre todos los hombres derivada de la unidad de filiación del mismo padre, la verdad es que en ninguna de estas ideas puede vincularse con las instituciones políticas o el derecho de la antigüedad o de la baja edad media.

En esa línea, advierte que fue en Inglaterra donde emergió el primer documento significativo que estableció limitaciones de naturaleza jurídica al ejercicio del poder del Estado frente a sus súbditos: la Carta Magna de 1215, la cual junto con el *Hábeas Corpus* de 1679 y el *Bill of Rights* de 1689, pueden considerarse precursores de las modernas declaraciones de derechos. No obstante ello, aclara que estos documentos no se fundan en derechos inherentes a la persona, sino en conquistas de la sociedad¹⁷.

2.2.- Sobre sus orígenes

Más allá de la discusión sobre su procedencia “natural”, los orígenes de los derechos humanos se encuentran en ocasión de las revoluciones occidentales de finales del siglo XVIII: la Revolución Americana de 1776 y la Francesa de 1789, cuyos postulados liberales que las alentaron, se plasmaron luego en los sistemas jurídicos que, a partir de entonces, se establecieron como derechos fundamentales en las constituciones modernas y, desde el final de la Segunda Guerra Mundial, como derechos humanos en pactos internacionales (Viola, 2018: 22).

De la primera de ellas (Revolución Americana), surgió la Declaración de la Independencia de 1776, donde se afirmaba que “los hombres habían sido creados iguales”, dotados de ciertos derechos innatos, tales como la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Por lo que, la importancia de dicho documento se encuentra en ser el punto de partida de las declaraciones de derechos individuales, fundadas en el reconocimiento de derechos inherentes al ser humano (Rocco, 2010: 10-11).

¹⁷ Por esta razón, más que el reconocimiento de derechos intangibles de la persona frente al Estado, lo que establecían eran deberes para el gobierno.

Sin embargo, el acontecimiento considerado como verdadero punto de partida de los derechos humanos es la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”¹⁸ de 1789, a la cual se atribuye que la expresión de derechos fundamentales proviene de los denominados derechos del hombre, que se distinguen de los del ciudadano, ya que en los primeros (derechos del hombre) las personas tienen derechos por el sólo hecho de serlo, independientemente de su condición de ciudadano (Rocco, cit.).

Este documento recibió críticas¹⁹ provenientes –fundamentalmente– del campo de la filosofía, como fuera el caso del filósofo-conservador Edmund Burke²⁰, que en su obra “Reflexiones sobre la Revolución Francesa”²¹ del 1 de noviembre de 1790, negaba la existencia de los derechos consecuencia de la revolución, siendo que los mismos suponían la ruptura con las instituciones preexistentes que

¹⁸ No se debe omitir que otro aporte importante de dicho instrumento recae en la vocación universalista de los derechos allí reconocidos, como se ve reflejado en su preámbulo (“...exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre”).

¹⁹ Las mencionadas en este apartado no procuran “despachar” las numerosas críticas iniciales a las declaraciones de los derechos.

²⁰ Nació en *Dublin* (Reino Unido de Irlanda) en enero de 1729 y falleció en *Beaconsfield* (Reino Unido) en 1797. Fue diputado en la Cámara de los Comunes dentro de los “*Old Whigs*” que, en contraposición a los “*New Whigs*” (nuevos liberales, de idea progresistas), fueron adversos a la Revolución Francesa.

Uno de los hitos más importantes en la vida de Burke, fue su viaje en 1773 a París, donde conoció, entre otras personalidades, a María Antonieta. Este viaje acentuó sus ideas conservadoras, que se decantaron por el consuetudinarismo: Burke quería pasar, por tanto, como el más moderado de los liberales. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/burke/>. Fecha de consulta 18 de noviembre de 2019.

²¹ Su título original fue “*Reflections on the Revolution in France*”. Esta obra produjo enorme impresión. Tal fue su fuerza persuasiva sobre el pueblo inglés, que éste se orientó decididamente contra la ideología revolucionaria. Se encuentra en ella los postulados fundamentales de toda una concepción política y ética, típica de la mentalidad británica; toda la experiencia histórica, de la nación inglesa transfigurada en principios teóricos de la razón política. El concepto de libertad como privilegio general de todos, encierra un principio que encontrará explícita formulación en el siglo XIX: que la libertad no es un dato gratuito ni natural, sino el precio de una conquista en el proceso de la conciencia histórica de los pueblos. Aunque exaltado por la indignación contra los excesos de la revolución y el ataque a las instituciones inglesas, Burke consiguió formular una crítica de la idea democrática que adquirió significado universal.

Esta publicación, entonces, dio origen a un debate de mayor importancia para el posterior desarrollo del liberalismo en Inglaterra, debate que comenzó con la publicación de la “Vindicación de los derechos del hombre” como respuesta a Burke por Mary Wollstonecraft. Otras obras, de mayor importancia en desarrollos políticos posteriores y elaboradas como respuestas a la de Burke, incluyen “Los derechos del hombre”, considerada la obra maestra de Thomas Paine, “Justicia política” de William Godwin, considerado pionero del anarquismo y, de James Mackintosh, “*Vindiciae Gallicae: A Defence of the French Revolution and its English admirers against the accusations of the Right Hon. Edmund Burke, including some strictures on the late production of Mons de Calonne*” (1791). Disponible en: <http://economiaparatodos.net/reflexiones-sobre-la-revolucion-francesa-y-otros-escritos-de-edmund-burke/>. Fecha de consulta 15 de noviembre de 2019.

él denominaba “tradición”, temiendo entonces que el “incendio en Francia” se propagase a Inglaterra y se extendiera por toda Europa e incluso más allá (Bariffi, 2003: 270).

Otra mirada crítica proveniente del campo filosófico es la de Marcelo Raffin (2006: 17), quien sostiene que “el alcance de la declaración se detiene ante los desposeídos, los pobres, las mujeres, los niños y las puertas de Europa”, pudiendo interpretarse que la evocación de los postulados universalistas de dicha declaración se restringen a un sector muy reducido de la sociedad civil, donde la burguesía tiene un rol protagónico.

Tampoco fue ajena a este acontecimiento europeo (“Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”) Hannah Arendt, quien se mostró en desacuerdo respecto al carácter inalienable que traía consigo tal catálogo jurídico, coligiendo que los derechos postulados como “inalienables” e “independientes” de todo gobierno no lo eran cuando las personas que no se encontraban en situación de ciudadanía de un Estado soberano –“apátridas”²²–, no se les garantizaban sus mínimos derechos por ninguna institución o autoridad. En esa inteligencia, agregó además que los derechos allí establecidos, destinados a lo que ella denomina “hombre abstracto”²³, se encontraban fundamentados por el hombre en última instancia y no, en una divinidad o en un soberano²⁴.

De igual modo, esta declaración no estuvo exenta de las críticas provenientes de vertientes feministas, debido a la connotación “masculina” que sus enunciados suponían, los cuales estaban dirigidos al “hombre” y al “ciudadano”²⁵, precedidos aquéllos por el principio de “fraternidad” (*fraternitas*, “cualidad propia de los hermanos”).

Es entonces durante el “Siglo de las Luces”, cuando se vislumbra al ser humano como un sujeto singular, donde aquél es pensado desde una óptica individual-antropocéntrica²⁶ y no colectiva (grupos de familia, el linaje, etc),

²² La filósofa alemana conceptualizaba la situación de apátrida como “Estar privado del derecho a tener derechos”.

²³ Este hombre abstracto dotado de unos derechos humanos, carece de los atributos que posee el hombre concreto; de modo, que la abstracción de los derechos humanos y del hombre no tienen en consideración al hombre real ni la realidad, que corresponde con una situación en la que el hombre fuera del ámbito nacional se encuentra desamparado de derechos.

²⁴ Este posicionamiento de Arendt debe comprenderse en correspondencia a la idea de “comunidad política”, que se encuentra –cronológicamente– primera respecto de cualquier derecho, ya que de la propia comunidad se derivan los mismos, siendo que de otra forma no se podrían garantizar (Mayra, 2014: 3-6).

²⁵ En el año 1791 la filósofa política *Olympe de Gouges* redactó el texto la “Declaración de los derechos de la Mujer y la ciudadanía”, que parafraseando a la de 1789, proponía la emancipación femenina, en el sentido de la igualdad de derechos y legal de las mujeres en relación a los varones.

²⁶ Ya en el siglo V, el sofista griego Protágoras, en su célebre frase “*Homo ómnium rerum mensura est*” (“El hombre es la medida de todas las cosas”), refería a la idea del antropocentrismo, el hombre y toda su complejidad como centro de todo.

considerándose el centro del sentido y del valor, premisas éstas, que coadyuvarían a esbozar la idea de los atributos de la persona. Por cuanto, los derechos humanos tendrían su correlato con el del sujeto moderno²⁷, siendo este último resultado de las relaciones de poder-saber.

2.3.- Tres procesos a considerar

En consecuencia, y tomando -a modo de punto de partida- a los derechos humanos como producto de la modernidad²⁸, los mismos pueden ser ubicados en tres procesos socio-históricos.

El primero de ellos lo ubicamos en el ya mencionado “Siglo de las Luces”²⁹, cuya principal característica fue la de atender, desde el pensamiento racional, la cuestión de los derechos humanos que sirvieron como apoyo a los filósofos del siglo XVII para desafiar el absolutismo político.

Así también, es en el transcurso de este período donde se pueden reputar dos dimensiones: por un lado, una dimensión teórica-filosófica, que provee el sustrato teórico del derecho del hombre, noción que ya había sido desarrollada en distintos momentos de la historia (v.gr. en la antigüedad con la idea de las leyes naturales divinas); por el otro, una dimensión jurídica-política, donde hallamos acontecimientos históricos relevantes (v.gr. Declaración del hombre y del ciudadano), que van a constituirse en arquetipos para los instrumentos jurídicos-

²⁷ El filósofo alemán Martín Heidegger afirmaba, que el sujeto moderno estaba compuesto por dos elementos: la razón (el hombre como ser racional) y la tradición cristiana con la idea de valor por el otro.

²⁸ El filósofo argentino Enrique Dussel en su artículo “Europa, Modernidad y Eurocentrismo” aclara que hay dos conceptos de la modernidad, en cuanto al primero de ellos refiere a un concepto eurocéntrico, caracterizado por la emancipación de la “inmadurez” por un esfuerzo de la razón como proceso crítico que abre a la humanidad a un nuevo desarrollo del ser humano, proceso que se cumpliría en el siglo XVIII. Por lo que, en esta primera idea se indica como punto de partida de la “Modernidad” el Renacimiento italiano, la Reforma, la Ilustración alemana y la Revolución francesa; una segunda visión es aquella referida en un sentido mundial, tomando como epicentro de esta mirada el hecho de ser (sus Estados, ejércitos, economía, filosofía, etc) “centro” de la Historia Mundial, tomando lugar a partir de 1492 con la expansión portuguesa y con el descubrimiento de América hispánica, acontecimientos por los que todo el planeta se torna el “lugar” de “una sola” Historia Mundial.

²⁹ No obstante, no deben obviarse todos los avances en la protección de las personas (trabajadores/as, refugiados/as, pertenecientes a minorías) desarrollados en la época de la Sociedad de las Naciones. Recordemos que la Sociedad de las Naciones fue un organismo internacional, creado por el Tratado de Versalles el 28 de junio de 1919, tras la finalización de la Primera Guerra Mundial. La Sociedad se fundó en 1920 y se disolvió en 1946. Al finalizar la Primera Guerra Mundial (1914-1918) las grandes potencias fueron conscientes de que resultaba imposible el retorno al mundo anterior a 1914. Exhaustas por el esfuerzo que había supuesto el conflicto, emprendieron un nuevo rumbo con el fin de establecer un orden internacional distinto. La creación de la Sociedad de las Naciones fue uno de los principales acuerdos surgidos a partir del Tratado de Versalles, concebido como un instrumento mediante el cual resolver de forma pacífica los conflictos entre los Estados. Disponible en: https://www.ecured.cu/Sociedad_de_Naciones. Fecha de consulta 17 de enero de 2020.

políticos (constituciones), con la finalidad de dar un orden.

El segundo proceso denominado de “internalización de los derechos humanos”, situado a partir del siglo XX hasta la actualidad, cuyos primeros cimientos se dieron con el surgimiento del sistema de Naciones Unidas (en adelante, ONU) en el año 1945, a raíz de las consecuencias que -a nivel humano- dejó la Segunda Guerra Mundial, suceso mundial que puso en velo a los Estados que acordaron una agenda internacional, donde los temas vinculados a derechos humanos estuviesen a la orden del día y no fuesen sólo competencia de los Estados nacionales, para lo cual se pensó también, la necesidad de crear mecanismos e instituciones encargados de su protección (Pérez, 2016).

La creación de este nuevo horizonte internacional se dio luego de las firmas respectivas de los 50 representantes de aquellos países que se habían reunido en la ciudad de San Francisco el 26 de junio de ese mismo año, dando origen a la Carta de la ONU, documento en el que se acuñó por primera vez el vocablo “derechos humanos”³⁰.

El último proceso que converge en la materia es el de la “globalización”, fenómeno éste que comienza a tener vuelo en la década de los ’90, ocupando un lugar preponderante en nuestros días. En ese sentido, el sociólogo brasileño Ruy Marini considera este proceso mundial “una nueva fase del capitalismo que por el desarrollo redoblado de las fuerzas productivas y su difusión gradual a escala planetaria, el mercado mundial llega a su madurez, expresada en la vigencia cada vez más acentuada de ley del valor” (citado en Cruz, 2019: 2). En lo que atañe a los derechos humanos de esta época, si bien se mostraron algunos retrocesos en distintos ámbitos (v.gr. laboral, salud, previsional, entre otros), también se generaron avances parciales, tales como el establecimiento del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU en 1993, de las cortes internacionales para el caso de Yugoslavia y de Ruanda y de la Corte Internacional de Justicia Penal, o en el hecho de que una persona, sospechada de ser la autora intelectual de asesinatos y torturas múltiples, ya no se puede atrever a salir del país, o en los mecanismos regionales que se fueron presentando (Zimmerling, 2004: 94).

3.- Tendencias predominantes

Como se mencionó con antelación, tras la devastación de la Segunda Guerra Mundial en 1945 y con el consecuente establecimiento de la ONU, la comunidad

³⁰ Así, ya en su artículo 1 inciso 3 (Capítulo I “Propósitos y principios”) promoviendo la cooperación internacional “en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos”, como también en los artículos 62 y 68 (Capítulo X “El Consejo Económico y Social”).

El primero de ellos (art. 62) en su segundo apartado establece que “El Consejo Económico y Social podrá hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos”.

En lo que respecta al segundo de ellos (art. 68), este artículo reza que “El Consejo Económico y Social establecerá comisiones de orden económico y social para la promoción de los derechos humanos”.

internacional exigió la inclusión de una Carta de Derechos Internacional (Morsink, 1999).

En este aspecto, los delegados de la Conferencia de San Francisco decidieron que se necesitaba una comisión especial y un tiempo considerable para “realizar un borrador de este tipo en un contrato internacional”³¹. Tal necesidad se reflejó en el artículo 68 de la Carta de la ONU (véase nota al pie 14, *in fine*) que ordena el establecimiento de una comisión “para la promoción de los derechos humanos”, para cumplir con lo prescripto en el artículo 62: “formular recomendaciones con el fin de promover el respeto y la observancia de derechos humanos y libertades fundamentales para todos”.

En adelante, la Comisión de Derechos Humanos (actual Consejo de Derechos Humanos a partir del 2006) pasó dos años revisando, negociando y redactando la Declaración Universal de los Derechos Humanos³² (en adelante DUDH) que fué adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948³³, impulsando el desarrollo moderno de los derechos humanos con estándares internacionales para prevenir la clase de atrocidades atestiguadas en el conflicto bélico de 1945.

Sin duda, uno de los hitos que signó este documento fue el rol protagónico que se le otorgó al ser humano, que se convertiría en sujeto de derecho internacional,

³¹ La estadounidense Eleanor Roosevelt presidió la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y el canadiense John Humphrey -secretario de la ONU- fue el encargado de compilar la documentación anterior sobre derechos humanos para guiar el trabajo de la comisión. Por su parte, el representante libanés Chales Malik y Pen-Chung Chang de China también fueron miembros iniciales del grupo de trabajo central, que luego fue apoyado por Australia, Chile, Francia, el Reino Unido y la Unión Soviética.

³² Junto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, conforma la denominada “Carta Internacional de los Derechos Humanos”.

Asimismo, gran parte de la comunidad internacional reconoce en la DUDH, a pesar de no tener fuerza obligatoria, una notoria importancia que, dada su connotación histórica-simbólica, no deja de ser un “documento vivo”, siendo su espíritu transmitido a una serie de convenios y pactos de los Estados participantes de las Naciones Unidas, que sí son tratados internacionales que obligan a los ratificadores a cumplir con ellos.

Cuenta de esta trascendencia la dan los distintos ordenamientos jurídicos, como es el caso de España que, en materia interpretativa, prevé “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

En igual sentido, se orienta la Constitución de la República del Perú (disposiciones finales y transitorias, párr. cuarto), la Constitución de Portugal (art. 16.2) y la Constitución de Rumania (art. 20).

³³ Debemos recordar que seis meses antes, en la IX Conferencia Internacional americana celebrada en Bogotá, se aprobaba la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, instrumento por el cual se dispondría la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA) y que, en razón de su importancia, nuestro país -al igual que México, entre otros- le otorgó jerarquía constitucional.

produciéndose con ello un cambio de paradigma, ya que hasta entonces sólo existían leyes concernientes a la responsabilidad de los Estados por contienda bélica.

3.1.- Características propias e inherentes

Todas estas contribuciones que se observaron con el advenimiento de la DUDH en relación a los derechos fundamentales, tomaron una forma más acabada, gracias a que la misma contempló las características que ostentan –actualmente- esta clase de derechos, tales como son su “universalidad” (dándonos la pauta que los derechos establecidos en la DUDH pertenecen a todos los seres humanos por el mero hecho de serlo)³⁴; “inalienabilidad” (no se puede enajenar, nadie puede ser despojados de ellos); “imprescriptibilidad” (son para toda la vida y no tienen fecha de caducidad por ningún motivo); “indivisibilidad” (ningún derecho puede disfrutarse a costo de otro derecho, por esta razón no puede prescindirse de ninguno); “inderogabilidad”³⁵ (característica que presenta algunas matices); por último, no debemos olvidar el hecho de que no se puede renunciar a estos derechos, aunque sea por propia voluntad y, por ende, son también “intransferibles” (nadie más que el propio titular puede valerse de ellos).

Ahora bien, empero de ser múltiples las miradas que giran alrededor de las características señaladas, nos abocaremos con especial atención a la que concierne al carácter “universal”, que ha venido cosechando varias voces a favor y en contra, ya que la mera afirmación de un estándar universal evoca preguntas filosóficas de “si algo en nuestro mundo multipolar y multicultural puede verse asociado a este concepto”.

3.2.- El universalismo como paradigma de los derechos humanos

Los que se alzan a favor de los estándares establecidos en el catálogo de 1948 (denominados “universalistas”) asocian la condición del ser humano como único atributo para ser destinatario de “derechos inherentes”, más allá de la cultura,

³⁴ Cabe recordar, que en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, se reafirmó la universalidad, indivisibilidad, interrelación e interdependencia de todos los derechos humanos sin admitir cuestionamientos; en igual sentido se plasmó en la Plataforma de Acción de Pekín perteneciente a la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (1995) como en el Programa de Hábitat de la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos de Estambul (1996), entre otros.

³⁵ Esto se debe, ya que según las distintas normas internacionales –regionales o nacionales de derechos humanos-, la inderogabilidad no afecta por igual a todos los derechos. En determinadas circunstancias, y de forma excepcional, se legitima a los Estados para derogar algunos derechos. Otros han de ser respetados siempre, sin excepción alguna, como el derecho a la vida, a no ser esclavizado o a no ser torturado, a no recibir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y a la no discriminación por motivos de raza, religión, origen social o de cualquier otra índole. Disponible en: <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/dh-caracteristicas.html>. Fecha de consulta 30 de abril de 2019.

la raza, el sexo, la religión o el género, reflejando su esencia universal³⁶ e inalienable³⁷, caracteres éstos que recibirían diversas críticas, principalmente aquéllas procedentes del “relativismo cultural”.

Ahora bien, debemos recordar que esta concepción universal de los derechos humanos se fue presentando a lo largo de la historia, pero su aspiración como tal se desarrolló en el marco de la modernidad³⁸ como consecuencia de una construcción antropocéntrica de las sociedades, que tenía su basamento en el iusnaturalismo racionalista y en el contractualismo, siendo que aquéllas ubicaban en el centro de todas las cosas al individuo.

Es así que comenzaron a surgir en la modernidad eurocéntrica las primeras aproximaciones del universalismo, como fue la idea del “universalismo abstracto” de René Descartes, quien ya aludía a un conocimiento eterno que sobrepasaba el tiempo y el espacio, para lo cual el sujeto debía desvincularse de todo cuerpo y territorio que le pudiera generar determinaciones (Descartes, 2010: 12).

De este “universalismo abstracto” podemos extraer dos sentidos: el primero en relación al conocimiento que se “abstrae” de toda determinación espacio-temporal y pretende ser eterno y, en un segundo lugar, un sentido epistémico

³⁶ En relación al uso semántico de “universalidad”, con frecuencia suele ser imperceptible debido a la prioridad que detentan otras aristas de los derechos humanos; no obstante, algunos autores han analizado la mentada cuestión en pos de comprender pormenorizadamente el amplio espectro que rodea el derecho internacional de los derechos fundamentales.

En ese orden, el filósofo español Gregorio Peces-Barba (1994: 615) asevera que si bien los términos “universalidad” y “universalismo” suelen ser utilizados indistintamente en castellano, habría mayor precisión en hablar de “universalismo de los derechos humanos”, en referencia a una cualidad propia y exclusiva de éstos, sin relación o comunicación con ningún contexto; en cuanto que, “universalidad” –entiende– hace referencia a derechos universales, en el sentido de racionales y válidos para todos los hombres pero en un contexto histórico o geográfico.

De igual modo, el autor remarca tres aspectos que rodean al universalismo, como son: a) la titularidad de los derechos que se asigna a todos los seres humanos y que por eso son abstractos y generales; b) la validez en cualquier contexto histórico con el que cuentan los derechos humanos y c) la extensión que dichos derechos detentan en relación a todas las sociedades políticas.

³⁷ La lógica de esta postura encuentra su respaldo en la idea de la “dignidad humana” que, con el pensamiento cristiano medieval, ya se hacía referencia a través de las ideas de Tomás de Aquino, quien sostenía que “todo hombre poseía una intrínseca dignidad por el hecho de haber sido creado a imagen y semejanza de Dios”. Esta línea de pensamiento presentaría una ruptura, por medio de los aportes del humanista Pico della Mirandola, que en su obra filosófica “*Oratio de hominis dignitate*” (“discurso sobre la dignidad del hombre”) pondría de manifiesto que “el hombre es un ser maravilloso y único, siendo la más digna criatura de la creación, por una característica que predomina sobre todas las demás, su libertad”, mostrando así, un distanciamiento con el postulado cristiano concerniente a que “si bien el hombre había sido creado libre por Dios, había perdido su libertad con el primer pecado, por desobedecerlo”.

³⁸ Caridad Velarde, en su artículo “Individualismo, Universalismo y Derechos Humanos”, sostiene que son las mismas claves de la Modernidad las que han propiciado el universalismo en cuanto a los derechos se refiere; mientras que, la visión posmoderna o, recientemente (“tardomoderna”), pone en duda semejante uniformidad.

del sujeto que es abstraído de “cuerpo y localización” y que le permite generar conocimientos con pretensiones de verdad y universalidad para todos.

Algunos de los dilemas que quedaron del universalismo de Descartes fueron retomados por el filósofo prusiano Immanuel Kant³⁹, quien sostenía que el espacio y el tiempo eran innatos al hombre⁴⁰ y de los cuales este último no se podía abstraer, en razón que le otorgaban un orden al mundo donde se podía producir un conocimiento reconocido como verdadero y universal. Sin embargo, profundizó el sentido epistémico de Descartes, asegurando que sólo el “hombre europeo” tiene acceso a producir conocimientos universales y, por lo tanto, definir para todos qué es lo universal (Kant, 2004: 10-15).

Otro de los filósofos que estudió la cuestión del universalismo fue el alemán Friedrich Hegel, cuyas ideas se direccionaron en torno a la existencia de dos tipos de universalismos: un “universalismo abstracto” (compuesto por categorías simples) y un “universalismo concreto” (formado por categorías complejas), dado que el pasaje de uno a otro se daba a partir de las mediaciones, contradicciones y negaciones del pensamiento, por medio de lo que se pretende llegar a un “saber absoluto”, válido en todo tiempo y espacio, que sería el nuevo tipo de universalismo verdadero para toda la humanidad.

3.3.- El relativismo cultural

Según el antropólogo mexicano Carlos Brokmann Haro (2007: 8), el relativismo cultural⁴¹ puede ser entendido como “el principio de que las creencias y actividades de un individuo o sociedad solamente pueden ser interpretadas en términos de su propia cultura”⁴².

Es con la modernidad que aparecen las primeras ideas forjadoras de esta teoría, como las del filósofo alemán Johan Herder, el cual ya se refería al “espíritu del pueblo”⁴³ (*Volkegeist* en alemán), planteando que en cada nación había fuerzas

³⁹ Realizó aportes en torno a la dignidad humana, bajo el razonamiento de que “el hombre es un fin en sí mismo, no un medio para usos de otros individuos, lo que lo convertiría en una cosa”. Según este filósofo, los seres humanos se merecen un trato especial y digno que posibilite su desarrollo como personas y que la existencia de los mismos es un “valor absoluto” y por ello, son merecedores de todo respeto moral, mientras que, la discriminación, la esclavitud, son acciones moralmente incorrectas, porque atentan contra la dignidad de las personas.

⁴⁰ Sostenía que el hombre era un ser racional, libre y autónomo, por eso es responsable de lo que hace, sentando así las bases de lo que hoy conocemos como teoría de la responsabilidad civil.

⁴¹ Cuando se habla de “relativismo cultural”, no deben soslayarse los aportes realizados por las distintas disciplinas que edificaron los ejes de los que hoy se vale el mismo (“relativismo cultural”), tal es el caso de la filosofía, sociología y-principalmente- de la antropología, herramientas las cuales permitirán entender que parte de la contrapartida al universalismo se dirige no tanto a su existencia normativa, sino a los fundamentos que lo inspiran.

⁴² De dicho concepto se desprende una suerte de relativismo epistemológico, ya que se niega la validez única de cualquier forma de conocimiento, pero también un relativismo moral que niega la existencia de valores compartidos por la humanidad.

⁴³ Su célebre frase “toda nación tiene el centro de su felicidad dentro de sí misma”, resume la base de que cada cultura es diferente.

creativas que habitaban inconscientes en cada pueblo que se ponían de manifiesto en creaciones propias de este último (v.gr. su lengua⁴⁴, la poesía, la historia, entre otras) (Espinoza y Saavedra, 2009: 5-6).

Luego, con las propuestas del padre de la antropología norteamericana Franz Boas, de enorme e inmediata influencia para la perspectiva relativista, surge lo que se conoce como “relativismo cultural antropológico”⁴⁵. Los postulados de Boas se basaban –sustancialmente- en que para explicar, estudiar y analizar cada cultura, se debía tener en cuenta sus particularidades e historia, enfatizando así en la noción de identidad y diversidad cultural (Zimmerling, 2004: 94).

Durante el posmodernismo, los axiomas relativistas se erigieron con una latente insistencia mediante diversas aportaciones de antropólogos, como la del estadounidense Clifford Geertz. Su punto central era que la diversidad cultural resultaba del deseo de cada cultura a resistirse a las culturas que la rodeaban. Pese a ello, afirmaba que las culturas no se ignoraban entre sí, sino que -a veces- tomaban prestado costumbres unas de otras, pero para no perecer en algunos aspectos, debían permanecer impermeables, siendo esos aspectos los que las identificaban, los que las hacían atractivas a las demás y que, en consecuencia, la concepción de lo universal se contradecía con la realidad etnográfica, ya que no representaban lo que él denominaba “*consensus gentium*” (Zimmerling, cit.).

Desde el campo de la filosofía, contribuciones como las de Michael Foucault coadyuvaron al desarrollo del relativismo.

Con relación a la historia, Foucault concebía a la misma en contravía total con las formas tradicionales, sin coordenadas lineales –con rupturas y quiebras- ni universales; tampoco creía posible la existencia de principios absolutos o de criterios de fundamentación definitiva⁴⁶. Asimismo, Foucault entendía que el “sujeto”, en tanto individualidad, es una construcción occidental que se encuentra vinculado con los discursos de verdad que fueron colocando al hombre en el centro de sus reflexiones.

Todas estas “donaciones” teóricas han ido retroalimentando el debate que, a partir de 1948, se ha producido entre los derechos humanos y la cultura, entendiendo a los primeros (derechos humanos) como una construcción occidental-etnocéntrica de dominación (Waltz, 2002), nacida del pensamiento de la doctrina francesa iluminista, que afecta la cosmovisión del sujeto respecto de su propio entorno,

⁴⁴ Por sus contribuciones del lenguaje en relación a la cultura es que se lo suele ubicar dentro del “relativismo lingüístico”, corriente ésta que tuvo su origen en las obras del antropólogo-lingüista Edward Sapir, quien alegaba que “las lenguas eran mucho más que códigos que representaban la realidad, sino que, además, nos orientan en la interpretación del mundo”.

⁴⁵ Esta línea de pensamiento nace como reacción al evolucionismo etnocentrista, que definía las diferencias culturales como “el resultado de un conjunto de idénticos niveles evolutivos y progresivos que cada una de las culturas atraviesa a medida que se desarrolla”. Esta postura era defendida -entre otros- por el antropólogo británico Edward Burnett Tylor.

⁴⁶ En ese aspecto, Estrada (2014: 215-217) considera que “Es en la reflexión historiográfica foucaultiana que se encuentra el problema de la verdad como el eje articulador de todo su discurso”.

corporizando en sí mismo prejuicios y que, por consiguiente, cuentan con una aplicabilidad limitada que no considera la naturaleza de la comunidad internacional (Donnelly, 1982: 304-307).

En esta tesitura, podemos decir que una de las posiciones más férreas sobre la cuestión fue la proveniente de la Asociación Americana de Antropología, cuyas críticas a los derechos humanos estaban encaminadas al tratamiento -desde una perspectiva individualista- del sujeto, sin tomar en consideración el contexto cultural que forma la personalidad del sujeto (v.gr. comportamientos, valores morales, etc)⁴⁷; además, consideraban que un cambio jurídico –aunque es un paso importante– no importaba uno cultural, en virtud de que las personas para poder ejercer sus derechos lo debían hacer en sus comunidades respectivas y que no tendrían tal posibilidad, ya que se verían discriminados por el resto.

En esta perspectiva, Hannah Arendt ya advertía la ausencia de realidad de la que carecía la Declaración de los Derechos Humanos, en razón de que los derechos allí plasmados no se irradian en plural, sino sólo en singular, puesto que sólo garantizan el derecho de pertenencia a una comunidad nacional.

Paradójicamente, otra de las críticas que se le formula al universalismo proviene del llamado “relativismo ideológico”, el cual, pese a reconocer validez universal a los derechos fundamentales, admite que se suelen privilegiar dentro de éstos, ciertos derechos respecto de otros. Tal es así que, en algunos rincones del mundo se suelen priorizar a los derechos económicos, sociales y culturales sobre los civiles y políticos, identificando a estos últimos con el individualismo y liberalismo y a los primeros con las ideas socialistas o comunitaristas (Méndez y Cox s/f: 27).

Por su parte, el jurista italiano Lujji Ferrajoli (2006: 17) sostiene que el relativismo cultural y las doctrinas que justifican el anclaje de los derechos humanos a las ciudadanías de los ordenamientos en los cuales están radicados culturalmente, incurren en la confusión de tratar la universalidad⁴⁸ de los derechos como teoría y convención jurídica y el mismo universalismo como doctrina moral. Desde luego, la teoría y la convención jurídica de la universalidad de los derechos fundamentales

⁴⁷ En relación a la cultura de cada individuo, la concepción de los derechos humanos como derechos inalienables e indivisibles, “innatos” para todos los seres humanos, presenta una gran cantidad de complejidades en las culturas comunales, donde los derechos individuales son vistos sólo como deberes que una persona tiene con el grupo, por ejemplo en los denominados “valores asiáticos”, donde los derechos individuales están intrínsecamente entrelazados con los deberes comunales. Otro caso que se manifiesta en torno al carácter comunitario es en las culturas africanas, donde la mutilación genital femenina resulta un requisito indispensable para el matrimonio y un componente esencial del papel tradicional de la mujer dentro de su comunidad, yendo en contramano por ejemplo, con lo establecido por el Programa de Acción de El Cairo, donde se destaca que dicha práctica es una violación flagrante de los derechos humanos. En sí, la connotación individualista que conllevan los derechos humanos, a menudo entran en conflicto con la ética comunitaria que caracteriza a las sociedades tradicionales.

⁴⁸ Aquí se emplea el vocablo “universalidad” siguiendo la línea de razonamiento del jurista. Ello, no obsta a nuestra inclinación por el uso del término “universalismo”, conforme las razones expuestas en la nota al pie 34, apartado 2.

son un producto histórico de la correspondiente doctrina moral, pero no implican su aceptación: no la suponen de hecho, y ni siquiera imponen que se compartan los valores morales que sostienen a los derechos y al principio de igualdad.

Otras voces que se han expresado en contra del “relativismo cultural” observan cómo sus principales argumentos son utilizados por los gobiernos a efectos de eximirse del control internacional y lograr así, impunidad para acciones que atentan contra los derechos y libertades fundamentales de la persona.

4.- Consenso superpuesto

El consenso superpuesto es una explicación alternativa y más moderada que se encuentra entre estos dos puntos de vista extremos.

El término fue acuñado por John Rawls en su desarrollo del “liberalismo político” (Foster y Bradley, 2014: 20), el cual puede observarse como el equivalente político y filosófico de los “diagramas de Venn”⁴⁹, e ilustra cómo los partidarios de doctrinas normativas en conflicto pueden estar de acuerdo de alguna manera con ideas o argumentos particulares.

El concepto de consenso superpuesto proporciona una plataforma para la reconciliación de los reclamos competitivos del universalismo y el relativismo cultural. La aplicación de esta teoría de los derechos humanos revela las discrepancias obvias -así como las similitudes- entre las dos escuelas de pensamiento opuestas.

Por un lado, el estándar universal de los derechos humanos es inalcanzable, ya que diferentes Estados adoptarán inevitablemente diferentes sistemas morales.

Por el otro, la interpretación de los derechos humanos como un producto del imperialismo occidental es inverosímil, porque la idea no se originó en ninguna raíz cultural occidental exclusiva, así como se vio plasmado en el intento de la Comisión de Derechos Humanos, que pretendía la inclusión -permitiendo a todos los Estados miembros de la ONU presentar propuestas-, con más de 50 países contribuyendo a la discusión dirigida por el tercer comité de la ONU en más de 85 sesiones (Waltz, 2001).

El espacio en el que convergen estas dos conjeturas en conflicto (punto de intersección en los diagramas de Venn) es el “umbral de la dignidad del ser humano”. Es decir, aunque esta concepción produce diferentes significados para diferentes Estados, consideramos que el reconocimiento de la necesidad de alcanzar la misma está generalizado en todo el mundo y no vinculado a una cultura particular.

De manera que, el consenso superpuesto captura a las “descuidadas áreas grises” de los derechos humanos y ve más allá de una presentación dicotómica del tema, formando un acuerdo mínimo entre culturas y Estados⁵⁰, expresado en la

⁴⁹ Se utilizan para mostrar gráficamente la agrupación de elementos en conjuntos representados en círculos, que muestran que nada tienen en común, siendo posible su unión mediante las “relaciones de intersección” (elementos comunes), sin cambiar la posición relativa de dichos conjuntos. Son particularmente tema de interés en matemáticas y en el razonamiento diagramático.

⁵⁰ Si bien los conceptos “nación” y “Estado” parecen referirse a lo mismo, conceptual y prácticamente tienen diferencias notables. En lo que respecta a la nación, nos referimos a aquella cuando hablamos

formulación contenida en la Declaración Universal “como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”, pues carece de sentido insistir en el determinismo histórico de los fenómenos culturales y no reconocer la capacidad de todas las culturas de cambiar y adaptarse a nuevas circunstancias y no a algo que se les impone (Waltz, cit).

5.-Conclusión

Lo primero que se debe tomar en cuenta a la hora de analizar las complejidades que presenta el universalismo es que el cuestionamiento deviene de un punto de vista material, de cómo implementan las culturas los postulados de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y no tanto formal, ya que –consideramos- hay un consenso de ideales entre los Estados que forman parte de la comunidad internacional. Así por ejemplo, la “Carta árabe sobre derechos humanos”, en cuyo preámbulo si bien los gobiernos miembros de la Liga de Estados Árabes reafirman su vinculación a la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam, también lo hacen respecto a otros documentos internacionales en los que se consagra la idea universal de los derechos humanos.

Frente a tal panorama, nos encontramos ante la base empírica de que no existe una comunidad moral homogénea en un mundo multipolar, pero sí una dignidad humana que se encuentra latente, cuya esfera simbólica se plasma en cada cultura de manera diferente que, corriendo la suerte de una “deuda pendiente” (una rémora), es, en última instancia, la que permite a esta clase de derechos seguir transitando por el sendero de lo aspiracional (denominado “utopía” para algunos), ajustando así parámetros destinados –especialmente- a aquellos grupos que no se sienten representados por los mismos. Este progreso se ha podido atestiguar por medio de los múltiples instrumentos tutelares en la materia que, con el correr del tiempo, fueron protegiendo a sectores “invisibilizados” de la sociedad (v.gr. comunidades originarias, personas con discapacidad, mujeres, etc), reconociendo –fundamentalmente- en sus enunciados el respeto a las diversas culturas, tal como sucede –entre otros casos- con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece, en su artículo 27, el derecho de las minorías a “disfrutar de su cultura”.

Sobre esa base, cabe decir que esta clase de derechos no se hallan

de “una comunidad humana que comparte rasgos socioculturales, como la lengua, la cultura o la religión”. No obstante, éste es el sentido sociocultural del término; también se le otorga un sentido jurídico-político, que define nación como sujeto político en el que “reside la soberanía constituyente de un Estado”. Mientras que, cuando aludimos a la idea de Estado, hacemos hincapié a la “agrupación humana que vive en un mismo territorio, bajo las mismas normas y la misma autoridad”. Asimismo, la noción de “Estado” representa al “conjunto de órganos gubernamentales y legislativos con los que se dirige un territorio y que han sido reconocidos como tales por los ciudadanos”. Para ahondar sobre este tema, acúdase al trabajo de John Breuilly “Nacionalismo y Estado”, *Reseñas de libros*: 337-340. Disponible en: <https://www.ehu.es/ojs/index.php/HC/article/viewFile/19494/17482>. Fecha de consulta 22 de enero de 2020.

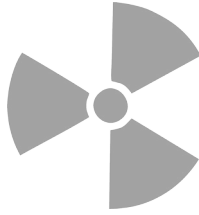
consolidados en su completitud. Y es que los mismos, al ser creaciones culturales, se encuentran inexorablemente sujetos a diversas demandas provenientes de la comunidad internacional. De allí que, entonces, y dado su carácter dinámico, se los debe entender universales en su aspiración más no en su pretensión, puesto el constante proceso de ampliación en el que se encuentran.

Habida cuenta de lo hasta aquí expuesto, estimamos que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 debe ser interpretada como un diseño para proporcionar un estándar común de derechos disponibles para todas las personas y no para prescribir un modo único de conducta correcta. Pues bien, en tal entendimiento, el universalismo resulta ser una expresión de apertura al diálogo intercultural, cuyas bases se sientan –sustancialmente– en el rechazo a las nociones de superioridad como en la aceptación de un enriquecimiento mutuo entre las culturas. Ello, desde ya, resguardando en que no haya posicionamientos extremos que puedan conllevar a los abusos de reservas en los instrumentos internacionales como, tampoco, al despotismo y/o autoritarismo de los gobernantes o del propio sistema normativo.

Bibliografía

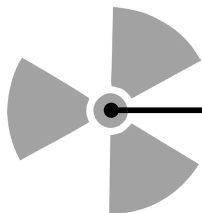
- Bariffi Francisco José (2003). «Negación de los Derechos Humanos: El pensamiento conservador de Edmund Burke», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 6:270.
- Bocco, Rita y Bulankian, Gisela (2010). «Derechos humanos: universalismo vs. relativismo cultural», *Revista Alteridades*, 20:10-11
- Cruz, Heber Tamayo «La globalización, una nueva fase del desarrollo del capitalismo», *Benemérita Universidad Autónoma de Puebla Programa de Estudios Universitarios Seminario Pensamiento Marxista y Sociedad*, México: 2.
- Descartes, Rene (2010). *Discurso del Método* (René Descartes) Edición FGS, Madrid.
- Donnelly, Jack (1982). «Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights», *The American Political Science Review*, 2:304-307.
- Espinoza, Bolívar Augusto y SAAVEDRA, Óscar Cuéllar (2009). «J.G. Herder, filósofo de la historia, reaccionario e innovador», *Revista Casa del Tiempo*, 27:6-5.
- Estrada, José Wilson Márquez (2014). «Michel Foucault y la Contra-Historia», *Revista Historia y memoria*, Universidad Pedagógica y Tecnológica, 8:215-217.
- Ferrajoli Luigi (2006). «Sobre los derechos fundamentales», *Revista Mexicana Cuestiones Constitucionales*, 15:17.
- Foster Greg y Bradley, Anthony (2014). *John Rawls and Christian Social Engagement: Justice as Unfairness*, Editorial Lexington Books, Maryland, United States.
- Habermas, Jürgen (2010). «El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos», *Diánoia*, Volumen LV, número 64.
- Haro, Carlos Brokman. (2007). «Relativismo cultural: evolución de un concepto antropológico ante los derechos humanos», *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, 5:8.

- Kant, Immanuel (2004). *Antropología en el sentido pragmático*, Alianza Editorial Madrid.
- Maya, Belén (2014). «El 'derecho a tener derechos' según Hannah Arendt», *Universitat de les Illes Balears, Estudis de Grau de Filosofia*: 3-6.
- Méndez, Juan y Cox, Francisco(s/f) «Universalidad y relativismo», Biblioteca Corte IDH-IDHH: 27. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r22763.pdf>. Fecha de consulta 30 de abril de 2019.
- Morsink, Johannes (1999). *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, University of Pennsylvania Press.
- Nikken, Pedro (1997). «El concepto de Derechos Humanos», *Seminario sobre Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 1:19-20. Disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1995/seminario-ddhh-habana-1997.pdf>. Fecha de consulta 24 de abril de 2019.
- Peces-Barba, Gregorio (1994). «La Universalidad de los derechos humanos», *Revista Doxa Cuadernos de Filosofía*, 15:615.
- Raffin, Marcelo (2006). *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- Viola, Ana María (2018). «Multiculturalidad y pluralismo jurídico: Nuevas perspectivas para la construcción del discurso sobre los Derechos Humanos», *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 1:22.
- Zimmerling, Ruth (2004). «Los derechos humanos en un mundo globalizado y unipolar. Contra la devaluación conceptual y el cinismo práctico», *Revista Isonomía*, 20:94
- Waltz, Susan (2001). Universalising Human Rights: The Role of Small States in the Construction of the Universal Declaration of Human Rights, *Revista Human Rights Quarterly*: 1.
- Waltz, Susan (2002). “Reclaiming and rebuilding the history of the Universal Declaration of Human Rights”, Vol. 23, *Revista Third World Quarterly*, United States.



DERECHO PRIVADO: PERSPECTIVAS DE DERECHO LABORAL

El art. 24 de la ley de sociedades y la tutela del salario



Santiago Girado
(UNICEN)

Resumen

La Ley 26.994 introdujo un giro copernicano en el régimen de las sociedades que, o bien se constituían fuera del derecho (de hecho), o que por adolecer de algún elemento esencial se erigían como irregulares (aunque, en puridad, solía hablarse de irregularidad como género). Los entes que no adoptaban alguno de los tipos societarios previstos por la Ley, o que fallaban en complementar alguno de sus requisitos sustanciales, obtenían un tratamiento que, si bien admitía su personalidad jurídica, lo hacía en forma precaria.-

Con la reforma, se abandona la idea de irregularidad societaria para hablar de “sociedades simples”, lo que anida, como veremos, en el pleno y útil reconocimiento de la personalidad jurídica de aquellos entes que no adopten alguno de los tipos previstos por el Capítulo II de la Ley General de Sociedades (en adelante LGS) con una óptica muy diferente a aquella de las sociedades irregulares. Todo ello, como veremos, provoca una serie de consecuencias jurídicas que inciden sobre el efectivo cobro de los créditos salariales que el trabajador detente contra la sociedad.

La intención del presente trabajo es analizar las simples sociedades en contraste con la remuneración, obligación nuclear del contrato sinalagmático previsto por la Ley 20.744. Nos preguntamos, ante la falta de pago de salarios (en todo o en parte), ¿cuál es la situación del trabajador dependiente de una simple sociedad?

1.-La simple sociedad en la Ley 19.550.

La reforma de la Ley General de Sociedades (LGS) introdujo cambios positivos con relación a la plena personalidad jurídica de aquellos entes que no adopten alguno de los tipos previstos en el capítulo II del cuerpo legal.

Previo a la reforma, se trataba de un sistema eminentemente cerrado, *desalentador* de la constitución de entes que no adscribiesen a alguna de las tipologías previstas. Se preveían sociedades de hecho (como actuación fáctica carente de

instrumentación) y sociedades irregulares (aquellas instrumentadas pero que, por diversos motivos posibles, no han logrado su inscripción, aun adoptando alguno de los tipos previstos) con un tratamiento prácticamente idéntico que, en suma, confería lo alguna doctrina llamaba *personalidad precaria*. Esto último, entre otros, por los siguientes motivos:

- * No podían ser titulares de bienes registrables.

- * Los socios respondían en forma ilimitada, solidaria y directa (no subsidiaria) por las obligaciones que el ente contrajera con terceros.

- * El contrato social no podía ser opuesto a terceros, así como tampoco entre socios.

- * Cualquiera de los socios representaba a la sociedad.

- * Los socios no podían invocar entre sí derechos o defensas nacidas del contrato social.-

- * Podía disolverse a pedido de cualquiera de los socios.-

A pesar de los “sinsabores” de este tipo de sociedades, su participación redunda en un veinticinco por ciento de la suma de éstas con aquellas que han adoptado los tipos de sociedad anónima y responsabilidad limitada con domicilio fiscal en la Provincia de Buenos Aires. Según informa el sitio oficial de NOSIS⁵¹: Sociedades anónimas con domicilio fiscal en la provincia de Buenos Aires: 87.758; Sociedades de responsabilidad limitada con domicilio fiscal en la provincia de Buenos Aires: 91.257; Sociedades de hecho con domicilio fiscal en la provincia de Buenos Aires: **60.670**.

La sección IV de la LGS abandona el sistema cerrado, dando paso a uno amplio y abierto, con pleno reconocimiento de la personalidad de aquellos entes que no hayan logrado o no hayan querido inscribirse adoptando alguno de los tipos legales.

El primer hito lo encontramos en el nombre de la sección, eliminándose toda referencia a la irregularidad: “De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos”.

La idea de sistema abierto se evidencia en el art. 21 del cuerpo legal: “*La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto por esta Sección*”.

Va su suyo que esta apertura provoca consecuencias valiosas con relación a lo que hoy podemos llamar “simples sociedades”. Abandonando la concepción de sociedad “de facto” para incorporar a los entes al “Derecho” se elimina el sistema disuasivo y se regulan las distintas relaciones que pueden darse dentro y fuera de las mismas.- No es objeto del presente trabajo hacer un análisis exhaustivo del régimen, pero si resulta necesario apuntar algunos de los principales cambios:

- * **Oponibilidad del contrato social (Art. 22 LGS).** El contrato puede ser invocado entre socios y sus cláusulas hacerse valer insularmente. Lo mismo puede decirse con relación a terceros, bajo la condición de que al momento de la

⁵¹ <https://www.nosis.com/es>

contratación o al nacimiento de la obligación, hayan tomado conocimiento efectivo del contrato social.

La oponibilidad del contrato motiva algunas consideraciones:

- Puede preverse un régimen de administración y gobierno de la sociedad, propio de una empresa estable.

- Los socios no pueden pedir (salvo pacto en contrario) en cualquier momento y sin expresión de causa la disolución de la sociedad.

*** Plenitud de la personalidad jurídica.**

La eliminación de toda “precariedad” en la personalidad de las simples sociedades redundará en un verdadero cambio de paradigma tanto concéntrica como excéntrica. Entre sus consecuencias:

- Pueden ser titular de bienes registrables (Art. 23 LGS).

- **Los socios ya no responden en forma ilimitada, solidaria y no subsidiaria frente a las obligaciones que la sociedad haya contraído con terceros.**

En efecto, consecuencia lógica de los cambios introducidos por la reforma es la separación de patrimonios entre el ente y sus miembros integrantes.- Puntualmente, el art. 24 de la LGS ahora reza: *“Los socios responden frente a los terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción, resulten:1) de una estipulación expresa respecto de una relación o un conjunto de relaciones;2) de una estipulación del contrato social, en los términos del artículo 22;3) de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales”*.

Como principio general las simples sociedades responden frente a sus acreedores solo con su patrimonio, sin que pueda agredirse en forma directa el de los socios. Conforme explica Zunino (2018:80)⁵², solo tras la excusión de los bienes societarios podrá avanzarse sobre el patrimonio de sus miembros integrantes, quienes ya no responden en forma solidaria, sino *simplemente mancomunada*. Recién ante la insuficiencia patrimonial de la simple sociedad, podrá dirigirse la acción contra sus integrantes quienes responden ahora en forma simplemente mancomunada (ya no solidaria). Ello viene a fragmentar los créditos adeudados en tantas partes como socios integren al ente (salvo distribución desigual pactada con el tercero o en el estatuto dado a conocer).

Como afirmáramos supra, este tipo de entes (herederos de las sociedades de hecho) se constituían (y constituyen) con suma frecuencia, incluso aun cuando el régimen procuraba su disuasión. Sin llegar a situaciones de fraude, debemos reparar en que el cambio reseñado es un fenómeno reciente y, en ello, los bienes registrables

⁵² “Si bien no menciona expresamente el carácter subsidiario de la responsabilidad de los socios, como sí lo hacía el Proyecto de 0993 (CF), el artículo que nos ocupa deriva naturalmente hacia él por la vía de las normas generales, porque la deliberada ausencia de las limitaciones que contenía el régimen anterior hace aplicable a la simple sociedad el beneficio de excusión previsto en el art. 56, como en todos los casos de sociedades en las que los socios responden personalmente; es decir, con todo su patrimonio. Este criterio reafirma también en este aspecto la plena personalidad jurídica otorgada a la simple sociedad”, (Zunino,2018:80).

empleados en la prosecución del objeto social no siempre están en cabeza del ente.

Nos preocupa entonces evaluar la situación del trabajador que detenta un crédito (reconocido judicialmente) proveniente de la falta de pago de salarios, cuando su empleador es una simple sociedad sin patrimonio suficiente para afrontar la obligación incumplida. La extensión del presente trabajo no hace posible el análisis de la totalidad de los créditos que el trabajador puede reclamar y sus naturalezas jurídicas, por lo que no abordaremos indemnizaciones, agravamientos, multas, etc., ciñéndonos solo a la **tutela del salario**.

En las obligaciones simplemente mancomunadas (art. 825 CCyC) la obligación reconoce una fuente única, pero la prestación debida (sea cual sea) se fracciona en tantas partes como sujetos haya. En este tipo de obligaciones, el acreedor solo puede reclamar la cuota parte de la deuda que corresponde a cada deudor (por ende, la insolvencia de uno perjudica al acreedor).

Conforme el art. 24 de la LGS, el trabajador que ha excutido los bienes de la simple sociedad, solo podría reclamar el o los salarios impagos dividiendo la prestación debida en tantas partes como socios integrantes haya (ello, a su vez, dependiendo de los porcentajes y distribución prevista en el contrato asociativo, si puede probarse que este fue conocido por el trabajador al momento de la contratación⁵³). De este modo, la reforma de la LGS parecería dejar en peor cuadro situacional al acreedor laboral que persigue el cobro de su salario: antes, la solvencia de la sociedad era “*garantizada en forma directa*” por el patrimonio de los socios; hoy, gozan del beneficio de excusión y podrían liberarse con el pago de una fracción de lo adeudado por el ente societario.

Una excepción lógica a la mancomunación simple y sus efectos es la **indivisibilidad**. Si la prestación es indivisible material, convencional o legalmente, la obligación mancomunada se comporta en sus efectos como una solidaria. Descontando características propias, el art. 823 prescribe: “*Las normas relativas a las obligaciones solidarias son subsidiariamente aplicables a las obligaciones indivisibles*” (lo destacado es ajeno al texto legal).

El pago del salario constituye una obligación de dar sumas de dinero (volveremos sobre ello más adelante). En forma aislada, podríamos afirmar que se trata de una prestación divisible; empero, tiene como destinatario a un sujeto de preferente tutela⁵⁴ (el trabajador) quien ha puesto a disposición de un tercero (el empleador) su tiempo y fuerza de trabajo, con el afán de propinarse para sí y su familia los medios de subsistencia, esparcimiento, etc.. **Este dato es susceptible de aportar soluciones propias tuitivas del crédito que nos ocupa.**

⁵³ Si bien no resulta de gran trascendencia a este trabajo, entiendo que este tipo de cláusulas estatutarias, si operan contra Derechos de los trabajadores, no devienen operativas. En el contrato de trabajo no existe una paridad negocial: un proveedor podrá negarse a contratar si la simple sociedad pretende hacerle valer una distribución desigual entre los socios o, en su caso, exigir garantías que superen el escollo; el trabajador solo podrá aceptar al ver su voluntad viciada o condicionada por su natural hipo suficiencia.

⁵⁴ CSJN – “Vizzoti, Carlos A. c/AMSA SA s/despido” – Fallos: 237:636 - Fecha: 14/09/2004

Con ello en mente, y en procura de armonizar el avance que ha constituido en materia societaria la reforma de la sección IV de la Ley 19.550 con los derechos del trabajador, analizaremos el concepto de remuneración sus caracteres, naturaleza jurídica y garantías.

2.-La remuneración: concepto, naturaleza jurídica, caracteres.

Ardua tarea arriesgar un concepto de remuneración. El tema cala tan hondo en el desarrollo y sustentabilidad de un país, son tantos los actores sociales que intervienen, tantas sus consecuencias jurídicas, económicas y sociales, que resulta sumamente difícil esbozar un concepto útil en todo lugar y tiempo. Sobre el tema, señala De Diego (2012:vol. II, 279): *“la remuneración del trabajador dependiente tiene relevancia capital dentro del mundo social económico y político de un país, dentro de su comunidad y de la familia. Rechazar o soslayar esta verdad incontrastable, desde el ángulo gubernamental o desde el llano, es dar la espalda a una realidad que sirve de pilar a más de cuatro quintas partes de la población activa de la argentina, y a proporciones igualmente significativas en los países occidentales. Tan profundas son sus implicancias que las vicisitudes del ingreso son actualmente una preocupación multidisciplinaria, frente a los ciclos asistemáticos que soporta la economía interna, contra las presiones y contingencias propias, y bajo la influencia de la economía internacional”*.

Una definición solo puede darse con un sentido didáctico, parcial y transitorio, dado que el concepto será siempre perfectible.- A los fines del presente trabajo, adoptaremos la definición brindada por Grisolia (2013:2003) quien define, en forma suficientemente amplia, a la remuneración como la *“... principal contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo y constituye la principal obligación del empleador”*. A esta prestación tiene derecho el trabajador por el solo hecho de poner su tiempo y fuerza de trabajo a disposición del empleador, sea que la utilice o no.

El contrato de trabajo es sinalagmático en cuanto genera obligaciones reciprocas para cada uno de los sujetos contratantes. Como ya es conocido (por ser estructural a la rama que nos ocupa), no es un contrato celebrado en paridad ni entre iguales, lo que provoca una fuente intervención del Estado mediante el orden público laboral.

Así, la obligación principal asumida por el empleador (el pago) como la prestación debida (el salario) se invisten con caracteres y garantías supra legales, que tienen por objeto la tutela del trabajador y su núcleo familiar. La doctrina emergente de los más variados actores político-sociales ha extendido la función del salario hacia necesidades que exceden la mera subsistencia; ejemplo de ello encontramos en *Laborem Exercens* (Juan Pablo II) al referirse al salario justo: *“una justa remuneración por el trabajo de la persona adulta que tiene responsabilidades de familia es la que sea suficiente para fundar y mantener dignamente una familia y asegurar su futuro”* (lo resaltado nos pertenece).

En cuanto a su naturaleza jurídica, creemos que se trata de una **obligación de dar**. Pero se trata de una obligación de dar específica y que no se rige (sino en subsidio) por el Derecho Civil, en cuanto está debidamente investida por garantías

constitucionales propias.

Asimismo, dentro de la clasificación clásica de las obligaciones, se trata de una **obligación de dar sumas de dinero**. Obligado reparar en que lo afirmado no escapa a controversia: hay autores⁵⁵ para quienes se trata de una deuda de valor, criterio que derivaría de los principios de justicia social y suficiencia; empero, la jurisprudencia mayoritaria a la fecha, mantiene al pago de las remuneraciones e indemnizaciones laborales como obligaciones de dar sumas de dinero prohibiendo su indexación. Esto último motiva que abordemos la problemática y sus soluciones partiendo desde la obligación de dar sumas de dinero, en aras de encontrar respuestas desde la plataforma dada por la jurisprudencia mayoritaria.

La obligación y su objeto -a diferencia de cualesquier otra- reciben una intensa tutela del orden público laboral que protege: con relación al propio acreedor (el trabajador), al deudor, terceros acreedores del trabajador y terceros acreedores del deudor. Lo apuntado resulta distintivo con relación a las restantes obligaciones preceptuadas por el régimen Civil y Comercial.

Dentro del consenso doctrinario nacional, son caracteres del salario, entre otros:

Patrimonial: ingresa en el patrimonio del trabajador. Esto va de suyo con la obligación de dar que inspira su naturaleza jurídica: cualquier otro tipo de intercambio tornaría gratuito un trabajo que, por excelencia (o imperio) es oneroso.-Ingresado el salario en el patrimonio del trabajador, posee libre disponibilidad sobre el mismo.

Insustituible: el pago del salario no puede reemplazarse por ninguna otra forma de extinguir las obligaciones. De tal modo, y restando supuestos excepcionales que la ley autoriza, no pueden efectuarse obre él deducciones, compensaciones, retenciones, sustituirlo por otro medio de pago, etc.

Dinerario: Por regla general (y decimos regla porque la Ley 20.744 admite excepciones) el salario debe abonarse en dinero, mediante empleo de moneda de curso legal.- Se admite con restricciones un pago en especie (al 20%), lo que plantea, en economía como la nuestra, interrogantes sobre el pago del salario en moneda extranjera.

Alimentario: quienes trabajan en relación de dependencia, así como sus familias, viven de su salario.

⁵⁵ Véase sobre el punto: Formaro, Juan José “El concepto de ‘deuda de valor’ y los créditos laborales” (<https://www.abogadosdesalta.org.ar/noticia/el-concepto-de-deuda-de-valor-y-los-creditos-laborales-autor-juan-jose-formaro#.Xu4kbGj0m70>) y Cornaglia, Ricardo J. – “Sobre la deuda de valor, a mérito de los intereses. Recordando a Norberto O. Centeno” (<http://www.rjcornaglia.com.ar/214.--nota-a-fallo.--sobre-la-deuda-de-valor,-a-merito-de-los-intereses.-recordando-a-norberto-o.-centeno.html>).-

Mediante el salario los trabajadores y sus grupos familiares atienden necesidades básicas, así como no esenciales (desde la concepción de que un salario justo excede de la mera subsistencia). Ello justifica la intensa tutela que la remuneración de los trabajadores recibe alrededor del mundo.

Ya en la encíclica *Rerum Novarum* de León XIII se decía: *“Ciertamente que para establecer la medida del salario con justicia hay que considerar muchas razones; pero, generalmente, tengan presente los ricos y los patronos que oprimir para su lucro a los necesitados y a los desvalidos y buscar su ganancia en la pobreza ajena no lo permiten ni las leyes divinas ni las humanas. Y defraudar a alguien en el salario debido es un gran crimen, que llama a voces las iras vengadoras del cielo. «He aquí que el salario de los obreros... que fue defraudado por vosotros, clama; y el clamor de ellos ha llegado a los oídos del Dios de los ejércitos»”* (lo resaltado nos pertenece).

Es una contraprestación: el salario es y nace de una contraprestación brindada en el marco de un contrato sinalagmático.- El trabajador asume como obligación nuclear poner su tiempo y fuerza de trabajo a disposición del empleador, mientras que este se obliga a pagar el salario en los tiempos y formas impuestos por el orden público laboral.

3.-Remuneración: Principios.

Los caracteres y particularidades de la remuneración que escuetamente hemos enunciado (no es la finalidad de este trabajo hacerlo en forma exhaustiva) descienden de principios y garantías constitucionales que inspiran el Derecho del Trabajo. Tratando de mantener el mayor consenso doctrinario, podemos afirmar que son principios y garantías tutelares del instituto:

Irrenunciabilidad: Principio basal de esta particular rama del Derecho; tal así que suele afirmarse que, en su ausencia, no existe Derecho del Trabajo.

El trabajador no puede renunciar a su remuneración. Se presume (*iure et de iure*) que cuando renuncia a todo o parte, lo hace obrando con un grave vicio en su voluntad.

De modo tal que cualesquier restricción total o parcial que afecte la remuneración en sentido adverso es nula y sin ningún valor.

Inembargabilidad: El carácter alimentario del salario justifica su inembargabilidad dentro de ciertos límites. El trabajador se subordina técnica, jurídica y económicamente con el fin de obtener para sí los medios para su subsistencia y la de su grupo familiar. La embargabilidad de todo o buena parte del salario importa quitarle esos medios; es por ello que sus acreedores solo pueden embargar dentro de ciertos límites máximos que impone el orden público laboral. Campea agregar que en nuestro

ordenamiento jurídico el salario mínimo vital y móvil es el núcleo duro de inembargabilidad (exceptuándose, claro, a los acreedores por deudas alimentarias a cargo del trabajador).

Proporcionalidad: El salario es “la” contraprestación debida por el empleador en el marco de un contrato de prestaciones recíprocas. Esta reciprocidad impone un balance entre las prestaciones de uno y otro lado de la relación jurídica, debiendo el salario ser proporcional a la tarea cumplida y los resultados obtenidos por el empleador (justicia distributiva).

En la realización de este principio intervienen factores tanto insulares a la relación, como así también factores externos (economía, política, mercado, etc.). En la búsqueda de este balance, se ensayan distintos sistemas que implican resultados por rendimiento, salarios fijos, determinaciones mixtas, etc.

Igualdad: Por este principio se persigue la eliminación de todas aquellas discriminaciones arbitrarias entre trabajadores.- Se lo suele enunciar como “igual remuneración por igual tarea de igual valor”.

Tanto la nuestra legislación interna, como aquella convencional persigue copiosamente la eliminación de toda forma de discriminación sea por de sexo, religión, raza, ideas políticas, etc.

Intangibilidad: La garantía de intangibilidad del salario, supone la elaboración de políticas y medios técnico-jurídicos que aseguren el pago íntegro y oportuno del salario. Afirma De Diego (2012:vol. III, 422) que la intangibilidad es una propiedad intrínseca de la remuneración, que persigue evitar al trabajador quitas, esperas, diferimientos, en procura de la percepción íntegra de su salario.

El convenio 95 de la OIT, ratificado por Argentina, incluye varios medios técnicos para la efectivización de esta garantía. Entre ellos, en su art. 6º dispone: “*Se deberá prohibir que los empleadores limiten en forma alguna la libertad del trabajador de disponer de su salario*”⁵⁶.

Justicia: El 14 bis de la Constitución Nacional impone que la retribución del trabajador debe ser “justa”, siguiendo la doctrina social de la Iglesia.- Enseña Rodríguez Mancini (2010:vol. I, 496) que un salario justo tendrá las siguientes características: “*ser suficiente para proporcional un nivel de vida digno al trabajador y su familia; corresponderse con la efectiva aportación del trabajador a la producción; guardar proporción con las condiciones económicas de la empresa; respetar el bien común de la comunidad por tratarse de una de las principales*

⁵⁶ En su versión auténtica (inglés): “*Employers shall be prohibited from limiting in any manner the freedom of the worker to dispose of his wages*”.-

causales de distribución del ingreso, y responder a las exigencias del bien común universal, tales como la de evitar la competencia desleal entre los distintos países en materia de expansión económica; favorecer la colaboración entre las distintas economías nacionales y cooperar al desarrollo económico de las comunidades más pobres”.

En sentido aristotélico es dable afirmar que la justicia en la retribución no es solo distributiva (prestaciones cualitativa y cuantitativamente proporcionales), sino también correctiva. Cumplida la prestación por el trabajador (quien como sabemos adelanta la suya) se impone el cumplimiento del cocontratante. Enseña Golsdchmidt (2005:376) que esta segunda especie de justicia aristotélica *“tiende a lograr que cada uno de los hombres que se encuentran en una relación, se halle con respecto al otro en una condición de paridad, de tal modo que ninguno dé, ni reciba, más ni menos”.*

Con lo hasta aquí reseñado, procuraremos en el acápite siguiente encontrar una respuesta que armonice los institutos en juego.

4.-Responsabilidad de los socios: ¿La obligación de pagar el salario y su prestación, son divisibles?

Previo a entrar en el meollo de esta cuestión, creemos valioso recordar que la reforma de la LGS es un avance jurídico, flexibilizando la creación de personas jurídicas con personalidad plena, que ahora serán titulares de los bienes registrables necesarios para la consecución de su objeto social.

Ello justifica la solución brindada por el cuerpo legal en lo tocante a la responsabilidad de los socios. Las sociedades simples pueden (y deben) poseer bienes suficientes para el cumplimiento de su fin. En caso de que ello no suceda, si la sociedad es solo un medio para técnico para frustrar derechos de los trabajadores (fraude), las soluciones clásicas de extensión de responsabilidad se mantienen incólumes.

Abandonando estas cuestiones, creemos que la solución brindada por la norma **no resulta de aplicación** cuando el acreedor es un trabajador que persigue un crédito por salarios omitidos (total o parcialmente). Adelantamos entonces que, para nuestra visión, no es dable fraccionar la prestación alimentaria adeudada en tantas partes como socios tenga la simple sociedad insolvente (recordemos la excusión previa). Varios son los motivos que nos llevan a esta conclusión:

Desde nuestra Carta Magna, el principio de retribución justa erige un obstáculo a la divisibilidad de la prestación debida cuando se trata de salarios. La remuneración no es sino la contraprestación por una obligación cumplida: el trabajador pone a disposición su tiempo y fuerza de trabajo (los que no puede usar para sí) a favor del empleador quien recibe la prestación asumiendo el compromiso de pagar, vencido cierto plazo futuro y cierto (salvo excepciones), el salario.

La justicia correctiva impone equilibrar las prestaciones entre los sujetos co-contratantes, de modo tal que cada uno reciba lo que, en puridad, le es debido. Un

pago liberatorio parcial de quien se ha servido de la actividad creadora del hombre (así no sea en forma directa, sino indirecta en cuanto socio de un emprendimiento común) provoca una subversión normativa con relación al valor justicia el cual, entonces, no se realiza. Vale recordar la ya citada frase de León XIII en la encíclica citada ut supra: “Y defraudar a alguien en el salario debido es un gran crimen, que llama a voces las iras vengadoras del cielo”.

El principio de “retribución justa” exige el **cobro íntegro e incondicionado** de la prestación debida al trabajador dependiente, sujeto débil de la relación contractual, destinatario de una tutela superlativa.-

Los instrumentos internacionales incorporados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional incorporan la remuneración a los derechos humanos.- Podemos citar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 61 y 71), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 51 inc. e) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11 inc. 11.d).

Sin dudas el salario ha preocupado a la comunidad internacional toda, elevándolo a la categoría de derecho humano, sin el cual resultaría imposible la realización de la Justicia Social.

La noción ya aparecía en 1919 en la Declaración de Filadelfia: “(d) adoptar, en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección” (lo resaltado nos pertenece).

La Corte Nacional, en los autos “Pérez c. Disco”⁵⁷ pronunció: “De consiguiente, así como es indudable que ‘salario justo’, ‘salario mínimo vital móvil’, entre otras expresiones que ya han sido recordadas, bien pueden ser juzgados, vgr., en punto a la relación adecuada entre los importes remuneratorios y las exigencias de una vida digna para el empleado y su familia, también lo es que, además de ello, el salario se proyecta con pareja intensidad a otro costado de la dignidad del trabajador. Se trata, en breve, de que es preciso y necesario que a la persona trabajadora le sea reconocido, de manera tan plena como sincera, que se ha ‘ganado la vida’ en buena ley, que toda ganancia que obtiene del empleador con motivo o a consecuencia del empleo, resulta un salario, i.e., una contraprestación de este último sujeto y por esta última causa. Y si mortificar la dignidad de la persona implica, en general, hacerlo del fundamento definitivo y fuente de los derechos humanos (‘Aquino’, cit., p. 3777), tal agravio se vuelve más que patente cuando interesa a la dignidad del trabajador subordinado, habida cuenta del encarecimiento que formula al respecto el bloque de constitucionalidad (‘condiciones dignas [...] de labor’ -art. 14 bis-, ‘condiciones de existencia dignas para [los trabajadores] y para sus familias’ -PIDESC, art. 71 inc. a. ii-, *italicas agregadas*; asimismo: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -art. XIV- y Declaración Universal de Derechos Humanos -art.23-). Sólo es calificable de ‘trabajo

⁵⁷ CSJN – “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A” - Fallos: 332:2043 – Recuperado de: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJP.html?idDocumento=6718781&cache=1592566305856>

digno', el que 'respete los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de [...] remuneración" (Observación general n° 18..., cit., párr. 7)".

Tratándose de un derecho humano fundamental, vinculado a la dignidad del hombre, su oponibilidad no es solo con relación a los Estados (obligados a velar por su realización) sino que se extiende a particulares (doctrina del *Drittwirkung*): "En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 18/03, párrafo 140, ha señalado que 'en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares' (idem 'Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A', Fallos: 333:2306, esp. 2313/2315)"⁵⁸.

Así, en aras de su plena realización, los convenios sobre derechos humanos obligan a los Estados a ajustar su legislación y criterios, a la par que exigen de los particulares obrar en su máximo respeto.

Es menester recordar la recomendación nro. 202 de la Organización Internacional del Trabajo (sobre los pisos de protección social), que exhorta a los Estados a garantizar una "seguridad básica del ingreso" que asegure el acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional.

En suma, el salario por sus distintas incidencias (morales, previsionales, económicas, alimentarias, etc.) es tutelado por múltiples fuentes del Derecho Internacional. Indisolublemente unido a la dignidad humana, difícil pensar la convivencia de aquel con la divisibilidad en el pago de su cuantía, en los términos del art. 24 de la LGS.

En consonancia con el principio de justicia, y como derivación razonada de él, debemos detenernos en el de intangibilidad. El salario tiene carácter alimentario y por ello la obligación, como su prestación extintiva, no admite divisibilidad.

Conforme el art. 814 inc. "a" del Código Civil y Comercial, son indivisibles aquellas obligaciones en las que la prestación no puede ser *materialmente dividida*.- El precepto refiere a la *divisibilidad funcional* y no a la puramente física; enseña Ossola (2017:455)⁵⁹ que se trata de un **criterio jurídico** que se erige en categorías jurídicas y no fenomenológicas.

En el marco de la Ley 20.744, el despliegue de este principio se encuentra, concreta y literalmente, en el art. 130 de la Ley de Contrato de Trabajo: "*El pago de los salarios deberá efectuarse íntegramente en los días y horas señalados*" (lo destacado es

⁵⁸ CSJN - "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros si amparo" – Fallos: 337:611 – Recuperado de: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7113781&cache=1592566625859>

⁵⁹ OSSOLA, FEDERICO A. – "Derecho Civil y Comercial" (Julio César Medina, Graciela Medina, directores) – Editorial Abeledo Perrot, 1ª edición, año 2017 – Tomo de Obligaciones, Pág. 455.-

ajeno al texto legal). El texto de la norma no es otra cosa que la consagración de los principios de justicia e intangibilidad, que confieren naturaleza de prestación indivisible a aquella por la cual el empleador se libera de su obligación nuclear. Explica Del Bono (2013): *“La norma bajo análisis es una expresión del principio de integridad del pago, y de aquella regla del Derecho Civil conforme con la cual el acreedor no está obligado a recibir pagos parciales (conf. art. 742 y cctes. Cód. Civil). En este caso se explicita la obligación del empleador de cumplir su débito salarial en forma total y dentro de los plazos legales. Cuando no obstante esta prohibición legal, se verifican ‘pagos parciales’ de salarios, ellos deberán ser conceptualizados como ‘pagos a cuenta’ en los términos y con los alcances previstos para tal situación por el art. 260, LCT”*.

Motivos de síntesis evitan proseguir con otras ponderaciones, siendo estas las principales que sustentan nuestra visión. Resultando el pago de la remuneración una **obligación indivisible**, al igual que su prestación, el art. 24 de la LGS no es óbice en el reclamo del trabajador: podrá reclamar su acreencia de cualesquiera de los socios (independientemente de las acciones que puedan surgir entre sí) en su totalidad.

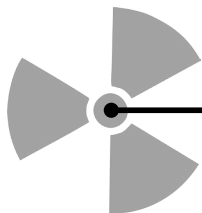
La solución propuesta armoniza el respeto a la personalidad del ente societario con los derechos del trabajador: a diferencia del pasado, este deberá excutir los bienes de aquel para, ante su insuficiencia patrimonial, reclamar su crédito a las personas físicas que la integran.

Todo ello redundará en un aumento de seguridad jurídica, evitando la proliferación eventual de sociedades simples que tengan en mira puramente la simple mancomunación de las deudas laborales contraídas por el ente. Los socios podrán acordar contractualmente como afrontar internamente esta obligación, en qué medida y con qué acciones, en cuanto el contrato es plenamente oponible entre sí.

Bibliografía

- De Diego, J. A. (2012). *Tratado de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires. Editorial La Ley.
- Del Bono, C. M. en Rodríguez Mancini, J. (2013). *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*. Ed. Digital (Proview). Buenos Aires. Editorial La ley.
- Goldschmidt, W. (2005). *Introducción Filosófica al Derecho. La teoría Trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. Ed. 7ma. Buenos Aires. Editorial Lexis Nexis.
- Grisolía, J. A. (2013). *Tratado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot.
- Ossola, F. A. (2017). *Derecho Civil y Comercial. Obligaciones*. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot.
- Rodríguez Mancini, J. (2010). *Derecho del Trabajo*. Buenos Aires. Editorial Astrea.
- Zunino, J. O. (2018). *La simple Sociedad*. Buenos Aires. Editorial Astrea.

¿Justa composición? La conciliación y la transacción en el proceso laboral



Nicolás Gustavo Islas
(UNICEN)

Resumen

La terminación del proceso laboral por medios autocompositivos, abarca un gran abanico de posibilidades (desistimiento, allanamiento, deserción, transacción, caducidad, etc). Dado lo mencionado, en el presente trabajo solo nos centraremos en el análisis crítico de la conciliación y la transacción en el ordenamiento procesal laboral de la Provincia de Buenos Aires, que en estos momentos se encuentra regulado por dos normas procesales (la ley 11.653 regula el tema en el art 25 y la ley 15.057 lo regula en su art 30).

Si bien ambas leyes procesales refieren a la conciliación como establece Formaro (2009) *“en puridad conceptual también está receptando la transacción, pues si bien la norma denomina conciliación a la presentación escrita que efectúan las partes, como veremos se está en ese campo fuera del ámbito de esta última, y dentro de la primera, pues no existe intervención de los jueces en la conformación del acto (sino simplemente posterior, al tiempo dela homologación)”*.

Frente a lo mencionado se debe tener en cuenta que el proceso laboral se rige por la particularidad de la protección del trabajador y, para ello el art. 15 de la ley 20.744 establece ciertos requisitos: intervención de autoridad judicial o administrativa y resolución fundada que acredite la *justa composición* de los derechos e interés de las partes.

Asimismo la ley “anti evasión” (ley 23.545) agrega la obligación, en los casos de nula o dudosa registración, de dar intervención a la AFIP, y establece que la sentencia de homologación que otorga la autoridad de cosas juzgada entre las partes, no es oponible a los organismos recaudadores.

El quid de la cuestión radica en la *“justa composición”*, ya que encontramos variadas opiniones, desde quiénes interpretan el concepto estrictamente, por aplicación casi total del principio de irrenunciabilidad, convirtiendo las homologaciones “casi” en sentencias de allanamiento, hasta aquellos que establecen que son diversas las cuestiones a analizar (oportunidad, tasa de interés, mora

judicial, riesgo de insolvencia, etc...) teniendo siempre en mente el caso concreto (Rodríguez y Sachet, 2019: 136).

Dado lo mencionado, en el presente trabajo se abordara una postura intermedia, analizando cuales son aquellos factores técnicos/jurídicos que definen la justa composición.

1.-La conciliación

La conciliación para nuestra legislación actual es uno de los modos anormales de terminación del proceso, el cual exige la voluntad concurrente de las partes para lograr la finalización del mismo.

Como se mencionó la ley también recepta la transacción, la que se distingue de la conciliación. La transacción es definida como “un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio o para poner fin, haciéndose concesiones reciprocas extinguen obligaciones dudosas o litigiosas” (Código Civil y Comercial de la Nación, art. 1641).

El Código Procesal de la Prov. de Buenos Aires regula la conciliación en el art 309, aunque solo respecto de sus efectos. Allí la define como un acuerdo celebrado por las partes ante el “juez”. Aquí se asimila al art 308, que regula la transacción, refiriéndose a la presentación de un acuerdo, Por lo tanto se concluye que para el Código Procesal la transacción es el acuerdo que se forma por fuera del litigio y que posteriormente se lo presenta para ser homologado, mientras que en la conciliación el acuerdo debe ser logrado en el mismo proceso pero ante el “juez”.

2.-El problema del prejuizgamiento

La conciliación es tal, entonces por la intervención del tribunal y aquí surge la duda del prejuizgamiento. El tribunal debe ser cuidadoso de no incurrir en él, aunque sin embargo esto no implica que la intervención deba limitarse a invitar a las partes para que ellas mismas solucionen sus diferencias, sin permitirle proponerles una fórmula de avenimiento. No obstante, el tribunal no debe adelantar su opinión sobre la decisión que oportunamente podría tomar. Dentro de límites razonables de su papel de juzgador (tercero imparcial), podrá suministrar a las partes las orientaciones necesarias para canalizar el acuerdo. (Formaro, 2009).

Se debe aclarar que los jueces del tribunal, no integran el acto de la conciliación, sino que como tercero lo alientan/propician/fomentan, para que aquel se perfeccione como un acuerdo bilateral, suscribiendo las partes el acta pertinente donde se volcara la solución. (Morello- Sosa- Berizonce: 1999).

3.-La oportunidad para conciliar

Ahora bien, el art 30 de la ley 15.057 sostiene que “con posterioridad a la audiencia preliminar que ordena el artículo 38, el Juez podrá intentar la conciliación, sin demorar el curso del proceso. Igualmente, salvo disposición en contrario de las normas aplicables al caso, en cualquier estado del proceso, las partes también podrán conciliar el juicio mediante presentación escrita del acuerdo para su homologación o

su presentación espontánea a primera audiencia. De arribarse a la conciliación total o parcial, dentro de los cinco (5) días siguientes el Juez se pronunciará homologando o no el acuerdo y podrá eximir a las partes, si estas lo solicitaren, del pago de tasas. La homologación producirá los efectos de cosa juzgada.”. El artículo regula dos tipos de conciliación separados fundamentalmente por la oportunidad a partir de la cual puede llegarse a un acuerdo. El primer supuesto se encuentra en “el juez podrá intentar la conciliación, sin demorar el curso del proceso”, el segundo está en “las partes también podrán conciliar el juicio mediante presentación escrita o presentación espontánea a primera audiencia”.

El primer supuesto contempla que el juez recién podrá hacerlo con posterioridad a la audiencia preliminar establecida en el art 38 (ley 15.057), es decir que el juez solo podrá ordenarla una vez trabada la litis y resueltas las excepciones de previo y especial pronunciamiento, si las hubiera.

El segundo supuesto supone que las partes en cualquier momento del proceso pueden conciliar mediante presentación escrita o presentación espontánea a primera audiencia. Esto quiere decir que, aun antes de la audiencia fijada en el art 38 y con tal que lo sea después de la interposición de demanda (que es la presentación que le da origen al juicio), incluso después de dictada la sentencia definitiva (siempre y cuando no quede firme) las partes podrán conciliar los derechos litigiosos en juego (Rodríguez y Sachet, 2019).

Dado lo mencionado anteriormente, la conciliación entre las partes podrá concretarse, “salvo disposición en contrario de las normas aplicable”, como puede suceder con las prestaciones derivadas de la LRT (Ley de Riesgos del Trabajo), o de las sanciones que apliquen el principio de irrenunciabilidad.

En ambos casos la conciliación puede ser total o parcial (párrafo 3° del art 30, ley 15.057). Se confirma aquí, sin lugar a dudas, que la litis puede ser parcialmente compuesta de este modo, es decir conciliar solo algunas de las pretensiones. Frente a las conciliaciones parciales, el proceso no acaba sino que continúa respecto de las pretensiones por las cuales no se acordaron. Ello nos lleva a plantearnos que en este tipo de conciliaciones, no llegaríamos a la extinción del proceso, sino que solo lo haríamos respecto de las pretensiones conciliadas.

4.- La homologación y sus requisitos

Para que la conciliación logre sus efectos, como modo de terminación del proceso, debe integrarse a una resolución judicial homologatoria. La homologación es la aprobación que da el tribunal al acuerdo realizado por las partes, como lo afirma Formaro (2009); “En puridad, la sentencia homologatoria da validez (art. 15,LCT) al acuerdo conciliatorio (es una aprobación integradora imprescindible),pero no decide el litigio si se entiende esto último solamente desde la óptica del tratamiento particular de las cuestiones de fondo y el dictado de una resolución al respecto. Es que el tribunal examinará si el convenio versa sobre derechos disponibles y naturalmente objeto del juicio, efectuando una verificación profunda del contenido,

regularidad y esencia del acto. Dicha homologación poseerá así los efectos propios de una sentencia definitiva: imperatividad y cosa juzgada. Es desde allí-desde los efectos y no desde los temas abordados- que la homologación se equipara a la sentencia.”.-

Respecto a los plazos, la homologación, o su rechazo, debe resolverse dentro de los 5 días siguientes a la presentación del acuerdo. Y esto es así porque, a diferencia de lo que ocurre en los juzgados civiles, donde el orden público rara vez se inmiscuye en estos tipos de acuerdos, el juez de trabajo debe analizar si se cumple o no con recaudo de la “justa composición”

5.- “Justa composición” ¿Es un parámetro fiable?

La Ley de Contrato de Trabajo (LCT) en su art 15 regula los alcances de la conciliación, esto se da porque la ley debe tutelar al trabajador y cuidar con recelo el orden público y el principio de irrenunciabilidad. En su primer apartado el artículo mencionado expresa: “Los acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios sólo serán válidos cuando se realicen con intervención de la autoridad judicial o administrativa, y mediante resolución fundada de cualquiera de ésta que acredite que mediante tales actos se ha alcanzado una justa composición de los derechos e intereses de las partes.”.

La homologación del convenio, es un juicio de valor, ya que su aprobación tiene idénticos efectos a los de la sentencia que evita. Como juicio de valor no puede ser abstracto, pues sería solo ilusorio (acto interno del magistrado e inasequible). Así que para tener validez, la conciliación requiere de un acto expreso y constitutivo del órgano jurisdiccional del trabajo; y esta es una decisión del juzgado/tribunal que tiene que “analizar y evaluar” el mérito y la legalidad del acuerdo que proponen las partes (arts.15, LCT. y25, ley 11.653).

De lo expresado surge entonces, que el acto homologatorio debe revestir los caracteres que la norma impone (resolución fundada que acredite “justa composición”) y no solo cumplir con un lacónico “homologose” o “mediante el acuerdo se ha alcanzado una justa composición de los derechos e intereses de las partes”.

Ahora bien ¿cuáles son los elementos que el juez debe tener en cuenta a la hora de dilucidar en cada caso concreto si se arribó o no a una “justa composición”?

El concepto de “justa composición” no es fácil de definir. A raíz de ello separare su análisis en dos aspectos: en primer lugar, tomare las opiniones doctrinales que han surgido, y en segundo lugar, los aportes jurisprudenciales.

Para Dowhaluk, la “justa composición” se vincula con la equivalencia en la concesión entre ambas partes involucradas, equivalencia que se controla por la exigencia que en el ámbito laboral suponen los derechos irrenunciables. Se puede colegir que la determinación de la “justa composición” solo se basa en las pretensiones del empleado como resarcimiento en dicha disputa, y no necesariamente se sostiene por la equidad y protección de los derechos laborales (Dowhaluk, 2012). Dicho esto

podríamos afirmar que el empleador puede sugerir un resarcimiento sin tener en cuenta los derechos protegidos. He aquí donde el juez debe corregir y equiparar la desigualdad entre las partes. Dowhaluk (2012) sostiene: “finalmente, la única manera que tiene el judicante de valorar que con el acuerdo no se prive al trabajador de un derecho que la ley declara irrenunciable es, justamente, contando con todos los elementos de juicio necesarios para emitir una resolución judicial válida (fundada)—en la especie, el susodicho dictamen pericial—, porque, al menos que sepamos, no existen jueces adivinos y están obligados a dar en sus sentencias razones suficientes de sus decisiones (CSJN, Fallos, 236:27; 238:499; 274:260; entre otros)”.

Maza en una opinión más realista, afirma que, es difícil establecer la justa composición, y esto se debe a que la decisión del juez no puede ser exacta y lo justo en la cosa juzgada no es certero. Para este autor la dificultad principal está en la falta de normas o reglamentos que definan que es la “justa composición” de derecho e intereses. Expresa: “no hay reglas protocolizadas en esta materia y la norma ha dado un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad que interviene para decidir si el acuerdo luce o aparenta ser justo -en rigor, no hay manera de que lo sepa con exactitud- según su experiencia y datos adicionales como los mencionados. Si la autoridad considera que el convenio reúne tales recaudos puede homologarlo, y con ello, por imperio de la ley, le da fuerza de cosa juzgada. El reclamo no podrá volver a plantearse y el pacto es ejecutable como si fuera una sentencia. En cambio, si la autoridad interviniente estimare que el acuerdo no es equitativo, denegará la homologación, sin necesidad de expresar más que la opinión de que no lo juzga como una justa composición de los derechos e intereses de las partes” (Maza, 2011).

Siguiendo estos lineamientos, Avila Ricci sostiene la necesidad de evaluar la “justa composición” a través de diferentes factores o elementos a decir: la verosimilitud del reclamo, su viabilidad en cuanto a las pruebas que se presentan, los precedentes judiciales y el tiempo estimado de duración del pleito. Este autor sostiene que existe un “juicio” de la “justa composición” y que el mismo no es un proceso intelectual fútil ni sencillo, ya que en muchos casos quien debe cumplirlo no cuenta con elementos suficientes para advertir si el derecho o su posible prueba son o no dudosos (Avila Ricci, 2013). Asimismo, se debe tener en cuenta todos los elementos debidamente presentados, puesto que cualquier factor externo que no se halle conformando la causa, será considerado para dar nulidad a la homologación. Éste requisito se asocia directamente con la presunción de mantener la buena fe en cualquier acuerdo extintivo laboral.

Por otro lado, en una postura más amplia, De Fazio, afirma que puede dilucidarse la “justa composición” desde la siguiente premisa: “darle a cada uno lo que le corresponda”. Sin embargo, como ya hemos dicho que esto vuelve abstracta la definición y volvemos a caer en las ilusiones de lo que cada juez cree en su interior que es lo justo. Por ello, para De Fazio es importante mencionar que no todo objeto de negociación puede ser objeto de litigio y por ello, un litigio debe reunir diferentes elementos probatorios, como los que precisaba Ávila Ricci (2013) *ut supra*.-

De lo mencionado podríamos decir que surgen dos posturas respecto a la “justa composición” en la homologación: quienes sostienen que el acuerdo que es presentado con las formalidades legales, es válido y debe ser homologado; y quienes esgrimen que lo justo se determina si las recompensas por las actividades laborales han cubierto suficientemente las necesidades del trabajador.

Por lo mencionado De Fazio (2013) manifiesta que: “efectivamente el derecho ofrece un criterio mucho más sencillo para determinar cuándo es que las partes arribaron a un acuerdo —justo—. Este criterio es conocido desde antaño por la dogmática jurídica y dice que debe garantizarse una relación de proporcionalidad entre los bienes en conflicto”. Desde esta perspectiva se puede entender que la justa composición” pretenderá compensar, de la mejor manera posible, todas aquellas concesiones que el trabajador renuncie en el litigio, esto es, proporcionar o equilibrar sus beneficios dentro de un contexto de clara desventaja. Es decir las contraprestaciones deben ajustarse a las renunciaciones que realiza el trabajador.

Por otro lado, autores como Babio (1996) sostienen que se debe distinguir entre “derecho” y “pretensión”, esgrimiendo que mientras los derechos son irrenunciables, ya que así lo dispone la norma que los instituye o genéricamente por imperio del art. 12 de la LCT, las pretensiones que abarcan al objeto requerido en la demanda, pueden contener un derecho subjetivo que será reconocido o no recién en la sentencia, por lo cual, mientras se mantenga en la categoría de derecho dudoso o litigioso, puede ser objeto de transacción sin violentar el art 12 de la LCT. Agregan que, conforme el art 1671 del CCyCN sólo pueden ser objeto de la transacción “obligaciones dudosas o litigiosas” (Rodríguez y Sachet, 2019).

A continuación desarrollare un análisis jurisprudencial para finalizar con una conclusión que aporte una unión entre lo esgrimido por la doctrina y la jurisprudencia.

En el caso “Guzman, Ivan Alfredo c/Ventura, Mario Angel y ots. p/despido”⁶⁰, se determinó que se encontraba cumplida la justa composición de derechos e intereses, por lo que se homologó el acuerdo transaccional entre las partes. Los fundamentos por los que se determinó la justa composición en el pleito radicaron en que, aunque las medidas probatorias hayan caducado al momento de comparecer el convenio entre demandante y demandado, en el acuerdo no se habían visto vulnerados los derechos amparados por la LCT, principalmente en lo que expone el art. 12. esto es no se transgredieron normas de orden público. Además, si bien el mutuo consenso de la transacción resultaba de manera voluntaria y espontánea, son las garantías de los derechos y su preservación lo que avala la homologación, y en mayor parte gracias a ello, se otorgó mérito a la justa composición de los mismos, dado que ante la anulación de la demanda inicial, la conciliación resultaba adecuada y sin perjuicios para quien demandó.

En el fallo “Cherny, Pablo Leonardo c/Xerox Argentina ICSA s/despido”⁶¹

⁶⁰ Sala Unipersonal No. 2 de la Excma. Primera Cámara del Trabajo, de Paz y Tributaria de la Tercera Circunscripción Judicial de Mendoza, -Guzman, Ivan Alfredo c/Ventura, Mario Angel y ots. p/despido, audiencia pública del 2/02/2017.

⁶¹ CAUSA 4.720/07 - “Cherny Pablo Leonardo c/Xerox Argentina ICSA s/despido” - CNTRAB -

(2007) se afirmó: “El art. 15 de la LCT solo reconoce validez a los acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios realizados con intervención de la autoridad judicial o administrativa y siempre que mediante resolución fundada de cualquiera de estas que acredite que se ha alcanzado una justa composición de los derechos e intereses de las partes, lo que impone respetar dos principios liminares del derecho del trabajo, como son el de irrenunciabilidad y orden público. Por ello, no puede homologarse el acuerdo cuando el derecho del trabajador surja de hechos reconocidos por el empleador, cuando con el acuerdo se vulneren normas de orden público o se dejen sin efecto derechos irrenunciables. (Del voto de la mayoría) ”. Acorde a lo aquí expuesto, la justa composición de intereses y derechos se vincula directamente al respeto a los principios laborales, siendo claves los principios de irrenunciabilidad y de orden público.

Otro fallo importante es “Abogado, Cintia Eliana c/Teletech Argentina S.A. s/despido”⁶² (2015) representó una distinción de otros fallos sobre la justa composición, ya que la homologación del acuerdo pretendido no respetaba el orden público. La decisión de los jueces fue desestimar la homologación ya que el monto referido al período laboral de la actora excedía el monto concretable por el organismo, incumpliendo con sus derechos como tercero.

De lo expresado en los párrafos precedentes podemos concluir que, la doctrina indica que la validez del acuerdo depende necesariamente de la justa composición, y que tal figura mantiene el orden público. La doctrina resalta la proporcionalidad entre las renunciaciones del trabajador frente a las contraprestaciones en el acuerdo, ya que el trabajador es un sujeto de especial protección para la LCT. Este equilibrio o proporcionalidad, entre las concesiones y las recompensas en el acuerdo, debe ser indagado, analizado e investigado por los jueces, aunque, pero que dado lo abstracto de la “justa composición”, ellos no deben considerarse ser responsables de lo que el derecho no aclara, ya que de este equívoco se derivan las aplicaciones desiguales de la norma.

Como se menciono, los elementos que la doctrina menciona como orientadores (la verosimilitud del reclamo, su viabilidad en cuanto a las pruebas que se presentan, los precedentes judiciales y el tiempo estimado de duración del pleito) tienen el fundamento y objeto de guía a los juristas.

Respecto a lo analizado en los diferentes fallos, podemos colegir que no se ha fijado un criterio unívoco de “justa composición”, sino que se realizaron diferentes consideraciones teniendo en cuenta, en cada caso, las cuestiones fácticas de cada relación laboral y cuáles eran los elementos legales técnicos. Si es de destacar que, de lo analizado, la jurisprudencia pone énfasis en el orden público laboral y en el principio de irrenunciabilidad como pilares a la hora de fundamentar la justa composición.

SALA III - 30/04/2009

⁶² “Abogado, Cintia Eliana c/ Teletech Argentina S.A. s/ despido” – CNTRAB – SALA V – 24/09/2014

Podríamos decir, que en la actualidad los jueces cuentan con una gran discrecionalidad a la hora de decir si hay o no “justa composición”, y esto conlleva a que cada tribunal/juzgado tenga sus propios criterios. Ante ello es tema de este trabajo tratar de dilucidar cuales pueden ser los elementos técnicos que generen certeza respecto de la “justa composición”.

Antes de definir estos elementos, realizare un breve análisis sobre un sujeto que no ha sido mencionado hasta ahora, pero que tiene gran relevancia en los casos de trabajo no registrado, deficientemente registrado o cuando se adeudan aportes. Estos sujetos son organismos recaudadores.

6.- AFIP y ANSES, dos organismos olvidados en las conciliaciones

El art 15 de la LCT, establece “Sin perjuicio de ello, si una o ambas partes pretendieren que no se encuentran alcanzadas por las normas que establecen la obligación de pagar o retener los aportes con destino a los organismos de la seguridad social, o si de las constancias disponibles surgieren indicios de que el trabajador afectado no se encuentra regularmente registrado o de que ha sido registrado tardíamente o con indicación de una remuneración inferior a la realmente percibida o de que no se ha ingresado parcial o totalmente aquellos aportes y contribuciones, la autoridad administrativa o judicial interviniente deberá remitir las actuaciones a la Administración Federal de Ingresos Públicos con el objeto de que la misma establezca si existen obligaciones omitidas y proceda en su consecuencia. La autoridad judicial o administrativa que omitiere actuar del modo establecido en esta norma quedará incurso en grave incumplimiento de sus deberes como funcionario y será, en consecuencia, pasible de las sanciones y penalidades previstas para tales casos. En todos los casos, la homologación administrativa o judicial de los acuerdos conciliatorios, transaccionales o liberatorios les otorgará la autoridad de cosa juzgada entre las partes que los hubieren celebrado, pero no les hará oponibles a los organismos encargados de la recaudación de los aportes, contribuciones y demás cotizaciones destinados a los sistemas de la seguridad social, en cuanto se refiera a la calificación de la naturaleza de los vínculos habidos entre las partes y a la exigibilidad de las obligaciones que de esos vínculos se deriven para con los sistemas de seguridad social”. Como mencione anteriormente en los casos que la conciliación se homologue la misma no será oponible a AFIP, lo que doctrinal y jurisprudencialmente se hace extensivo a ANSES. Si bien esto es agregado por el art. 44 de la ley “anti evasión” (ley 25.345), con el fin de no ser oponible a los organismos recaudadores, en la realidad, si bien los jueces remiten las sentencias, cuando las mismas conllevan algún crédito para estos organismos, tanto AFIP como ANSES son reacios a la persecución de los créditos emanados de las mismas.-

De esto surge la siguiente pregunta, ¿se puede conciliar (transar) obligaciones, en las cuales el beneficiario directo es un organismo recaudador, que no participa de la negociación? Creo, que el legislador de la Ley anti evasión, pensó en esto y trato de proteger los derecho de los organismos recaudadores, a través de la

inoponibilidad de la cosa juzgada frente a los mismos, pero que cometió el error de poner en cabeza de dichos organismos la investigación. Y digo error, ya que solo se involucra al organismo cuando la conciliación ya se encuentra celebrada, y las partes ya encuentran satisfechas sus pretensiones.

Dada esta situación, es muy difícil que las partes se atribuyan incumplimientos de obligaciones a los organismos recaudadores, principalmente en los casos de trabajo no registrado o parcialmente registrado. Frente a una demanda por trabajo “en negro” que se concilia, con expresas renunciaciones del actor a los derechos litigiosos reclamados, será muy difícil para AFIP demostrar la existencia de obligaciones respecto del demandado.

Es opinión propia, que, frente a posibles conciliaciones que lleven renunciaciones de obligaciones con los órganos recaudadores estatales, los jueces deben, a la hora de hacer el juicio de si existe o no “justa composición”, comparar si las renunciaciones del trabajador no van en contra no solo de su propio beneficio futuro (jubilación, pensión, etc.) si no de todo el sistema de la seguridad social, ya que en el trabajador no registrado está negociando sobre obligaciones que el empleador debe a un tercero que es el Estado.

7.- Conclusión

Retomando lo establecido en el art. 15 de la LCT, vemos que la ley deja al arbitrio del juez lo que considere “justo”, siempre que lo fundamente, a la hora de homologar o no el acuerdo conciliatorio.

El objeto de este trabajo “es poner blanco sobre negro”, para poder dilucidar ciertos elementos técnicos que coloquen certeza sobre la “justa composición”. Como principales elementos hemos mencionado los principios de irrenunciabilidad y el orden público, los cuales deben ser tenidos en cuenta en su justa medida, ya que si los mismos se tornan absolutos sería imposible arribar a una conciliación.

Además no debemos olvidar que el trabajador es sujeto de especial protección por la LCT, y aquí es donde los principios tornan abstracta la intervención de los juristas a la hora de determinar lo “justo”. Por ello se han planteado ciertos elementos que son una guía para llegar lo más cerca que se pueda de una “justa composición”. El principal elemento es, como lo menciona De Fazio, la proporcionalidad, entendida como la compensación o equilibrio entre lo renunciado y lo recibido. Cada una de las renunciaciones deben ser merituadas por el juez, quien debe fundar la existencia de este equilibrio, cuestión más que difícil cuando se está frente a la renuncia de derechos de organismos recaudadores.

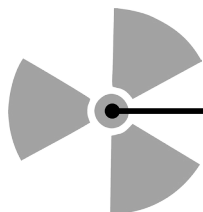
Por lo expuesto toca ahora, tratar de definir con elementos claros un concepto lo más certero posible sobre la “justa composición”. Opino que para definirla debemos tener en cuenta en primer lugar, la proporcionalidad/equilibrio entre las pretensiones renunciadas y la contraprestación recibida, elemento que debe ser observado y analizado a la luz de la verosimilitud del reclamo, el tiempo de duración estimado del proceso, los derechos de los organismos recaudadores en juego, y

los precedentes judiciales, aunque sin caer, como se mencionó anteriormente, en prejuizgamiento. Por ello concluyo que el elemento esclarecedor y clave para la “justa composición” es la proporcionalidad, la que no debe ser definida como un simple porcentaje en dinero de lo que se obtiene respecto a la suma origen del reclamo, sino como un equilibrio de los derechos litigiosos o dudosos a los que renuncia el trabajador a cambio de una contraprestación.

Bibliografía

- Alvarado Velloso, A. (2015). *Lecciones de derecho procesal*. Editorial Astrea.
- Ávila Ricci, C. (2013). “La autocomposición en materia laboral.” *Opinión sobre Justicia*. Escuela de la Magistratura Poder Judicial de Salta.
- Babio, A. (1996). *Nueva ley de trabajo de la Provincia de Buenos Aires*. Editorial Nemesis
- De Fazio, F. (2018). “La homologación de acuerdos laborales conciliatorios.” *Revista Asociación de abogados y abogadas laboristas*
- Dowhaluk, C. S. (2012). *Acuerdos Extintivos Laborales. Extinción del contrato de trabajo y de las obligaciones laborales por mutuo acuerdo de las partes*. Editorial García Alonso.
- Formaro, J. (2009). *Ley 11.653. Procedimiento laboral de la Provincia de Buenos Aires*. Editorial Hammurabi.
- Maza, M. A. (2011). *Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada*. 2º edición. Editorial Rubinzal – Culzoni.
- Morello - Sosa -Berizonce, (1999) *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*. Abeledo Perrot.
- Rodriguez, H. y Sachet, O. (2019). *Procedimeinto laboral de la provincia de Buenos Aires, ley 15.057*”. Editorial La Roca.

La dependencia laboral en el SXXI ante los nuevos modelos empresariales basados en el uso de plataformas y aplicaciones digitales



Paula Inés Judurcha
María Agustina Pagano
(UNNOBA)

Resumen

Los avances en el campo de la tecnología de la información se han visto reflejados directamente en el campo de las relaciones laborales, en la estructura de las organizaciones empresariales y en los modos de prestación de servicios.

El uso de plataformas y aplicaciones digitales para brindar un servicio al cliente de entrega a domicilio bajo un formato “*delivery*” es el eje principal que caracteriza a un nuevo tipo de empresas.

Desde el punto de vista del Derecho Laboral nacen nuevas relaciones entre la empresa y los “prestadores de servicios”, siendo el principal desafío evaluar la existencia o no de relación laboral dependiente entre estos diferentes actores según el rol que cada uno cumple.

Con el objetivo de abordar el estudio y análisis de las nuevas relaciones de trabajo que surgen y con el propósito de evaluar su encuadre en el marco del Derecho Laboral y su consecuente impacto en el costo laboral se está desarrollando un proyecto de Investigación presentado y aprobado en la convocatoria “Programa de promoción de la investigación científica de la UNNOBA-2019”.

1.- Presentación

El equipo de trabajo que lleva adelante este proyecto de investigación -en curso hasta junio 2021- titulado: “La dependencia laboral en el SXXI ante los nuevos modelos empresariales basados en el uso de plataformas y aplicaciones digitales”, está conformado por Profesores, Ayudantes Diplomados, Graduados y alumnos de las carreras de Abogacía y Ciencias Económicas de la Escuela de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNNOBA, razón por la cual, su desarrollo está planteado a partir de dos hipótesis de trabajo –una relacionada con lo jurídico y otra con lo económico- a fin de arribar a una conclusión integradora del tema en cuestión.

Metodológicamente se planteó realizar una revisión de fuentes primarias y secundarias de información, análisis estadísticos y un relevamiento cuali-cuantitativo a trabajadores de plataformas, a fin de lograr un análisis exhaustivo del tema que permita, a los distintos actores involucrados, entender las oportunidades y desafíos de este nuevo escenario.

Al momento de presentación del presente resumen, se han ejecutado parte de las actividades planteadas en el proyecto que permiten presentar una síntesis del recorrido bibliográfico realizado y una descripción de las actividades de estas empresas, para introducir el tema en estos espacios de intercambio de conocimiento.

Si bien aún no se cuenta con conclusiones finales por el grado de avance actual, resulta interesante una primera exposición de resultados parciales que exponga la temática abordada y las inquietudes que el equipo se propone discutir.

Para ello, nos propusimos en una primera instancia responder las hipótesis planteadas a través de una revisión de fuentes primarias y secundarias, análisis estadísticos y un relevamiento cualitativo y cuantitativo a trabajadores de plataformas a fin de lograr un análisis exhaustivo que permita a los distintos actores involucrados entender las oportunidades y desafíos de este nuevo escenario -y futuro- del trabajo a través de las plataformas digitales. Aunque estamos frente a un fenómeno incipiente la llegada social que ha demostrado a través del comportamiento de los usuarios/proveedores de servicios no solo incide fuertemente en la economía de las empresas de plataformas sino que además ofrece nuevas oportunidades para generar ingresos —¿qué pasa con los índices de desempleo y/ o la subocupación?—, presentándose ante esta nueva realidad un desafío en la regulación de las relaciones laborales (con su característica distintiva *pro operario*), sociales, fiscales y demás parámetros que van a influir en el análisis de su encuadre o no en el marco del derecho del trabajo.

Por ello, el abordaje de la temática planteada requiere el análisis de legislación nacional e internacional que permita efectuar un adecuado recorrido bibliográfico para (re)considerar el encuadre legal y sus fundamentos en aquellos países en los que la actividad se viene desarrollando desde hace un tiempo más prolongado.

Una segunda etapa implicará la realización de una evaluación económica a través de la simulación de caso para medir el impacto económico de los diferentes encuadres a los que podría dar lugar este tipo de relaciones descriptas según sean o no consideradas dentro del ámbito legal del derecho laboral y de la seguridad social.

Siendo así, este proyecto se está desarrollando con el objetivo de abordar el estudio y análisis de las nuevas relaciones de trabajo surgidas a partir de la implementación y utilización de las *App*, su encuadre en el marco del Derecho del Trabajo y su consecuente impacto en el costo laboral regional, ya que esta disrupción del Derecho del Trabajo no está solamente limitada a las grandes ciudades sino que, por el contrario, comienzan a proliferarse por todo el territorio nacional desembarcando en ciudades del interior como es el caso de las ciudades del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires, zona de influencia principal de nuestra Universidad. Esta realidad genera nuevos desafíos a los profesionales de las ciencias

jurídicas y económicas que deben asesorar a trabajadores y empleadores para el correcto cumplimiento de las normas vigentes en materia del Derecho Laboral y de la Seguridad Social.

Siendo la UNNOBA la principal Casa de estudios de la región del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires no puede mantenerse ajena al análisis y la evaluación de las nuevas realidades que desafían la legislación vigente y ameritan un abordaje integral. El estudio de estos temas desde la experticia universitaria permite el análisis, el debate, la interpelación, discusión y crecimiento de sus profesionales y de la sociedad en su conjunto.

El tipo de actividad comercial objeto del proyecto de investigación es una nueva realidad que plantea interrogantes tanto a las empresas como a las personas que mantienen un vínculo con éstas siendo partícipes de la prestación del servicio. La falta de legislación específica genera un vacío legal que aporta incertidumbre al sector socio-económico y productivo y que puede desalentar la actividad por el riesgo de posibles demandas laborales futuras. Las decisiones económicas requieren cierto grado de certeza para hacer más confiables los resultados y, por consiguiente, cualquier resultado que arroje este trabajo colaborará en la disminución de la incertidumbre para el sector o bien la validación del riesgo asumido.

Como ya se dijo, en este momento nos encontramos en la primera etapa del proyecto analizando el marco teórico que nos permite situarnos en el análisis de si nos encontramos o no ante relaciones laborales bajo dependencia reguladas –o que debieran ser reguladas- por el Derecho del Trabajo, a partir de la primera hipótesis de trabajo planteada:

“Existe relación laboral entre las empresas proveedoras de servicios comerciales mediante plataformas y aplicaciones digitales y las personas que realizan la entrega a domicilio del producto “delivery””.

2.- Las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo: ¿Un cambio de paradigma?

Desde hace aproximadamente diez años el mundo del trabajo, tal como lo concebíamos, cambió. Este cambio se debió a factores sociales, políticos, económicos y culturales producto de la globalización, apareciendo así el trabajo a través de las plataformas digitales, dando lugar a nuevas relaciones laborales, distintas a las que hasta el momento conocíamos a partir de un contrato a tiempo indeterminado –o bajo modalidades excepcionales bajo circunstancias objetivas ajenas a la discrecionalidad de las partes- en relación de dependencia, con una jornada limitada bajo la limitación de la autonomía de la libertad y el orden público laboral -y demás particularidades que hacen a la especificidad de la materia-, tal como se desprende de los arts. 21 y 22 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT).⁶³

⁶³ Ley de Contrato de trabajo (1976). “Art. 21: Contrato de trabajo. Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos,

De acuerdo con los citados artículos de la LCT la prueba de esa relación de dependencia se da a través de la acreditación de sus tres indicadores más relevantes, según Ackerman: 1) la dependencia jurídica es la necesaria consecuencia del contrato de trabajo, ya que es el sometimiento del sujeto trabajador al poder disciplinario de su empleador, quien normalmente se beneficia con su trabajo personal. Ésta es la subordinación propiamente dicha; 2) la dependencia técnica es la sujeción del trabajador al poder de organización del empleador. Es lo que se conoce como trabajo dirigido; y 3) la dependencia económica es un concepto de raigambre sociológica, que tiene que ver con la necesidad del trabajador de percibir su remuneración, a punto tal que en su percepción se juega su subsistencia y la de su familia. Lo que el trabajador obtiene por su trabajo, pues tiene un carácter alimentario. Está relacionada con el trabajo por cuenta ajena, lo que implica que el trabajador no participa de los connaturales riesgos del negocio o de la empresa en cuyo beneficio pone a disposición su fuerza de trabajo. Como consecuencia de ello, el trabajador no toma parte en las utilidades del negocio; solo percibe una remuneración. No consagra su energía de trabajo a fines de lucro, si no que la dedica a otra persona. El contrato de trabajo no es una oportunidad para el trabajador, es una necesidad.

Tampoco estamos hablando de trabajo precario o informal, conocido en nuestro país como el trabajo no registrado —*en negro*— o registrado deficientemente —*en gris*—, que coloca al trabajador fuera o semi-fuera del sistema, sin la protección que la legislación laboral y la seguridad social le otorgan a los trabajadores del sector formal dentro del paraguas del principio protectorio pro-operario y el resto de los principios del Derecho del Trabajo, los Tratados y Convenios Internacionales.

Por el contrario, nos encontramos frente a “relaciones de trabajo atípicas”. Ello se debe a que las empresas han debido reestructurar sus prácticas gerenciales y organizativas para hacer frente a los desafíos de la globalización, pero también para responder a lagunas y cambios regulatorios, y atender las demandas de mayor flexibilidad de los trabajadores. El empleo atípico es un conjunto de modalidades de trabajo que difieren de la relación laboral típica, y comprende las siguientes formas: el empleo temporal, el trabajo a tiempo parcial, el empleo temporal por intermedio de agencias y otras formas de empleo en las que intervengan múltiples partes, y las relaciones de trabajo encubiertas y el trabajo por cuenta propia dependiente.⁶⁴

Sin dudas estamos ante relaciones que vinculan a quien pone su fuerza

ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres” y “Art. 22: Relación de trabajo. Habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen”.

⁶⁴ OIT, Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo (2017). Ginebra, págs. 38/39.

de trabajo a disposición de otro “alguien” que la recibe y a cambio paga una remuneración, con la particularidad que la prestación del servicio requerido se realiza a través de empresas que disponen, hacen uso y explotan las aplicaciones informáticas conocidas como *Apps*.

Las modalidades de empleo atípicas guardan una serie de distinciones: resultan ser temporales (en contraposición al contrato por tiempo indefinido), a tiempo parcial (jornadas menores de ocho horas diarias, dependiendo de las necesidades del empleador y la disponibilidad del trabajador), mayor grado de autonomía (se elimina, en algunos aspectos, la subordinación técnica y jurídica), mayor grado de informalidad, permiten conciliar tiempo libre con trabajo (la presentación de tareas suele realizarse en el hogar –uso de las TIC, plataformas digitales, etc.- o en lugares que no se condicen con el modelo tradicional de establecimiento de trabajo), al decir de Alcázar.

Según la OIT, “las nuevas innovaciones tecnológicas que sustentan la cuarta revolución industrial, como los megadatos, la impresión en tres dimensiones, la inteligencia artificial y la robótica, por citar algunas, están teniendo un impacto transformador sobre la naturaleza del trabajo. (...) El trabajo digital: una nueva forma de trabajo «invisible» Los cambios tecnológicos y la digitalización están creando nuevas formas de trabajo invisible, como el «trabajo virtual» o el «trabajo digital». En estas nociones se incluyen actividades de la economía de ocupaciones transitorias o de colaboración abierta (crowdsourcing), entre ellas, las microtareas, las actividades de asistencia virtual, o una amplia gama de tareas que sustentan las actividades de las redes sociales. Un malentendido frecuente es creer que las nuevas tecnologías y los algoritmos son los que procesan la información que se recoge mediante esas tecnologías de la información y comunicación. En realidad, son los «trabajadores invisibles» (la mano de obra que hay detrás de la tecnología) quienes hacen la mayor parte de ese trabajo. Estos trabajadores son «invisibles» en el sentido de que su trabajo no tiene una ubicación propia y no suelen tener una relación de empleo reconocida. No queda claro qué fracción de la fuerza de trabajo mundial acabará representando el trabajo virtual, y seguimos sin saber si estas formas de trabajo acabarán entrando en la esfera de la relación laboral, si se convertirán en nuevos tipos de trabajo informal o si no podrán encajar en los marcos normativos existentes”.⁶⁵

Lo cierto es que, es la R98- Recomendación sobre la relación de trabajo⁶⁶ de la OIT la que nos da el puntapié para determinar que si bien estamos ante una relación atípica, lo que no podemos dudar es que estamos ante una relación laboral. En efecto, en su art. 13 inc. a) plantea la necesidad de establecer indicios específicos

⁶⁵ OIT, Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Capítulo 2: Trabajo y Sociedad. Ginebra (2017), pág. 20 y sgts.

⁶⁶ Recomendación 198 OIT- Recomendación sobre la relación de trabajo (2006). Ginebra. www.ilo.org

que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo, a saber: el hecho de que el trabajo se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo.

En este orden de ideas, Borja Suárez Corujo plantea que nos encontramos ante tres modalidades básicas de trabajo, cada una de las cuales tiene características propias y muy distintas implicaciones sociolaborales. En primer lugar, habría que referirse al trabajo (puramente) colaborativo, generalmente vinculado a actividades de consumo. Puede tratarse de un intercambio entre consumidores, sin existencia de ánimo de lucro, lo que nos acerca a los principios de la economía social. En otros casos, cabe aceptar también el ánimo lucrativo si sigue predominando la condición de particular (titular, por ejemplo, de un bien cuyo uso comparte a cambio de un precio). Por el contrario, si concurre un interés económico de mayor entidad (por ejemplo, en el caso de una persona propietaria de varios pisos que son arrendados a través de Airbnb) resulta más complicado su encaje en esta categoría. En segundo término, se situaría el trabajo (a demanda) mediante aplicaciones digitales consistente en la ‘externalización abierta de tareas’ (crowd-source on line), es decir, la realización de trabajos (encargos empresariales, tasks) a través de plataformas digitales con la particularidad de que gracias a internet pueden realizarse desde cualquier parte del mundo y desde esa perspectiva están abiertas a cualquiera. Entre las tareas a realizar más típicas se encuentran la programación informática, el análisis de datos y gráficos, y otras ‘microtarefas’; en verdad, también pueden ser encargos especializados. El recorrido de este tipo de actividades es todavía limitado, pero indudablemente su potencial de crecimiento es muy significativo, algo que ha de dar lugar al planteamiento de conflictos jurídicos. Téngase en cuenta que, según qué casos, la plataforma puede no limitarse a actuar como intermediaria entre una empresa y un/a ‘gigger’, sino ejercer algún tipo de control. ¿Es ello suficiente para apreciar la concurrencia de una relación laboral? Más aprehensible en ese sentido es la tercera de las categorías que corresponde al ‘trabajo a demanda a través de aplicaciones digitales’ (work-on-demand vía apps) que se realiza de forma presencial, off-line. Aunque no hay cifras concretas, puede estimarse, sin riesgo de equivocarse, que el peso de estas actividades es creciente.⁶⁷

Según un informe realizado por varios organismo, a principios de 2016 operaban en el país cinco plataformas, todas de capitales nacionales. A partir del año

⁶⁷ Suárez Corujo, B. La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social, en Revista TEMAS LABORALES núm. 141/2018. Págs. 37-66.

2019, principalmente producto de la flexibilización del sistema de pagos al exterior y otros factores, se aceleró el ingreso de nuevas plataformas y filiales de empresas extranjeras al mercado argentino, lo que favoreció a su vez un flujo de nuevas inversiones dirigidas a las plataformas de origen local que ya estaban instaladas. Sin embargo, la información vinculada a las formas de trabajo a través de plataformas digitales no está alcanzada por las estadísticas oficiales, por lo que las mismas quedan invisibilizadas en otras categorías: ocupados no asalariados, trabajadores por cuenta propia, algunas formas de trabajo atípico asalariado o trabajadores informales⁶⁸.

Sin dudas, fue Rifkin quien nos puso de cara al cambio del mundo del trabajo a partir de afirmar que deberíamos empezar a plantearnos la existencia de la era posmercado, es decir, la que estamos empezando a vivir. A pensar en formas alternativas a los planteamientos más habituales en torno al trabajo, a poner en marcha nuevos modos de generación de ingresos y de reparto del poder, y entender que, si bien el fin del trabajo puede suponer el final de la concepción que hemos tenido hasta ahora, quizá, en realidad sea el inicio de una gran transformación social.

Y siguiendo su hilo, en el año 2018, Levy Yeyati quien plantea lo que escuchamos hace tiempo en cuanto a si el trabajo, tal como lo conocemos ¿será desplazado por la tecnología’, y es a partir de un análisis de la situación de los países desarrollados que plantea la relevancia de lo que implica esta pregunta para nuestro país, trazando un mapa del trabajo en la argentina de hoy, presentando sus perspectivas a futuro e invitando a entender los efectos de un cambio de dimensiones históricas que nos está golpeando la puerta de casa.

Como dijimos, la economía del trabajo esporádico comprende dos tipos de trabajo: el «trabajo colaborativo» y el «trabajo a pedido mediante aplicaciones». El trabajo colaborativo se realiza a distancia en plataformas en línea. Surgió con el crecimiento de Internet y la necesidad de que las personas contribuyeran en una serie de tareas para optimizar el funcionamiento de las industrias basadas en la web. Su crecimiento se explica también porque es una forma de organizar el trabajo que permite fragmentar los trabajos en tareas específicas, lo que supone considerables ahorros de costos y la posibilidad de mejorar la prestación de servicios. Estas tareas pueden consistir en la programación informática, el análisis de datos y gráficos, y diversas «microtare» de oficina. Los trabajadores pueden realizar estas tareas desde cualquier lugar del mundo, dependiendo de las decisiones de quienes controlan la plataforma, y siempre y cuando tengan un servicio de Internet fiable. El «trabajo a pedido mediante aplicaciones» es presencial y consiste en prestar servicios de transporte, limpieza y mandados, entre otros, por medio de aplicaciones diseñadas y administradas por empresas que imponen normas de calidad a los trabajadores. A pesar de tener una incidencia relativamente escasa, la economía de plataformas ha recibido mucha atención en los medios por las controversias en torno al marco

⁶⁸ Madariaga, J; Buenadicha, C; Molina, E; Ernst, Ch. (2019). “Economía de plataformas y empleos ¿Cómo trabajar para una app en argentina? Banco Interamericano de Desarrollo. Código de publicación: IDB-MG-718. Recuperado: <https://www.cippec.org/publicacion/economia-de-plataformas-y-empleo-como-es-trabajar-para-una-app-en-argentina/>

legal de quienes realizan este tipo de trabajos. La mayoría de las plataformas ha clasificado a sus trabajadores como «contratistas independientes» o trabajadores por cuenta propia, lo que significa que en algunos casos estos quedan fuera de los requisitos legales aplicables a la relación de trabajo. En consecuencia, la clasificación jurídica de estos trabajadores de la economía del trabajo esporádico ha dado lugar a una serie de juicios con gran resonancia pública, pero la controversia no se ha resuelto todavía. Al mismo tiempo, se ha propuesto la creación de un nuevo tipo de relación laboral para los trabajadores de la economía del trabajo esporádico, a veces denominada «contratista dependiente» o «trabajador independiente», que abarca algunos de los derechos de un empleado tradicional, pero no todos.⁶⁹

Claramente podemos advertir que existe un nuevo modelo de negocio en la economía moderna, mucho más redituable para las empresas a partir de la utilización de las plataformas, donde el único punto de contacto con la empresa y los trabajadores es una breve capacitación que gira en torno a los objetivos de la empresa pero que a la vez funciona como filtro, aunque nunca se especifica exactamente cuál es el perfil de empleado que buscan. Superada esta instancia, los pretendientes al trabajo dejan de tener cualquier tipo de contacto humano con quienes lo contratan, vendiendo una falsa idea de independencia laboral en donde quienes trabajan para la empresa revisten el carácter de colaborador en lugar de empleado (Vilches Saravia, 2018), estando en juego, a partir de ese momento el paradigma del trabajo decente - condiciones de trabajo decente, derechos laborales, la condición de asalariados- y la dignidad del trabajador como sujeto de preferente tutela constitucional.

Las empresas sostienen que la relación que mantienen con aquellas personas encargadas de realizar las entregas a domicilio es de tipo independiente, considerándolos trabajadores autónomos que, a su propio riesgo, ofrecen el servicio mediante la plataforma. De esta forma niegan la existencia de una relación laboral y por consiguiente la aplicación de la Ley de Contrato de trabajo y/o Convenio Colectivo de Trabajo y/o Estatuto Profesional, y demás normativa aplicable al trabajo formal.

En nuestro país, difieren las posiciones en cuanto al vínculo de los repartidores, entre el reconocimiento de su actuación como trabajadores autónomos o como empleados: mientras que Glovo y Rappi⁷⁰ niegan la relación de dependencia y aseguran ser un nexo entre las partes (comercios, consumidores del servicio de entrega y personas interesadas en vender ese servicio, operando estos últimos

⁶⁹ OIT, Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Capítulo 2: Trabajo y Sociedad. Ginebra (2017), pág. 39

⁷⁰ Glovo es una empresa emergente española con presencia internacional y domicilio social en Barcelona. Se dedica a la compra, recogida y envío de pedidos en menos de una hora a través de repartidores independientes conocidos como “glovers”. Rappi es una compañía multinacional colombiana que actúa como un portal de contacto, con sede principal en Bogotá, Colombia. Activa en Colombia, país donde fue fundada en 2015 por Felipe Villamarín, Sebastián Mejía y Simón Borrero, México, Costa Rica, Brasil, Ecuador, Uruguay, Argentina, Chile y Perú. www.wikipedia

como monotributistas), Pedidos Ya y Rapiboy⁷¹ admiten a una parte o al total de los repartidores como empleados, con salarios y beneficios sociales⁷².

Janine Berg, Marianne Furrer, Ellie Harmon, Uma Rani y Six Silberman (2019), autores de “Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital” han expresado en su informe de investigación que: “(...) se presentan los resultados de una encuesta realizada por la OIT sobre condiciones de trabajo entre 3500 trabajadores que residen en 75 países de todo el mundo y que trabajan en cinco plataformas anglófonas dedicadas a la asignación de microtareas.- (...) En las plataformas, los clientes publican paquetes de tareas que deben ser completados, mientras que los trabajadores seleccionan tareas y reciben un pago por cada tarea que realizan. El pago que reciben los trabajadores corresponde al precio indicado por el cliente menos la comisión que cobran las plataformas. Además, el informe incluye uno de los primeros estudios comparativos sobre las condiciones de trabajo en las plataformas dedicadas a la asignación de microtareas, y se centra en aspectos como las tarifas, la disponibilidad y la intensidad de trabajo, los rechazos, la ausencia de pago, la comunicación del trabajador con los clientes y los operadores de las plataformas, la cobertura de la protección social y los tipos de tareas efectuadas. La encuesta fue realizada en 2015 y 2017 y es de ámbito mundial, pues en ella han participado trabajadores de países desarrollados y en desarrollo. Los resultados arrojan puntos en común y diferencias entre los trabajadores del Norte y el Sur globales, así como los beneficios y los inconvenientes de este tipo de trabajo. Asimismo, el informe incluye una serie de propuestas centradas en mejorar las condiciones de trabajo en estas plataformas digitales”.

Existen elementos que podrían ser considerados para avalar la postura que las empresas pretenden adoptar como el hecho que son los propios trabajadores los que aportan parte de los medios de producción y poseen un grado importante de independencia a la hora de realizar sus tareas. Sin embargo, ya hemos visto que existen otras tantas razones para considerar la existencia de un trabajo en relación de dependencia, tales como los aspectos derivados de las tarifas, la disponibilidad y la intensidad de trabajo, los rechazos, la ausencia de pago, la comunicación del trabajador con los clientes y los operadores de las plataformas, la cobertura de la protección social, los tipos de tareas efectuadas, la calificación de los trabajadores, y el tiempo de permanencia en la actividad.

⁷¹ Pedidos Ya es una compañía de delivery online con presencia en varios países de América Latina. Su sede central está ubicada en Montevideo, Uruguay; sin embargo, también cuenta con oficinas en las principales ciudades de Argentina, Bolivia, Chile, República Dominicana y Paraguay. Rapiboy es una plataforma de logística urbana conecta vía web/app a Restaurantes con una red repartidores independientes que realizan la entrega de sus pedidos en cuestión de minutos. www.wikipedia

⁷² Nievas, L. (2019). Artículo: Trabajo e innovación tecnológica: impacto del cambio tecnológico en las relaciones de trabajo en libro Nuevas Tecnologías. Presente y futuro de Derecho del Trabajo dirigido por Arese, C. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, pág. 183.

3.- Consideraciones finales

Como cierre de esta primera etapa de nuestra investigación, la cual deberá complementarse con los resultados de los instrumentos de encuestas diseñados para tomar contacto directo con los actores principales de esta relación (los trabajadores) hemos considerado las 18 pautas que la OIT ha considerado que deberían tenerse en cuenta a la hora de regularizar la situación de estos trabajadores, a partir de ratificar la primera hipótesis de trabajo, es decir de encontrarnos ante una relación de trabajo dependiente: 1) otorgar un estatus adecuado a los trabajadores; 2) permitir a este tipo de trabajadores que ejerzan sus derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva; 3) garantizar el salario mínimo aplicable del país de residencia de los trabajadores; 4) garantizar la transparencia en los pagos y las comisiones cobradas por las plataformas; 5) garantizar que los trabajadores puedan rechazar tareas; 6) cubrir los costos por el trabajo perdido a causa de problemas técnicos en la plataforma; 7) adoptar reglas estrictas y justas en materia de ausencia de pagos; 8) garantizar que los términos del servicio estén redactados de manera clara y concisa; 9) informar a los trabajadores de las razones de las evaluaciones negativas que reciben; 10) adoptar y aplicar códigos de conducta claros para todos los usuarios de la plataforma; 11) garantizar que los trabajadores puedan apelar una ausencia de pago, evaluaciones negativas, resultados de pruebas de calificaciones, acusaciones de violaciones del código de conducta y suspensiones de cuentas; 12) crear sistemas para la evaluación de los clientes que sean tan exhaustivos como los de evaluación de los trabajadores; 13) garantizar que las instrucciones sean claras y que sean validadas antes de publicar cualquier trabajo; 14) permitir a los trabajadores que puedan consultar y exportar trabajos legibles para humanos y computadoras y su historial en cualquier momento; 15) permitir a los trabajadores que entablen una relación laboral con el cliente fuera de la plataforma sin tener que pagar una tasa desproporcionada; 16) garantizar que los clientes y los operadores de plataformas respondan de manera rápida, educada y sustantiva a las comunicaciones de los trabajadores; 17) informar a los trabajadores sobre la identidad de sus clientes y el objetivo de las tareas; e, 18) indicar claramente y de manera coherente las tareas que puedan acarrear un estrés psicológico o que puedan generar daños.

Asimismo, en el informe se incluyen tres recomendaciones para adaptar los sistemas de protección social de manera que los trabajadores de las plataformas digitales estén cubiertos, a saber: 1) adaptar los mecanismos de seguridad social para que cubran a los trabajadores en todas las modalidades de empleo, independientemente del tipo de contrato; 2) hacer uso de la tecnología para simplificar los pagos de cotizaciones y beneficios; y 3) crear y fortalecer mecanismos universales y financiados con impuestos de protección social⁷³.

⁷³ Berg, J. Furrer, M. Harmon, E. Rani, U y Silberman, S. (2019). Plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital. OIT. Resumen Ejecutivo, págs. 6/7.

Bibliografía

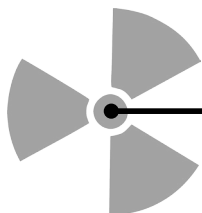
Ackerman, M. (2016). *Ley de contrato de trabajo comentada*. Santa Fe. Rubinzal Culzoni Editores.

Alcázar, C. E. (2019). “Relaciones laborales atípicas y la dependencia en el futuro del trabajo” , *Nuevas Tecnologías. Presente y futuro del Derecho del Trabajo*, dirigido por Arese, C. Santa Fe. Rubinzal Culzoni Editores.

Levy Yeyati, E. (2018). *Después del trabajo. El empleo argentino en la cuarta revolución industrial*. Editorial Sudamericana.

Rifkin, J. (1995). *El fin del trabajo: Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*. Editorial Booket.

Análisis económico del derecho y criterio judiciales del fuero laboral en el Departamento Judicial de Junín



Pablo Germán Petraglia
(UNNOBA)

Resumen

En el presente trabajo se pretende relevar, catalogar, analizar y realizar el seguimiento de las sentencias del Tribunal de Trabajo del Dpto. Judicial de Junín que desde el *leading case* “Venerus, Pablo G. c/ Municipalidad de Junín”, hayan decretado de oficio la inconstitucionalidad del art. 16 in fine del Decreto 1694/09 y del art. 17 inc. 5 de la Ley 26.773 y aplicado a los accidentes de trabajo y abordar sus consecuencias económicas en cuanto a los trabajadores y las compañías aseguradoras. La doctrina de la SCBA era contraria y revocó las decisiones.

En proyecto previo se relevaron 9 causas, de las cuales 4 han mutado en su estado, y se han agregado 10, totalizando 19 expedientes al momento.

El objetivo específico pretende determinar, respecto a los trabajadores, si el criterio judicial sostenido les trajo aparejado un beneficio, un perjuicio o incertidumbre y si respecto a las compañías aseguradoras implicó una política de ponderación de riesgo diferente en sus pólizas de seguros de accidentes de trabajo para el Depto. Judicial de Junín.

1.-Introducción

El 24 de octubre de 2012 se sancionó la Ley 26.773 “Régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales”, conformándose así el régimen normativo aplicable a la reparación de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, el que queda integrado además con, por la Ley de Riesgos del Trabajo (24.557 y sus modificatorias), por el Decreto 1694/09, y otras normas complementarias y. Ciertamente, no podemos dejar de mencionar, aun cuando la incidencia no sea directa, que a la fecha el plexo normativo aplicable a los riesgos del trabajo se ha ampliado a partir de la sanción de la Ley 27.348 con más Resoluciones de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT).

La Ley 26.773 dispuso que aquellos importes fijados a fines del 2009 –

para el piso mínimo de las indemnizaciones variables y para las indemnizaciones adicionales de suma fija- debían actualizarse a valores de octubre de 2012, tomando en cuenta la variación del índice RIPTe (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables) publicado por la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, que es un índice de mediación de los incrementos de los salarios. Es decir, un reajuste mediante el RIPTe de los importes a los que aludían los arts. 1, 3 y 4 del decreto 1694/09 exclusivamente con el fin de que esas prestaciones de suma fija y pisos mínimos reajustados se aplicaran a las contingencias futuras.

Por su parte, el art. 17.5 de la ley mencionada dejó establecido que las nuevas disposiciones en materia de indemnizaciones regirían para el futuro, pues solamente se aplicarían a los accidentes y enfermedades laborales cuya primera manifestación invalidante se produjera a partir de la fecha en la que la nueva ley fuera publicada en el Boletín Oficial (26/10/2012).

No obstante, varias salas de la Cámara Nacional del Trabajo y otros tantos Tribunales del Trabajo del país resolvieron aplicar las disposiciones de la Ley 26.773 a casos de accidentes o enfermedades profesionales que eran anteriores a la fecha prevista. Eso implica que, en lugar de condenar a las ART a pagar indemnizaciones legales vigentes cuando ocurrieron esos hechos, las condenaron a pagar importes actualizados mediante el índice RIPTe y, en muchos casos, a esos importes actualizados les sumaron intereses calculados con una tasa activa que es superior al porcentaje de inflación, generándose así una doble actualización.

En lo que nos ocupa y es motivo de la investigación, el Tribunal del Trabajo del Departamento Judicial de Junín, en autos caratulados “Venerus, Pablo Gabriel c/ Municipalidad de Junín s/ Daños y Perjuicios” (Expte. 27.477) declaró de oficio la inconstitucional del art. 16 in fine del Decreto 1694/09 y del art. 17 inc. 5 de la Ley 26.773, haciendo lugar a la demanda incoada por la actora y condenando a la citada en garantía al pago de una suma de capital con más los intereses calculados según la tasa activa promedio que aplica el Banco de la Provincia de Buenos Aires desde el acaecimiento del evento dañoso. El fundamento del Excmo. Tribunal se basa en el análisis del precedente “Campo Adriana Noemí C/ Consolidar ART S.A S/ Sumarísimo” (Expte. 27.406), sentencia de fecha 16/5/2011, del Tribunal de Trabajo de Junín, en el que se resolvió la aplicación de los montos instituidos en el Decreto 1694/09 aún a las contingencias ocurridas con anterioridad a su entrada en vigencia y que a la fecha del pronunciamiento se encontraran impagas.

Por su parte, el 24/5/2016, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) falló en la *causa* 118.695 caratulada: “Staroni, Lidia Estela c/ Provincia ART S. A. y otros s/ Amparo”, y revocó la sentencia impugnada en cuanto aplicó al capital de condena el mecanismo de ajuste previsto en el art. 17.6 de la ley 26.773.

Finalmente, el 7/6/2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) sentó su criterio al expedirse en los autos: “Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART s/ Accidente- ley especial”.

Asimismo la SCBA se expidió en la causa L. 118.532 “Godon, Pablo David contra Provincia A.R.T. S.A. Diferencia indemnización” sentando la doctrina legal.

2.-El caso del Tribunal de Trabajo de Junín

El equipo de investigación presentó un proyecto dentro de la Convocatoria interna de la UNNOBA en 2017, reiterando, adecuando y prorrogando el proyecto en la Convocatoria de 2019⁷⁴.

Se estableció como objetivo general el de relevar, catalogar, analizar y realizar el seguimiento de las sentencias del Tribunal de Trabajo del Departamento Judicial de Junín a partir del *leading case* “Venerus, Pablo G. c/ Municipalidad de Junín” hasta el 31/12/2016 en donde se haya decretado la inconstitucionalidad del art. 16 in fine del Decreto 1694/09 y del art. 17 inc. 5 de la Ley 26.773. La doctrina sostenida por este Tribunal será analizada en cuanto las consecuencias económicas tanto para trabajadores como compañías aseguradoras.

Los objetivos específicos fueron:

1. Aplicar los instrumentos diseñados en la primera etapa para el relevo de la información.
2. Rediseñar los instrumentos del punto 1) para el relevo de la información por parte de las Compañías de Seguros/ ART.
3. Sistematizar y procesar la información relevada a través del desarrollo de indicadores.
4. Relevar los resultados: respecto del trabajador: monto de juicio, liquidación obtenida, eventual liquidación con criterio estándar de otros tribunales, estado del juicio (apelado/consentido/ pagado) y otras que surjan del curso de la investigación. Respecto de las aseguradoras: monto de primas, previsiones económicas tomadas, recalificación de riesgo por el criterio en el Depto. Judicial Junín, instrucciones de apelar o consentir, y otras que surjan del curso de la investigación
5. Valorizar los resultados obtenidos.
6. Elaborar las conclusiones: en cuanto a los trabajadores, si el criterio judicial sostenido les trajo aparejado un beneficio, un perjuicio o incertidumbre; en cuanto a las compañías aseguradoras: una política de ponderación riesgo diferente en sus pólizas de seguros de accidentes de trabajo para el Departamento Judicial de Junín.

Dos dificultades fueron observadas en el transcurso de la investigación. La primera, fue la mora judicial, que como se podrá observar en el Cuadro I, hizo que no se pudiera, a la fecha de finalización del Proyecto 2017, contar con suficientes sentencias para realizar un evaluación pertinente.

⁷⁴ Integrantes: Dra. María de las N. Cenicacelaya (Directora), Abog Pablo G. Petraglia (Co Director): Investigadores: Abog.Marcelo C. Sena, Mg. Paula I. Judurcha, Cra. Mariela E García, Cra. Carolina Ventre, Lic. Lucas Troiano, Abog. Antonella Dipierro (graduada), Sr. Renato Figgini Bava (estudiante), Srita Pamela Cavo (estudiante).

La segunda estuvo relacionada con el dato proveniente de las compañías de seguros. La reticencia para la obtención de datos radicaba en el entendimiento que por motivos de estrategia comercial de cada compañía, los mismos constituían un material indisponible ligado a sus políticas de captación de clientes nuevos.

Replanteado el Proyecto en 2019, la primera dificultad fue salvada al empezar la SCBA a fallar y revocar las sentencias recurridas, remitiendo al Tribunal de Trabajo de Junín para su reliquidación. La segunda dificultad aún materia de evaluación de alternativas por el equipo.

Para recabar la información se diseñó una planilla contenedora de los datos más relevantes de cada expediente, los que se extrae de la Mesa Virtual (<https://mev.scba.gov.ar>). Dicha planilla es actualizada semanalmente conforme el movimiento e incidencias de cada expediente que se registra.

Un resumen de esa planilla es la que seguidamente se expone y se identifica como Cuadro I:

Nº de Exp.	Fecha de inicio	Fecha Sent. TTJ	Monto Sentencia	Liquidación	Sentencia SCBA	Sentencia TTJ	Monto sentencia	Liquidación	Días entre sentencia
22100	4/6/82003	28/05/2015	\$ 1.575.012,40	\$ 4.339.067,24	-	-	-	-	
24361	14/09/2006	17/12/2013	\$ 282.189,75	\$ 583.846,77	19/09/2018	09/09/2019	\$ 110.863,19.	\$ 371.667,05	2092
25030	22/06/2007	08/05/2015	\$ 893.842,69	\$ 1.951.432,40	10/10/2018	-	-	-	
25106	20/07/2007	23/02/2015	\$ 216.648,53	\$ 530.908,01	13/02/2019	-	-	-	
27447	05/04/2010	19/06/2013	\$ 108.899,01	\$ 299.173,99	22/08/2018	07/12/2018	\$ 93.599,12	\$ 271.929,52	1997
28398	02/05/2011	27/02/2015	\$ 487.923,19	\$ 933.344,52	14/08/2019	27/02/2020	\$ 14.691,40	\$ 47.223,18	1826
28833	26/10/2011	11/05/2015	\$ 1.304.804,90	\$ 2.275.648,72	21/11/2018	28/10/2019	\$ 815.650,63	\$ 2.373.585,00	1631
29083	29/02/2012	18/03/2016	\$ 601.092,16	\$ 1.148.237,30	-	-	-	-	
30984	10/12/2013	29/12/2014	\$ 4.532.272,66	\$ 10.357.685,18	19/09/2018	28/12/2018	\$ 81.599,22	\$ 244.875,14	1460
5635	27/09/2011	11/05/2016	\$ 34.031,92	\$ 686.779,12	21/11/2018	26/03/2019	\$ 8.622,00	\$ 23.558,39	1049
28645	08/08/2011	23/06/2015	\$ 589.370,92	\$ 1.031.085,32	21/11/2018	26/11/2019	\$ 200.092,00	\$ 518.040,00	1617
26092	26/08/2008	12/08/2013	\$ 839.311,20	\$ 2.020.136,33	21/11/2018	28/02/2020	\$ 18.908,82	\$ 67.492,41	2391
29667	21/09/2012	14/12/2015	\$ 1.258.953,99	\$ 2.782.379,17	06/02/2019	03/10/2019	\$ 10.672,48	35.088,11	1389
29060	15/02/2012	31/05/2016	\$ 1.547.603,52	\$ 3.221.650,17	13/02/2019	06/03/2020	\$ 511.176,53	\$ 1.632.212,16	1375
23573	02/09/2005	24/08/2015	\$ 1.393.104,60	\$ 3.263.830,24	13/02/2019	06/12/2019	\$ 221.465,05	\$ 776.360,97	1565
28246	22/02/2011	24/04/2015	\$ 579.405,78	\$ 1.125.353,19	17/04/2019	12/05/2020	\$ 7.391,30	\$ 24.899,45	1845
28713	05/09/2011	08/11/2016	\$ 959.333,39	\$ 959.333,39	21/11/2018	24/10/2019	\$ 28.800,00	\$ 85.188,80	1080
26837	13/08/2009	28/11/2014	\$ 265.934,23	\$ 513.883,06	05/06/2019	03/10/2019	\$ 11.825,76	\$ 36.878,69	1770
24920	07/05/2007	05/12/2013	\$ 252.970,20	\$509.467,55	10/10/2018	18/02/2020	\$ 117.010,38	\$ 408.570,63	2266

Conforme el cuadro adjunto, que a los efectos de este trabajo se lo ha fijado en diecinueve expedientes, se puede constatar que:

1.- Los tiempos entre la primera sentencia del Tribunal de Trabajo y la

sentencia reliquidatoria del mismo Tribunal, luego de remitido y vueltos de la SCBA, son harto extensos. El promedio arroja 1491⁷⁵ días, siendo la mínima 1049⁷⁶ (expdte. n° 5635) y la máxima 2391⁷⁷ (expdte. n° 26.092). Es de tener en cuenta que este cálculo también podría hacerse desde la fecha de inicio de la causa, y hasta el definitivo pago, lo que arrojaría otros valores. Pero atendiendo a las vicisitudes propias de cada una de ellas en el trámite previo a sentencia (traslado, integración de Litis, recusación de peritos, fallecimientos de partes, fijación de audiencia de vista de causa, etc.) se prefirió centrarse sólo en las fechas de las sentencias del Tribunal de Trabajo.

2.- El constante movimiento de las causas hace mutar su estado y ha aparecido una nueva contingencia luego de la sentencia reliquidatoria: una nueva apelación extraordinaria a la SCBA ya sea por los actores o por la demandada. Este último es un nuevo dato a tener en cuenta por las eventuales consecuencias de un fallo diferente.

3.- Tal vez el tema más complejo sea el de los montos de sentencia. Como se puede observar en el Cuadro I, existen números sorprendentes.

Como muestra más representativa de la disparidad de montos finales se pude mencionar el expdte. n° 30984. La sentencia del Tribunal de Trabajo de Junín de fecha 29/12/2014 arroja \$ 4.532.272,66 con una liquidación final de \$ 10.537.685,18 a favor del actor. Apelada la sentencia y aplicado por la SCBA el criterio sostenido, el Tribunal tuvo que readecuar la liquidación, arrojando ahora en fecha 28/12/2018 la suma de \$ 81.599,22 con liquidación final de \$ 244.875,14. La distancia entre los números finales de liquidación es elocuente. La nueva sentencia reliquidada corresponde en 2,36 % a la liquidación que en su momento se practicara.

La que menor porcentaje arroja resulta ser la del expdte n° 29667. La sentencia del Tribunal de Trabajo de Junín de fecha 14/12/2015 dispuso \$ 1.258.953,99 con una liquidación final de \$ 2.782.379,17. Apelada la sentencia y aplicado por la SCBA su criterio, el Tribunal inferior readecuó la liquidación. Al 3/10/2018 la cuenta expresaba la suma de \$ 10.672,48 con liquidación final de \$ 35.088,11. Entre una fecha y otra el actor esperó 1389 días viendo que el importe a recibir era solo el 1,26 % de lo que había obtenido tres años y medio antes.

4.- De los casos analizados el promedio de disminución que existe en las nuevas liquidación es de alrededor del 70 % de 1a liquidación de origen. En un solo caso (exdte n° 28833) se supera la liquidación de origen en un 4 %, pudiendo verificarse el resto tiene disminuciones que van desde el 10 % al 99 %.

3.-Conclusión

Si bien el objetivo general planteado en el proyecto se ha logrado en cuanto se pudo realizar un seguimiento y tabulación de las causas a partir del *leading case*

⁷⁵ 4 años y 30 días

⁷⁶ 2 años, 10 meses y 15 días

⁷⁷ 6 años, 6 meses y 19 días

reseñado, todavía el número de sentencias relevadas, en función del proceso judicial imperante, no han implicado una variable sustentable y autónoma en sí misma para el cumplimiento de los objetivos específicos, razón por la cual, y siendo pasible de mayor cúmulo de material disponible en razón de lo dispuesto por la SCBA, se entiende necesario el registro de más casos en tanto vayan retornando a la instancia inferior y practicándose las liquidaciones de estilo. La incertidumbre generada por la existencia, hasta ahora, de cinco causas que han sido apeladas extraordinariamente por segunda vez a la SCBA puede arrojar nuevas alternativas que podrían enriquecer el análisis.

En esta instancia, y sin perjuicio de lo dicho respecto a lo provisorio de los datos y escasos casos analizados, se puede advertir que el criterio sostenido por el Tribunal de Trabajo de Junín ha perjudicado al trabajador, trayendo perjuicio e incertidumbre. La sentencia favorable obtenida, fallada en contra de la doctrina legal de la SCBA, y el tiempo que insumió su readecuación, han conspirado contra sus intereses. En sucesivas etapas de este proyecto intervendrán los integrantes del equipo técnico contable- económico para valorar y cuantificar los dispares números que arrojan las sentencias determinando el quantum de su eventual perjuicio.

Bibliografía

Acciarri, Hugo (2015) *Elementos del análisis económico del derecho*. La Ley Thompson Reuters, Bs. As.

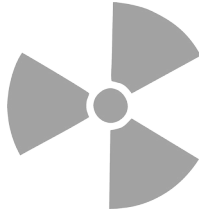
Ackerman, Mario A. (2007) *Ley de Riesgos del Trabajo. Comentada y Acordada*. Rubinzal Culzoni, Santa Fe

Ackerman, Mario A. et al (2013) *Revista del Derecho Laboral. Ley de Riesgos del Trabajo* T IV, Rubinzal Culzoni, Santa Fe

Doménech Pascual, Gabriel (2014) *Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho*. Universidad de Valencia Revista de Administración Pública ISSN: 0034-7639, núm. 195, Madrid

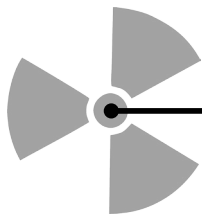
Kluger, Viviana (2008) (compiladora) *Análisis Económico del Derecho*. ISSN 0425-368X, ISSN-e 2525-1295, Vol. 25, N°. 50,

Sagüés, María Sofía (2010) *El análisis económico del derecho (AED) en la jurisdicción constitucional: ponderación la unidad de AED de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* Revista Pensamiento Constitucional, Vol 14



DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHOS HUMANOS

Interpretación de los principios rectores y directrices generales de las políticas de la Ley 14449 de Acceso Justo al Hábitat de la provincia de Buenos Aires desde la perspectiva de género⁷⁸.



Almendra Aladro

(CIC-CIDDH-UNMDP / CONICET)

Resumen

La Ley 14449 de Acceso Justo al Hábitat reconoce el “derecho a la ciudad” de las y los habitantes de la provincia de Buenos Aires mediante una suerte de declaración de derechos y cláusulas destinadas a fijar criterios básicos de diseño de políticas públicas, control de procesos de producción del suelo, directrices de integración socio-urbana, obtención de financiamiento, pautas de zonificación, participación estatal en las valorizaciones inmobiliarias y creación de organismos especiales y refuncionalización de los ya existentes. Como norma jurídica, constituye un hito a nivel nacional al poner en marcha un derecho humano emergente (Guillén Lanzilote, 2011) que se presenta como superador y contenedor del derecho a la vivienda (Pisarello, 2011) y del propio derecho al hábitat.

En palabras de Lefebvre, “lo urbano (...) es el resultado de una historia, de una praxis social, de personas y grupos determinados que realizan esta obra en condiciones históricas (...)” y, así, “(...) la ciudad como obra, como resultado de esta praxis, así la vida cotidiana se torna obra, apropiación del espacio, uso” (Lefebvre, 1967:68). Enseña Ana Falú que “las mujeres permanecerán invisibles en las ciudades, relegadas al ámbito privado del hogar, lo que tendrá sustento en la fuerte división del trabajo sexual imperante” (Falú, 2016:160), afirmación en la que se encuentra latente la dicotomía público/privado como eje estructurante de las

⁷⁸ Los resultados finales de la investigación aquí presentada fueron publicados en: Aladro, A. (2020). La (falta de) perspectiva de género en la Ley 14449 de la provincia de Buenos Aires. *Derechos En Acción*, 17(17), 320-338.

desigualdades urbanas basadas en el género. En este razonamiento, “las ciudades no son percibidas ni usadas de la misma manera por hombres y mujeres” ya que las mujeres “acceden a los bienes y servicios públicos de manera distinta, combinando trabajo productivo y reproductivo” (Falú, 2016:163).

Mediante el empleo de la técnica de análisis de textos, esta ponencia propone una exploración de los principios rectores (artículos 10 a 14 inclusive) y de las directrices generales de las políticas de hábitat (artículos 15 a 16 inclusive) de la Ley 14449 de Acceso Justo al Hábitat desde la perspectiva de género para poder pensar en criterios interpretativos para el derecho a la ciudad de las mujeres.

1.-Introducción

Henri Lefebvre en su obra *El derecho a la ciudad* afirma que “lo urbano (...) es el resultado de una historia, de una praxis social, de personas y grupos determinados que realizan esta obra en condiciones históricas (...)” y, así, “(...) la ciudad como obra, como resultado de esta praxis, así la vida cotidiana se torna obra, apropiación del espacio, uso” (Lefebvre, 1967:68). Si bien la obra del autor fue muy prolífica, considerándose su *opera prima* la titulada *La producción social del espacio*, donde elabora su dialéctica de la producción del espacio social ubicándolo dentro de los medios de producción en lugar de ser sólo el lugar físico donde se desarrolla la lucha de clases, lo cierto es que su obra permaneció bajo las sombras durante varias décadas y ha sido recientemente recuperada, sobre todo, por los movimientos sociales y por el campo académico y político (Canestraro, 2016).

Enseña Ana Falú que “las mujeres permanecerán invisibles en las ciudades, relegadas al ámbito privado del hogar, lo que tendrá sustento en la fuerte división del trabajo sexual imperante” (Falú, 2016:160), afirmación en la que se encuentra latente la dicotomía público/privado como eje estructurante de las desigualdades urbanas basadas en género. En este razonamiento, “las ciudades no son percibidas ni usadas de la misma manera por hombres y mujeres” ya que las mujeres “acceden a los bienes y servicios públicos de manera distinta, combinando trabajo productivo y reproductivo” (Falú, 2016:163).

En el campo del Estado, el derecho a la ciudad pierde su origen de lucha y pasa a vincularse “con lo que el Estado está dispuesto a ceder para la gestión de la ciudad, teniendo así un entendimiento limitado del concepto” (Canestraro, 2016:60). Esta afirmación puede complementarse desde la perspectiva de género de la siguiente manera: con lo que los varones desde el Estado están dispuestos a ceder para la gestión de la ciudad, integrándose así los intereses de producción y reproducción en el espacio social urbano⁷⁹. Es dentro de estas disputas donde se ubica la sanción

⁷⁹ En el conversatorio *Territorios, pandemia y género. ¿Cómo nos reconfiguramos? Una visión desde la arquitectura*

de la Ley de Acceso Justo al Hábitat de la provincia de Buenos Aires (Nº14449).

Esta ley reconoce el “derecho a la ciudad” de las y los habitantes de la provincia de Buenos Aires, como una suerte de “base teórica del texto legal” (Comisión de Hábitat UNLP, 2014:46), mediante una declaración de derechos y cláusulas destinadas a fijar criterios básicos de diseño de políticas públicas, control de procesos de producción del suelo, directrices de integración socio-urbana, obtención de financiamiento, pautas de zonificación, participación estatal en las valorizaciones inmobiliarias y creación de organismos especiales, y refuncionalización de los ya existentes. Como norma jurídica, constituye un hito a nivel nacional al poner en marcha un derecho humano emergente (Guillén Lanzarote, 2011) que se presenta como superador y contenedor del derecho a la vivienda (Pisarello, 2011) y del propio derecho al hábitat. No obstante el avance que representa respecto de la legislación previa, esta “cesión” del Estado para la gestión de las ciudades de la provincia de Buenos Aires no contempla estrategias de transversalización de la perspectiva de género para las políticas urbanas. Tampoco lo hacen sus fundamentos ni su reglamentación.

Mediante el empleo de la técnica de análisis de textos, esta ponencia propone una exploración de los principios rectores (artículos 10 a 14 inclusive) y de las directrices generales de las políticas de hábitat (artículos 15 a 16 inclusive) de la Ley 14449 de Acceso Justo al Hábitat desde la perspectiva de género para poder pensar en criterios interpretativos para el derecho a la ciudad de las mujeres.

2.- La Ley 14449 de Acceso Justo al Hábitat de la Provincia de Buenos Aires

2.1.- Principios rectores (artículos 10 a 14 inclusive)

La Comisión de Hábitat de la UNLP (2014:45) define a los principios rectores consagrados enumerados en el artículo 10 de la ley como “directrices políticas que suponen una preferencia axiológica y proponen un objetivo que debe ser alcanzado”. Asimismo, los principios tienen la función de orientar y limitar a quienes aplican las normas, y pueden, además, crear derecho o ampliar e interpretar con más precisión a las normas ya vigentes. En este orden de ideas:

“Utilizando los principios, la aplicación de la Ley de Justo Acceso al

y las masculinidades organizado por la Comisión de Género del Colegio de Arquitectos de la Provincia de Santa Fe el 12 de junio de 2020, Luciano Fabbri, desde la perspectiva de las masculinidades, realizó un significativo aporte al debate al vincular la noción de androcentrismo acuñada por Amparo Moreno Sardà para pensar la gestión de las ciudades no sólo desde el lugar de las mujeres relegadas, sino desde la hegemonía masculina que las configura. En mi complementación de la idea de derecho a la ciudad llevada al campo del Estado (Canestraro, 2016) me inspiró en gran parte en las ideas de Luciano.

Hábitat debe lograr una adecuación normativa a los nuevos estándares legales y convencionales, como así también alcanzar un aumento en la calidad democrática de la vida social urbana, y por supuesto una mayor justicia atento las nuevas obligaciones para el estado y la comunidad en su conjunto, en pos de alcanzar un aumento en calidad de vida de los habitantes bonaerenses” (Comisión de Hábitat UNLP, 2014:45).

El artículo 11 de la Ley consagra el primer principio rector, “Derecho a la Ciudad y a la Vivienda”, y lo entiende con el siguiente contenido: a) un lugar adecuado para vivir en condiciones que favorezcan la integración plena a la vida urbana; b) acceso a los equipamientos sociales, a las infraestructuras y a los servicios; c) desenvolver apropiadamente las actividades sociales y económicas; y d) usufructuar un hábitat culturalmente rico y diversificado.

La función social de la propiedad inmueble también es erigida como principio rector en el artículo 12, entendiendo que ésta se configura cuando respeta las exigencias y las determinaciones expresadas en las leyes y normas generales, así como en las regulaciones de la producción del hábitat, con el fin de garantizar, a saber: a) la calidad de vida; b) el uso ambientalmente sostenible del territorio; y c) la justicia social.

La gestión democrática de la ciudad como principio rector es comprendida como un proceso de toma de decisiones individual y colectivo, con especial contemplación de las organizaciones o asociaciones civiles que fomenten el acceso al hábitat y a la vivienda, y en el que la participación sea activa, protagónica, deliberante y autogestionada (artículo 13, Ley 14449).

Por último, el artículo 14 delimita como cuarto principio rector a la utilización justa y razonable de la facultad regulatoria por parte del Estado, a nivel provincial y municipal, en los procesos de planificación y ordenamiento urbano, con el objeto de evitar producir desigualdades que fomenten la concentración del suelo.

2.2.- Directrices generales de las políticas del hábitat (artículos 15 a 16 inclusive)

La Comisión de Hábitat de la UNLP (2014) las conceptualiza como el conjunto de instrucciones o normas generales que “deberán atravesar todas las prácticas destinadas a desarrollarse en el espacio urbano habitacional integrándolas con los parámetros de calidad establecidos” (p. 65). En estos artículos se establecen especificaciones que deben ser tenidas en consideración a la hora de aplicar la norma que sirven para delimitar y unificar criterios de calidad a través de un mínimo aceptable (Comisión de Hábitat UNLP, 2014).

El artículo 15 de la ley establece los parámetros de calidad para la vivienda y el hábitat, mientras que el artículo 16 determina las directrices generales que deberán seguir los planes, estrategias, programas, operatorias, proyectos y normas que conforman las políticas de vivienda y hábitat.

Criterios para la localización de los proyectos habitacionales	• Densificación • Consolidación • Completamiento • Aprovechamiento racional de las inversiones en equipamientos y redes de servicios. • Integración socio espacial. • Mixtura de usos y actividades. • Riqueza y complejidad de la vida urbana.
Criterios de priorización para el emplazamiento de proyectos habitacionales	• Cercanía a las áreas de centralidad • Facilidades de accesibilidad y conectividad • Nivel de consolidación urbana • Calidad constructiva
Niveles de habitabilidad de la vivienda	• Parámetros de ventilación e iluminación • Posibilidades de crecimiento progresivo y adaptabilidad al desarrollo futuro
Calidad en el tratamiento del espacio público y la integración a las áreas circundantes	---
Niveles básicos de cobertura	• Infraestructura • Servicios • Equipamientos social
Diseño edilicio bajo pautas de eficiencia y ahorro energético	• Accesibilidad del transporte público

Respeto a las normas de diseño sobre accesibilidad para personas con discapacidad¹. ---

Tabla 1: **Parámetros de calidad para la vivienda y el hábitat conforme el artículo 15 de la Ley 14449 de la provincia de Buenos Aires.** Elaboración propia (2020).

Promoción de la justa distribución de las cargas y de los beneficios generados por el proceso de urbanización

Fortalecimiento de la regulación pública sobre el suelo urbano

Diseño e implementación de un abordaje integral

Fomento permanente de la participación de la población y de las asociaciones representativas de los diferentes sectores de la comunidad

Impulso a la integración sociourbana y a la regularización de la tenencia de la tierra en vilas y asentamientos precarios

Diversificación y promoción de la pluralidad de las respuestas -----

Desaliento de prácticas especulativas

Instrumentos

- De recuperación
- De redistribución social

Vinculación solidaria

- Instrumentos urbanísticos
- Herramientas de gestión del suelo
- Operatorias de urbanización y vivienda

- Fomulación
- Ejecución
- Evaluación
- Seguimiento

Incorporación y revalorización de las experiencias organizativas y prácticas de los sectores populares

- Estímulo a procesos de autogestión
- Apoyo a la investigación
- Apoyo a la experimentación y desarrollo de tecnologías

Evaluación constante y periódica

- Políticas
- Acciones

Tabla 2: **Directrices generales de las políticas de vivienda y hábitat conforme el artículo 16 de la Ley 14449 de la provincia de Buenos Aires.** Elaboración propia (2020).

3.- Marco interpretativo

A los fines de generar un marco interpretativo que permita poner en diálogo a la normativa bajo análisis con la perspectiva de género se realizó un relevamiento inicial tanto del Sistema de Naciones Unidas como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Se decidió conservar el primer sistema para la selección de los documentos a analizar, dado que el Sistema Interamericano ha abordado la cuestión de género principalmente a partir de casos de violencia contra las mujeres y no en miras a la construcción de estándares generales que permitan interpretar los derechos de los sujetos y las obligaciones de los Estados desde la perspectiva de género.

Una vez elegido el Sistema de Naciones Unidas, se prefirió escoger los documentos emanados del Comité de Expertas de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW) y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, DESC), dado que ambos órganos interpretan el contenido de los dos instrumentos internacionales más relevantes en las materias que se trabajan en esta ponencia.

La selección de documentos a analizar de cada órgano se realizó a través de una suerte de “cruce” de criterios. Así se consideraron los documentos del Comité de la CEDAW que abordaran Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y se eligieron instrumentos del Comité DESC que incorporaran la perspectiva de género de forma transversal, esto es, estandarizándola como criterio para la interpretación de los derechos consagrados en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De esta manera, se seleccionaron para el análisis documental: a) el Dictamen

respecto de la Comunicación 19/2008 del Comité de Expertas de la CEDAW⁸⁰; y b) las Observaciones Generales N°7⁸¹ y 16⁸² del Comité DESC.

3.1.- Comité de la CEDAW

La Comunicación 19/2008 llegó al Comité de Expertas y fue presentada por Cecilia Kell, una mujer indígena perteneciente a la comunidad Rae-Edzo (Territorios del Noroeste de Canadá). La autora había sido víctima de violencia doméstica perpetrada por su pareja e intentó acceder a una vivienda asignada a su comunidad a través de un programa estatal especial para dicha población, pese a lo cual el Departamento de Vivienda le aconsejó que incluyera a su compañero como cónyuge y solicitara una unidad familiar, denegándole así su derecho exclusivo, en connivencia con su compañero quien, tiempo después, figuraba como único titular de la propiedad tras una nueva maniobra fraudulenta. Tras refugiarse en un albergue para mujeres maltratadas, su abogado le comunicó que había sido desalojada de su hogar y que corría el riesgo de ser detenida y acusada penalmente si volvía a entrar en el inmueble. Como resultado de ello, la mujer y sus tres hijos carecieron de vivienda durante varios años, estuvieron obligados a vivir separados durante un período prolongado y, como consecuencia de aquel desalojo, se vieron afectadas sus posibilidades de conseguir y mantener un empleo.

En su dictamen, por mayoría, el Comité analizó que la autora sufrió “una distinción basada en el hecho de que era una mujer aborígen víctima de violencia doméstica, lo que planteó claramente en su primer proceso judicial contra su compañero, y que esa violencia tuvo por efecto impedir el ejercicio de su derecho de propiedad” (punto 10.2) situación que, conforme la Recomendación N°28, debe ser entendida desde la interseccionalidad para delimitar el alcance y contenido de las obligaciones de los Estados Partes en virtud del artículo 2 de la Convención. Dado que la autora de la comunicación es una mujer aborígen en una situación vulnerable, el Estado parte “tiene la obligación de asegurar la eliminación efectiva de la discriminación múltiple” (punto 10.3).

Se tomó en consideración, además, el accionar doloso de integrantes de la agencia estatal a cargo de la ejecución de la política pública en cuestión. En este sentido, el Comité comprendió que esos actos hicieron que la víctima perdiera la titularidad del contrato y quedara como único beneficiario a su pareja, quién no reunía los requisitos legales para acceder a ese plan de vivienda, y que encontrara obstáculos en su derecho al acceso a la justicia.

⁸⁰ CEDAW/C/D/19/2008.

⁸¹ E/1998/22.

⁸² E/C.12/GC/21

El Estado canadiense incurrió en la violación del artículo 16 de la CEDAW ya que, si bien no contaba en su legislación con una ley discriminatoria en sentido formal que colocara a las mujeres por debajo de los hombres, la situación fáctica derivada del accionar de sus órganos generó una situación inadmisible en los términos convencionales. Ello, sumado a que: 1) los hechos de violencia sufridos por la autora nunca fueron discutidos por el Estado parte; 2) su pareja limitó su capacidad de tener independencia económica; 3) fue desalojada de su hogar mientras buscaba protección frente a la violencia doméstica en un albergue para mujeres maltratadas; 4) conforme la información presentada por el Estado parte, se consideraron tanto los ingresos de la autora como los de su pareja para la determinación de la aplicabilidad al Programa de alquiler con derecho a compra de los Territorios del Noroeste y, no obstante, cuando se eliminó su nombre del contrato de alquiler con derecho a compra, la Sociedad de Vivienda de los Territorios del Noroeste no tuvo en cuenta su aporte ni le comunicó de tal acto.

Tras estas consideraciones, el Comité recomendó, con respecto a la autora de la comunicación 1) proporcionarle una vivienda comparable en calidad, ubicación y tamaño a aquella de la que se vio privada; 2) proporcionarle una indemnización pecuniaria adecuada por los daños materiales y morales acorde con la gravedad de la violación de sus derechos además, en general, se le recomendó al Estado canadiense: 1) contratar y capacitar a más mujeres aborígenes para que presten asistencia jurídica a otras mujeres de sus comunidades sobre, entre otros temas, la violencia doméstica y los derechos de propiedad; 2) revisar su sistema de asistencia letrada para asegurar que las mujeres aborígenes que sean víctimas de violencia doméstica tengan acceso efectivo a la justicia.

3.2.- Comité DESC

El punto 2 de la Observación General 16 del Comité expresamente declara que el artículo 3 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no sólo prohíbe la discriminación por motivos de sexo sino que implica el deber de reconocer expresamente estos derechos a hombres y mujeres en pie de igualdad, arbitrándose “los medios adecuados para garantizar a la mujer la posibilidad de ejercer sus derechos”. Además, dicha norma, junto con el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, no constituyen disposiciones de carácter autónomo, sino que es necesario su lectura conjunta “con cada derecho específico garantizado en la parte III del Pacto”.

Asimismo, los Estados Partes tienen el deber de respetar el principio de la igualdad “*en la ley y ante la ley*” (punto 9), teniendo que velar, en el ejercicio de la actividad legislativa, por la promoción del goce igualitario de los derechos económicos, sociales y culturales y, en la aplicación de la ley, por igual a varones y

mujeres en el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

La Observación, asimismo, diferencia entre discriminación directa e indirecta, definiendo a la primera como aquella que se presenta cuando la diferencia de trato entre los sujetos se basa de forma exclusiva en el sexo, mientras que la segunda es la que se produce al momento de la aplicación de una ley, principio o programa que, en apariencia, no tiene carácter discriminatorio (punto 13). Sobre este segundo tipo de discriminación, trae el ejemplo de la situación desfavorable de las mujeres respecto de los hombres respecto al disfrute “de una oportunidad o beneficio particulares a causa de desigualdades preexistentes”, concluyendo que la aplicación de “una ley neutra en cuanto al género puede perpetuar la desigualdad existente o agravarla”. En este orden de ideas, dentro de las disposiciones que el Estado debe adoptar dentro de la obligación de cumplir se incluye la de elaborar y ejecutar políticas y programas a largo plazo en materia de ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales en condiciones de igualdad.

La Observación General N°7 también es de relevancia para las normas para las cuales se pretende dar criterios interpretativos en esta ponencia, ya que en su punto 10 afirma que las mujeres son un grupo particularmente vulnerable a los desalojos forzosos “a causa de la discriminación que suelen darse en materia de derecho de propiedad (incluida la propiedad de una vivienda) o del derecho de acceso a la propiedad o a la vivienda” e indica, además, que la interpretación conjunta del derecho a una vivienda adecuada, el artículo 3 y el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto impone a los Estados Partes “la obligación adicional de velar por que, cuando se produzca un desalojo, se adopten medidas apropiadas para impedir toda forma de discriminación”.

A partir de la Observación General N°16 el Comité transversaliza la perspectiva de género a la interpretación de los derechos económicos, sociales y culturales.

4.-Discusión y conclusiones

La primera observación que surge del repaso rápido de la normativa provincial que se ha desglosado es la ausencia de dispositivos protectores de grupos vulnerables, con la excepción de las personas con discapacidad que, además, son nombradas secundariamente y con terminología que no responde al modelo social en vigencia.

Con relación a las mujeres, una categoría analítica con la cual podemos unir el recorrido hasta aquí hecho es la de “feminización de la pobreza”, acuñada por Diana Pearce en 1978, y que tuvo su mayor desarrollo teórico en la década del 80’ en Estados Unidos a partir de las investigaciones feministas sobre la regresión en

materia de derechos sociales (Aguilar, 2011).

Desde esta perspectiva, la comunicación analizada por el Comité de Expertas de la CEDAW, quitando la arista de corrupción entre la pareja violenta y la agencia estatal correspondiente, hubiese sido un caso para el cual la provincia de Buenos Aires no hubiera tenido las herramientas burocráticas ni normativas para dar una solución acorde a las obligaciones internacionales del Estado argentino, no sólo por la ausencia de perspectiva de género en el cuerpo normativo específico en materia de hábitat, sino porque, lamentablemente, la tendencia al vaciamiento de las políticas de género y a su cortoplacismo (Aladro, 2020) hubieran dejado a la víctima en un estado de indefensión y vulneración de derechos.

En cuanto a las Observaciones Generales del Comité DEn este orden de ideas, son conocidos los informes de la CEPAL sobre el impacto del aumento de la pobreza en las mujeres y conocidas las preocupaciones a nivel internacional ocasionan, entre otras problemáticas, la inseguridad en la tenencia de la vivienda. ESC, la ley se encuentra aún más atrasada, máxime cuando, a partir de la Observación General N°16, el órgano ha ido progresivamente incorporando la perspectiva de género en todas sus interpretaciones de derechos, varios de los cuales se encuentran en el cuerpo de la norma en cuestión.

En definitiva, lo que aquí se propone es sumar como elementos para la interpretación a los principios y directrices de la Ley de Acceso Justo al Hábitat:

- El deber del Estado de arbitrar los medios adecuados para garantizar a la mujer la posibilidad de ejercer sus derechos.
- La obligación del Estado de cumplir se incluye la de elaborar y ejecutar políticas y programas a largo plazo en materia de ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales en condiciones de igualdad.
- La posible generación de situaciones desfavorables a las mujeres respecto de los hombres respecto al disfrute de una oportunidad o beneficio particulares a causa de desigualdades preexistentes en razón del género.
- El conocimiento de las comunidades receptoras de las políticas de hábitat y vivienda desde el punto de vista de las mujeres para evitar sesgos androcéntricos.
- El derecho de acceso a la justicia en materia de derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres.

Bibliografía

Aguilar, P. L (2011). “La feminización de la pobreza: conceptualizaciones actuales y

potencialidades analíticas”. En: *Revista Katál., Florianópolis*, vol. 14, núm. 1, pp. 126-133.

Aladro, A. (2020). “Delimitación de procesos de producción de ciudad a partir del análisis de las políticas locales de género”. En: *Revista de Direito da Cidade*, vol. 11, núm. 4, pp. 174-197.

Canestraro, M. L. (2016). “Sobre el derecho a la ciudad y el acceso al suelo urbano. Reflexiones a partir de intervenciones estatales recientes (Mar del Plata, 2012-2015)”. En: *Estudios Socioterritoriales. Revista de Geografía*, núm. 20, pp. 57-74.

Comisión de Hábitat UNLP (2014). *Aspectos jurídicos del hábitat*. La Plata:Secretaría de Extensión de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP.

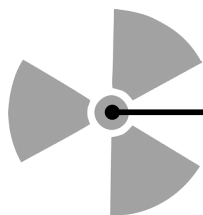
Falú, A. (2016), “La omisión de género en el pensamiento de las ciudades”. En: *Ciudades para cambiar la vida: Una respuesta a Hábitat III*. Buenos Aires:Café de las Ciudades.

GuillénLanzarote, A. (2011), “El derecho a la ciudad, un derecho humano emergente”. En: *Serie Derechos Humanos Emergentes: El derecho a la ciudad*. Barcelona:Institut de Drets Humans de Catalunya, pp. 16-27.

Lefebvre, H. (1967). *El derecho a la ciudad*. Madrid: Ed. Península.

Pisarello, G. (2011). “Del derecho a la vivienda al derecho a la ciudad: avatares de una historia”. En: *Serie Derechos Humanos Emergentes: El derecho a la ciudad*. Barcelona:Institut de Drets Humans de Catalunya, pp. 29-51.

¿Qué ocurre con la educación en tiempos de pandemia?



Bronzovich, Florencia Andrea
Diab, Belén Lucia
(UNICEN)

Resumen

La educación es un pilar fundamental para la sociedad y por ello consideramos que merece ser objeto de estudio en el presente trabajo. A partir del anuncio de la pandemia por el COVID-19 -la cual no estaba prevista en el imaginario de la humanidad-, los Estados comenzaron a tomar medidas que impactan sobre múltiples aspectos de nuestras vidas. Sin embargo nos centraremos en los efectos que estas provocan específicamente sobre la educación. En este sentido, las decisiones que se toman respecto al régimen de enseñanza impactan sobre 1.725.082.528 millones de niños, niñas y adolescentes en edad estudiantil, según las cifras establecidas por la UNESCO al 11 de junio de 2020⁸³.

A pesar de los esfuerzos por parte de los gobiernos de continuar con la enseñanza a través de distintos medios -principalmente el virtual- la realidad es que nos encontramos con grandes obstáculos, que no necesariamente provienen de ésta modalidad, sino de la realidad social en la que vivimos. Esta situación, que requiere de una rapidez en la toma de decisiones por parte de los Estados, para poder garantizar el derecho a la educación, revela una gran cantidad de inequidades y la fragilidad del sistema de garantías de los derechos sociales, que durante los tiempos “normales” permanecen ocultos.

Otro punto a tener en cuenta, es que muchos establecimientos educativos no solo son fuentes de conocimiento, sino que juegan un rol fundamental en la comunidad, sobre todo aquellas que brindan servicio de comedor. En estos casos, ¿quién se debe encargar de satisfacer esta necesidad tan básica como lo es la alimentación? ¿El Estado está obligado a tomar alguna medida al respecto?

En base a lo anteriormente expuesto, podemos ver que el aislamiento social obligatorio pone en evidencia las desigualdades ya existentes. Entonces, ¿se considera

⁸³ UNESCO. "Impacto de la COVID-19 en la educación". Seguimiento mundial de los cierres de escuelas causados por el COVID-19. Disponible en <https://es.unesco.org/covid19/educationresponse>

que el derecho a la educación está realmente garantizado? ¿O nos encontramos frente a una situación de desigualdad de oportunidades que debe ser tratada con urgencia y de manera diligente?

1.- Introducción

El objetivo del presente trabajo es poner en conocimiento el impacto que provocó la declaración de pandemia por el COVID-19⁸⁴ sobre la educación. En el marco de la situación que atravesamos, se adoptaron diversas medidas para evitar la propagación del virus y proteger la salud pública, entre ellas, el cierre de escuelas, institutos, universidades y cualquier otro centro de estudio. En este sentido, y con la finalidad de continuar con la educación que le corresponde a cada persona, se optó por la modalidad virtual como régimen de enseñanza. Sin embargo, como demostraremos a lo largo de este documento, hay un gran sector de la población que ve imposibilitado su acceso al mundo virtual. Para ello, se proveerán datos tanto a nivel mundial como a nivel nacional que reflejan la realidad actual, y permitan arrojar luz sobre las futuras medidas a tomar, teniendo especial consideración los grupos vulnerables.

2.- Educación en contexto mundial.

La emergencia sanitaria que provocó la aparición de un nuevo virus denominado COVID-19, derivó en la declaración de una pandemia por parte de la OMS⁸⁵. En base a esta medida, los Estados debieron tomar múltiples decisiones que permitieran, por un lado, resguardar la salud de sus ciudadanos, y por otro, que las personas puedan seguir realizando la mayor cantidad de tareas diarias posibles. Es evidente que esto generó un fuerte impacto en múltiples aspectos de nuestras vidas, ya sea en la salud, el trabajo y la educación, entre otras. Como consecuencia, el medio virtual fue la gran solución para la mayoría de los casos. En este sentido, ciertas actividades pudieron adaptarse fácilmente al mundo online, por ejemplo aquellos trabajos de oficina que pudieron seguir en pie desde el hogar de cada trabajador y trabajadora, o aquellas empresas que dejaron de abrir sus puertas al público, pero continuaron vendiendo a través de sus páginas online. Sin embargo, nos centraremos específicamente en el impacto que ha provocado la virtualización sobre la educación.

Una vez declarada la pandemia casi la totalidad de los establecimientos educativos debieron cerrar sus puertas, abandonar la modalidad presencial y reconvertirse a una virtual. Así, las clases comenzaron a realizarse mediante plataformas de video en vivo, se digitalizaron archivos, y el mail se convirtió en uno de los nexos principales entre los/las alumnos/alumnas y los/ las docentes. Tomando en cuenta las estadísticas

⁸⁴ Declaración de Tedros Adhanom Ghebreyesu. 11 de marzo de 2020. Ver discurso completo en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

⁸⁵ Declaración de Tedros Adhanom Ghebreyesu. 11 de marzo de 2020. Ver discurso completo en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

arrojadas por la UNESCO, estas medidas impactan sobre 1.725.082.528 millones de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA)⁸⁶.

Ahora bien, toda esa cantidad de jóvenes dejará de asistir a su casa de estudio, en algunos casos por tiempo indeterminado, y deberá adaptarse a las clases virtuales. Sin embargo, según los datos del Banco Mundial, en el 2017 un 49,7% de la población mundial tenía acceso a internet⁸⁷. Suponiendo que este porcentaje haya aumentado en los últimos 3 años, está claro que de todas formas hay una enorme porción de la población -casi la mitad- que no tiene la posibilidad de acceder a este medio. Entonces, ¿cómo se garantizará el derecho a la educación a estas personas, si para poder relacionarse con el mundo educativo el requisito mínimo es el de poseer una conexión a internet?

Esto indudablemente pone de manifiesto las desigualdades ya existentes, y consecuentemente provoca una intensificación de las mismas, ya que los sectores más vulnerables serán aún más perjudicados. Al respecto, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) estimó que *“debido al cierre de las escuelas y las desigualdades en el aprendizaje a distancia, (...) el 86% de los niños en edad de asistir a la escuela primaria de los países con un bajo nivel de desarrollo humano no reciben educación, comparado con el 20% en los países con un alto nivel de desarrollo humano”*⁸⁸. Además, dicho organismo supone que *“podrían volver a registrarse tasas de no escolarización no vistas desde los años 80 -el mayor retroceso jamás registrado-”*. También Audrey Azoulay, Directora General de la UNESCO se pronunció al respecto diciendo que *“si bien los cierres temporales de escuelas como resultado de crisis sanitarias y de otro tipo no son, lamentablemente, algo nuevo, la escala mundial y la velocidad de la actual perturbación de la educación no tienen parangón y, si se prolongan, podrían llegar a amenazar el derecho a la educación”*⁸⁹.

Por esta razón, el cierre prolongado de las instituciones educativas puede significar una pérdida en el aprendizaje a corto plazo. No obstante, las consecuencias a largo plazo son las más temidas, ya que según afirma el Banco Mundial, podría derivar en un aumento en la pobreza de aprendizaje, en la pobreza en general y una reducción del capital humano⁹⁰.

Frente a todo esto, los estados y algunos organismos internacionales comenzaron a tomar medidas para mejorar el aprendizaje a distancia. Entre ellas podemos

⁸⁶ UNESCO. “Impacto de la COVID-19 en la educación”. Seguimiento mundial de los cierres de escuelas causados por el COVID-19. Cifras al 11 de junio de 2020. Disponible en <https://es.unesco.org/covid19/educationresponse>

⁸⁷ Banco Mundial. “Personas que usan internet”. Estadísticas disponibles en <https://datos.bancomundial.org/indicador/it.net.user.zs?end=2018&start=2015&view=chart>

⁸⁸ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). 2020. “Coronavirus vs. Desigualdad”. Informe disponible en https://feature.undp.org/coronavirus-vs-inequality/es/?utm_source=social&utm_medium=undp&utm_campaign=covid19-inequality

⁸⁹ Audrey Azoulay UNESCO. 4 de marzo de 2020. <https://es.unesco.org/news/290-millones-estudiantes-clases-covid-19-unesco-divulga-primeras-cifras-mundiales-y-se-moviliza>

⁹⁰ Banco Mundial. “Covid.19. Impacto en la Educación y Respuestas de Política Pública”. Disponible en <http://pubdocs.worldbank.org/en/533081590756792396/Covid-19-Education-Infographic-spanish.pdf>

mencionar algunos aportes por parte de la UNESCO, tales como la aplicación de programas de aprendizaje a distancia a gran escala y recomendaciones de aplicaciones y plataformas educativas abiertas que las escuelas y los/las maestros/as pueden utilizar para llegar a los/las alumnos/as a distancia. La Organización está compartiendo las mejores prácticas para usar tecnologías móviles de bajo costo con fines de enseñanza y aprendizaje a fin de mitigar las perturbaciones que está experimentando la educación.

3.- Medidas tomadas por el Ministerio de Educación de Argentina.

En el presente apartado nos adentraremos en la situación particular de Argentina. Siguiendo lo establecido por las autoridades sanitarias nacionales, el Ministerio de Educación de la Nación, dispuso suspender las clases presenciales desde el 16 de marzo de 2021, mediante la resolución 108/20. A partir del anuncio de esta medida, UNICEF realizó una investigación y según sus datos, el 81% de los hogares donde viven NNA está en contacto con el sistema educativo y recibe tareas para realizar durante el aislamiento social, preventivo y obligatorio. También se alerta que el 18% de los/las adolescentes no cuentan con Internet en su hogar, y que el 37% no tiene una computadora disponible para realizar los trabajos escolares diarios⁹¹. No obstante ello, hay que destacar que gran parte de los/ las alumnos/as están en contacto con sus docentes, reciben trabajos diarios o semanales, y en su mayoría reciben las correcciones correspondientes.

Además, el Ministerio de Educación en colaboración con múltiples instituciones y organismos puso en marcha un programa para que se pueda continuar con los estudios desde los hogares, denominado “seguimos educando”, con el objetivo de generar diversos canales y herramientas para transitar este proceso con el fin de no acentuar desigualdades. Se trata de un portal digital con material pedagógico, contenidos y demás para dar respuesta a las necesidades de la comunidad educativa, alumnos/as y familiares. En acuerdo con el Ente Nacional de Comunicaciones, se coordinó la gratuidad de la navegación de la plataforma educativa desde todos los teléfonos móviles con todas las prestadoras. El programa incluye la producción y emisión de programas audiovisuales estructurada en base a los núcleos de aprendizaje prioritarios a través de las señales dependientes de la órbita de la secretaría de medios y comunicación pública. A su vez se comprometieron para asegurar que la educación llegue a zonas sin internet, a través de la distribución de material impreso.

Para la educación superior, se le recomendó a las universidades e institutos universitarios de todas las jurisdicciones que adecuen las condiciones en que se desarrollará la actividad académica presencial en el marco de la pandemia (resolución 104/20). A su vez, fue posible la liberación del uso de datos en los sitios web de las universidades para acceder a las plataformas educativas y aulas virtuales.

⁹¹ UNICEF Argentina. 2020. “Encuesta COVID. Percepción y Actitudes de la Población. Impacto de la pandemia y las medidas adoptadas por el gobierno sobre la vida cotidiana de niñas, niños y adolescentes” disponible en <https://www.unicef.org/argentina/media/7866/file>

En cuanto a los integrantes de la comunidad educativa de gestión privada⁹², la medida que tomó el gobierno, fue la de preservar las fuentes del trabajo para los/las docentes, no docentes, auxiliares y personal directivo, asimismo asegurar el pago de los salarios, garantizar el derecho a la educación y adecuar las condiciones de trabajo remoto, en caso de que fuera necesario para preservar la salud de trabajadores/trabajadoras y estudiantes.

4.- Obligaciones estatales respecto del derecho a la educación.

La educación es un derecho humano fundamental e intrínseco de toda persona por el hecho de ser tal, y constituye un medio para la realización de otros derechos humanos⁹³. Su importancia radica en ser el principal medio que permite a las personas adquirir una capacidad crítica, brindar las herramientas necesarias para tener un pensamiento amplio y una mente instruida. Este derecho está presente en el art. 14 de nuestra Constitución Nacional, el cual establece que todos los habitantes de la Nación gozan del derecho a enseñar y aprender. Además se encuentra consagrado en varios instrumentos internacionales. Por ejemplo, en los art. 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el art. 13.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. También, la Carta de la Organización de Estados Americanos (artículo 49), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XII) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 26) son algunos referentes que estipulan obligaciones y/o deberes de los Estados relativos al derecho a la educación.

Es importante resaltar que el derecho a la educación cobra gran relevancia cuando se trata de niños y niñas, sobre quienes los Estados deben optar por una protección especial por su condición de niño/niña de conformidad con el artículo 19 de la CADH. Al respecto, el mismo ha sido establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos “*como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial*”⁹⁴.

Entendiendo la importancia del derecho en cuestión, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante Comité de DESC) en su OG N°13, ha establecido una serie de características indispensables que deben satisfacerse para garantizar de manera efectiva la educación, las cuales han sido interpretadas por la Corte IDH en su fallo González Lluy vs Ecuador⁹⁵. Entre ellas podemos mencionar

⁹² Argentina Gob. Ministerio de Educación 02 de abril de 2020. “El Ministerio de Educación de la Nación dispone recomendaciones para los colegios privados”. Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-ministerio-de-educacion-de-la-nacion-dispone-recomendaciones-para-los-colegios-privados>

⁹³ ONU. Comité de DESC. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto) 08/12/99 E/C.12/1999/10 Observación General 13.

⁹⁴ Corte IDH. Caso “*Instituto de Reeducación del Menor*” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112. Párr. 147 in fine.

⁹⁵ Corte IDH. Caso González Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo,

la disponibilidad, aceptabilidad, la adaptabilidad y la accesibilidad⁹⁶.

De todas ellas, nos interesa resaltar la importancia de la accesibilidad. Esta característica a su vez está integrada por otras tres dimensiones, que son: la no discriminación, la accesibilidad material y la económica. Dicha característica supone que las instituciones y los programas de enseñanza deben ser accesibles a toda persona sin discriminación, y especialmente a los grupos más vulnerables, así como también accesible materialmente, lo que abarca desde la ubicación geográfica hasta los medios tecnológicos que permitan la educación a distancia⁹⁷. En base a estos contenidos, ¿podemos considerar que el derecho a la educación está siendo garantizado en el marco de la pandemia? Debemos tener en cuenta que hay un gran porcentaje de niños, niñas y adolescentes que no pueden acceder al sistema educativo en las circunstancias que nos atraviesan, ya que no cuentan con los medios necesarios que le permitan el enlace con el mundo virtual.

En este sentido, la pandemia ha dejado en evidencia un fenómeno de exclusión que el sistema no tenía previsto. Considerar el acceso a internet como presupuesto mínimo para poder garantizar el derecho a la educación es algo que presenta demasiadas dificultades fácticas.

Es posible que podamos relacionar esta situación con el principio de progresividad y no regresividad, el cual se desprende del art. 26 de la CADH. Este principio constituye una de las obligaciones básicas para los Estados en materia de derechos económicos sociales y culturales y ha sido desarrollado por el Comité de DESC en su OG N°3. En ella se establece “*que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto*”⁹⁸. En base a ello, consideramos que varios Estados no estarían cumpliendo sus obligaciones básicas, ya que hay gran parte de la población en edad escolar y universitaria que no están pudiendo acceder al sistema educativo. Estas personas no tienen cómo llegar a los contenidos esenciales de los programas que le corresponden, ya que como hemos mencionado, no tienen la posibilidad de acceder a una red de internet o a dispositivos electrónicos.

Si bien se puede considerar que el Estado está justificado por la medida excepcional de pandemia, y ello habilita a tomar medidas restrictivas⁹⁹, la realidad

Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298. Párr. 235.

⁹⁶ ONU. Comité de DESC. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto) 08/12/99 E/C.12/1999/10 Observación General 13. párr. 6.

⁹⁷ ONU. Comité de DESC. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto) 08/12/99 E/C.12/1999/10 Observación General 13. párr. 6.

⁹⁸ ONU. Comité de DESC. Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), (Quinto período de sesiones, 1990), U.N. Doc. E/1991/23 (1990). Párr. 10

⁹⁹ ONU. Comité de DESC. Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos,

es que no parece que estén agotando al máximo los recursos disponibles. En este sentido, es indispensable resaltar el hecho de que los/las docentes no han estudiado para enseñar de manera virtual, la gran mayoría de ellos no concursó para clases virtuales y además sus programas no estaban preparados para esta modalidad. Al respecto hay muy pocos programas de capacitación que sean brindados por el Estado, para que mediante ellos se permitan salvar estas dificultades. Así como tampoco existe sistema alguno que permita el acceso a fotocopias, libros y demás materiales que faciliten la educación a distancia, siendo el medio tecnológico el único medio disponible.

Según datos del INDEC, en el cuarto trimestre de 2019, se registró que, en Argentina, el 60,9% de los hogares urbanos tenía acceso a computadora y el 82,9%, a internet¹⁰⁰. A pesar de observar que el porcentaje de acceso a internet es bastante alto, ¿qué ocurre con el casi 18% restante? Si bien parece un número pequeño, ello se traduce en millones de personas, y es más que evidente que los/las NNA que viven en esos hogares tienen el mismo derecho que el otro 82 % a poder gozar de su derecho a la educación. Además, debemos destacar que las estadísticas mencionadas hacen referencia a “hogares urbanos”, por ende el resto de la población -zonas rurales-, no están comprendidos en estos índices, y justamente son los sectores que más se ven afectados por las medidas que suponen la modalidad virtual de la educación.

En este sentido, nos interesa hacer referencia a la Ley de Educación Nacional N° 26206, la cual establece en su artículo 4 que “*el Estado Nacional, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen la responsabilidad principal e indelegable de proveer una educación integral, permanente y de calidad para todos/as los/as habitantes de la Nación*”. Teniendo esto en cuenta, ¿qué pasa con todos los/las jóvenes que no pueden acceder a los materiales básicos, ni a sus clases online? Podría advertirse, que la modalidad online constituye una medida discriminatoria, porque aquellas personas cuya situación socioeconómica no les permita tener los medios para acceder al mundo virtual quedarán marginadas.

Otro punto importante es que la calidad educativa se ve afectada. Si consideramos que la carga horaria se reduce fuertemente, y que los métodos de evaluación disminuyen, a punto tal de que se exigió que los/las alumnos/alumnas no sean calificados/as durante el primer bimestre, trimestre o cuatrimestre, según corresponda¹⁰¹, es posible que la calidad de educación no sea la misma. Es altamente probable que no se adquiera la misma cantidad de contenidos que podría adquirirse en una modalidad presencial.

Sociales y Culturales, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), (Quinto período de sesiones, 1990), U.N. Doc. E/1991/23 (1990). Párr. 9, última parte.

¹⁰⁰ INDEC. “Acceso y uso de tecnologías de la información y la comunicación” disponible en: <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel3-Tema-4-26#:~:text=En%20el%20cuarto%20trimestre%20de,de%20cada%20100%20utilizan%20internet>.

¹⁰¹ Dirección General de Cultura y Educación. 2020. “Enseñanza y evaluación durante la pandemia”

Con todo lo expuesto, no estamos criticando la modalidad virtual en su totalidad, sino que sostenemos que deberían evaluarse otros mecanismos para acceder al sistema educativo, donde no se necesite el internet como presupuesto mínimo. Además, tener que cuenta que si bien la medida de cierre de escuelas tiene como finalidad evitar los contagios por este virus tan desconocido, la realidad es que si la medida se prolonga en el tiempo, puede provocar efectos irreversibles, sobre todo a los y las estudiantes más vulnerables. En este sentido, creemos que los Estados deben prestar especial atención, a aquellos grupos más afectados, como pueden ser los alumnos rurales -sobre quienes dedicaremos un apartado específico- para los cuales deberán proporcionar medidas especiales a fin de garantizar la igualdad de oportunidades. De lo contrario y desde el punto de vista de las obligaciones internacionales, emanadas de los distintos instrumentos de derechos humanos, podría configurarse una vulneración al derecho a igualdad que deben garantizar los Estados. Según indica el Banco Mundial, *“...el cierre de escuelas provocará pérdidas de aprendizaje, aumento de la deserción escolar y mayor desigualdad, y la crisis económica —que afecta a los hogares— agravará el daño debido a la reducción de la oferta y demanda educativa. Esos dos impactos tendrán, en conjunto, un costo a largo plazo sobre el capital humano y el bienestar”*¹⁰².

Sin embargo, podemos concluir que toda esta situación debe servir como aprendizaje para los diversos Estados del mundo. Lo ideal sería que a partir de ello, el sistema educativo pueda recuperarse, y no volver al punto anterior. Donde la educación estaba caracterizada por un grado bajo de aprendizaje, desigualdad y avances lentos. Es decir, que los Estados tienen la oportunidad de reconstruirse, y evaluar las medidas que puedan adoptar a largo plazo, con el objetivo de mejorar el sistema educativo¹⁰³.

5.- Acceso a internet, educación online. NNA en zonas rurales. Plataformas virtuales y el acceso a internet como un derecho.

En la actualidad, el acceso a internet representa un instrumento esencial para que las personas puedan ejercer sus derechos de desarrollo personal y ciudadanía; el no contener el acceso a este medio de comunicación, conlleva el marginamiento y riesgo de exclusión social. Como hemos mencionado anteriormente, el acceso a internet es primordial en estos momentos, pues donde los vínculos entre las personas y con las instituciones educativas son sumamente necesarios, es el medio más idóneo para proporcionar y desarrollar el intercambio de datos, con un flujo constante de información. Sin embargo, advertimos que hay diversos grupos que quedan excluidos de la modalidad virtual de educación, y uno de ellos es el entorno rural. En este último, es donde está el verdadero desafío y se necesita mayor atención para

¹⁰² Banco Mundial. 7 de mayo de 2020. “Pandemia Covid-19: impacto en la Educación y Respuestas de Política Pública”. Disponible en <https://www.bancomundial.org/es/topic/education/publication/the-covid19-pandemic-shocks-to-education-and-policy-responses>

¹⁰³ Banco Mundial. 7 de mayo de 2020. “Pandemia de COVID-19: Impacto en la educación y respuestas en materia de políticas”.

que aquellos puedan continuar su aprendizaje. Uno de los motivos por los que esta parte de la población es excluida, es porque las empresas de telecomunicaciones no invierten en estas áreas, ya que los costos son sumamente elevados y el número de clientes es reducido.

La suspensión de las clases, sin una dinámica en la que participen los/las docentes y alumnos/alumnas, conlleva que los/las alumnos/alumnas rurales no avancen en sus estudios. La complejidad para el acceso al material es sumamente alta, los cuadernillos que se les pueden proveer, para subsanar la falta de internet, no alcanzan. Sin dudas no es lo mismo aprender con el/la profesor/profesora explicando y compartiendo el mismo tiempo real y espacio físico, que tener que leer el material en abstracto. Muchas veces no es el/la alumno/alumna el/la que se tiene que adaptar a los contenidos para aprenderlos, sino que es el/la docente adaptar el material para que los/las estudiantes puedan continuar en estas circunstancias excepcionales su estudio.

Según un relevamiento del Ministerio de Educación de la Nación de 2018, en Argentina hay cerca de 21.000 escuelas rurales donde estudian alrededor de un millón de alumnos/as¹⁰⁴. En este sentido vemos que es una gran porción de la población la que requiere algún tipo de consideración especial. Muchas veces el conversar con los/las docentes o sus compañeros es la única conexión que tienen las/los jóvenes de las escuelas rurales. Es sumamente importante que los gobiernos tomen medidas para no dejar la educación de los niños, niñas y adolescentes libradas al azar.

Siguiendo la resolución que tomo el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en la cual establece la “*promoción, protección y el disfrute de los derechos humanos en internet*”¹⁰⁵, se está considerando que de ahora en adelante, el acceso a internet es un derecho básico de todos los seres humanos. De esta manera, los mismos derechos que tienen las personas fuera de línea, en su vida cotidiana, deben ser protegidos en línea¹⁰⁶. Si bien, en principio esta resolución no es vinculante, es decir, que los países no están obligados a cumplirla, se recomienda que de todas formas lo hagan para lograr el pleno goce de los DDHH.

6.- Importancia de la escuela como institución social.

Las escuelas suelen ser una segunda casa para las personas que concurren a ellas, tanto docentes como alumnos/alumnas, por eso el rol que cumple en la sociedad es fundamental. En un contexto de cuarentena obligatoria, los vínculos establecidos entre las instituciones educativas y las familias se vuelven complejos, requiriendo un

¹⁰⁴ La Nación 9 de abril de 2020 “*Coronavirus en la Argentina: el conmovedor esfuerzo de los maestros rurales para seguir enseñando durante la cuarentena*”. Disponible en <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/coronavirus-argentina-conmover-esfuerzo-maestros-rurales-seguir-nid2352528>

¹⁰⁵ Declaraciones de Juan Carballo en “*Computerhoy*”, 6 de julio de 2016. Disponible en <https://computerhoy.com/noticias/internet/onu-declara-acceso-internet-como-derecho-humano-47674>

¹⁰⁶ Declaraciones de Juan Carballo en “*Computerhoy*” 6 de julio de 2016. Disponible en <https://computerhoy.com/noticias/internet/onu-declara-acceso-internet-como-derecho-humano-47674>

compromiso mayor de todos los sujetos intervinientes en dicha relación¹⁰⁷. Cuando la familia se abre hacia la escuela, confiando la complementación de su educación a su profesorado se van construyendo lazos. Conformar estos lazos cuando tenemos un contacto directo sin dudas no es problema, pero ¿qué pasa durante el aislamiento social?

Sin dudas el compromiso de todas las partes implicadas es mucho más alto. Por esta razón, el rol de la familia será fundamental, ya que ésta dará la motivación necesaria a los NNA, para que continúen sus estudios y puedan explotar al máximo su potencial. Que los/las docentes entiendan que no todos los NNA tienen el mismo tiempo, que deben mantener una escucha activa y además tener en cuenta que todas las familias presentan un contexto distinto. Por otro lado, los/las profesores/profesoras deben promover el vínculo entre sus alumnos/alumnas y la familia, para hacer actividades en conjunto o simplemente que les cuenten las actividades que realizan y con ello que se involucren. Poner en contacto a los/las alumnos/alumnas con los conocimientos de la historia, la cultura, la matemática es tan importante como lo que se aprende en el mundo por medio de sus relaciones.

Durante el aislamiento obligatorio, buscar la participación de las familias en el proceso educativo puede tener sus complejidades pero ¿qué mejor momento para hacerlo? Se puede favorecer un espacio de intercambio con las familias para abordar diferentes problemáticas actuales y elaborar de forma conjunta estrategias de prevención, solución y acompañamiento. En este sentido, la coordinación Escuela, Familia y Comunidad (EFC), tiene como principal objetivo la participación de las familias en el acompañamiento de las trayectorias escolares de los/las niños/niñas y jóvenes, para que sean continuadas y de calidad¹⁰⁸. Así mismo, se busca propiciar la participación de las familias en el proceso educativo para que se pueda generar un espacio de intercambio y de esta manera poder abordar problemáticas actuales.

Desde la postura según la cual los derechos tienen una conexión fundada en las características de interdependencia e indivisibilidad de los mismos, se puede observar que la afectación del derecho a la educación acarrea la vulneración del derecho a la alimentación y por lo tanto a la salud. El problema de la suspensión de las clases además implica la afectación a la función de comedor que cumplen muchos de los establecimientos educativos. En este sentido los grupos vulnerables de la sociedad, quienes tienen un caudal económico reducido o nulo, recurren a los comedores de las escuelas para alimentarse. Considerando el contexto actual, hay familias enteras a las cuales el derecho a la alimentación no se les está garantizando. Muchos NNA no reciben su ración de alimento que necesitan para su próspero conocimiento, las porciones de la escuela muchas veces son las únicas que tienen

¹⁰⁷ Paloma Nuria Gonzalo García para “*El diario de la educación*” 14 de marzo de 2017. “*La relación escuela-familia y su influencia en el niño y la niña*”. Disponible en <https://eldiariodelaeducacion.com/2017/03/14/la-relacion-escuela-familia-y-su-influencia-en-el-nino-y-la-nina/>

¹⁰⁸ Argentina Gob. Ministerio de Educación 17 de abril de 2018. “*Fortalecer el vínculo entre la escuela, la familia y la comunidad*”. Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/noticias/fortalecer-el-vinculo-entre-la-escuela-la-familia-y-la-comunidad>

en el día.

Este derecho es fundamental de todos los seres humanos, ya que sin él no pueden vivir. El alimento debe ser suficiente para toda la población, accesible a cada persona sea gracias a producción propia o gracias a un poder adquisitivo suficiente para comprar alimento, estable y duradero en cuanto a disponible en todas las circunstancias y debe ser salubre¹⁰⁹. Nos parece sumamente importante remarcar el punto de que el alimento debe ser estable y duradero sea en las circunstancias que se encuentre la sociedad, en este caso frente a la pandemia. Los niños, niñas y adolescentes deben tener una dieta equilibrada para desarrollarse física e intelectualmente. Esto resulta esencial para la concentración y la manera en la que captara el aprendizaje que se le provea.

En este sentido, el derecho a la alimentación la encontramos en distintas regulaciones del derecho, en la ley del programa de nutrición y alimentación nacional, leyes de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes. También dentro de nuestra Constitución, en el art. 75 inc. 22, el derecho a la alimentación se encuentra de forma implícita, al dar a la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11) jerarquía constitucional. A su vez ha sido reconocido en varios instrumentos internacionales específicos como la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24 y 27), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 12) o la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 25 y 28).

También el Comité de DESC, en su comentario general 12, se expresó al respecto, sosteniendo que *“el derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a una alimentación adecuada o a medios para obtenerla”*¹¹⁰.

Por último, respecto a las medidas concretas adoptadas por el Estado argentino, podemos mencionar la resolución que se realiza en conjunto con el Ministerio de Desarrollo de la Comunidad- Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires N° 705, en la cual se establece que el Servicio Alimentario Escolar, se prestará mediante la entrega de módulos de alimentos, los que deberán adecuarse al marco nutricional de emergencia. Éstos podrán ser retirados cada quince días por las personas responsables de los/las niños/niñas y adolescentes destinatarios del servicio. La realización de la entrega será con horario a convenir y con las medidas de precaución necesarias, evitando la acumulación de personas en un mismo sitio.

Los fundamentos de la entrega de los bolsones de alimento son, la imposibilidad de asistencia presencial de NNA a las entidades educativas, debido al aislamiento

¹⁰⁹ Olivier De Schutter. “Derecho a la alimentación como derecho humano”. Disponible en <http://www.srfood.org/es/derecho-a-la-alimentacion>

¹¹⁰ Olivier De Schutter. “Derecho a la alimentación como derecho humano”. Disponible en <http://www.srfood.org/es/derecho-a-la-alimentacion>

social preventivo, lo que no les permite acceder a las prestaciones de desayuno / merienda/ almuerzo. Priorizar la seguridad alimentaria en cuanto a la selección de alimentos y productos alimenticios disponibles, que no requieran cadena de frío para transportarlo, que tenga una adecuación nutricional, entre otras características. Con esta prestación se intenta que las concurrencias de los programas de desayuno/ merienda/ almuerzo en las escuelas, sea reemplazada por la entrega de estos módulos de alimentos. De esta manera se puede observar cómo se intenta subsanar los problemas mediatos y de mayor importancia, como es el de la alimentación¹¹¹.

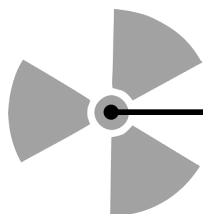
7.- Conclusión

A partir de los puntos desarrollados en el presente informe, se puede advertir que en Argentina, los múltiples esfuerzos por parte del gobierno para sanear las problemáticas de la suspensión de clases presenciales mediante el reemplazo por aulas virtuales, en la realidad fáctica presenta enormes dificultades. Entendemos que las circunstancias actuales requieren de medidas concretas, rápidas y lo más universales posibles, sobre un tema que es sumamente complejo y delicado. La pandemia por el COVID-19 ha puesto en evidencia las brechas sociales existentes en el país, como así también en el mundo entero. En este sentido, todos los países se vieron afectados por la pandemia, más allá del empeño por parte de los organismos internacionales para subsanar las complicaciones que sobrevinieron al aislamiento social obligatorio.

Nos parece importante resaltar que las cifras, tanto nacionales como mundiales, demuestran que los efectos a largo plazo pueden ser devastadores si no se adoptan medidas urgentes que logren integrar a mayor cantidad de población estudiantil a los sistemas virtuales y proporcionar una educación de calidad.

¹¹¹ Ministerio Público Fiscal 4 de junio de 2020 (actualización). “COVID-19: Digesto normativo en materia de emergencia sanitaria”. Estado Nacional, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Provincia de Buenos Aires. Pág. 199

Avances del proyecto PICT-Agencia “Hacia una cartografía federal de la actuación del Poder Judicial en materia migratoria...”



Lila García.

(CONICET-UNMDP)

Resumen

El proyecto de referencia (“Hacia una cartografía federal de la actuación del Poder Judicial en materia migratoria y su impacto en el acceso a la justicia de las personas migrantes y refugiadas en Argentina, 2004-2017), un PICT 2017 de AGENCIA en su primer año de ejecución, busca iniciar una primera sistematización a nivel nacional del accionar del Poder Judicial en materia migratoria y analizar su impacto en el acceso a la justicia de las personas migrantes y refugiadas (PMyR). Para ello se propone caracterizar y diagnosticar el accionar de la justicia en tres puntos considerados representativos: Neuquén, Posadas e interior de la Provincia de Bs.As. (Bahía Blanca y Mar del Plata). El período en estudio es amplio (2004-2017), lo que llevó a acotar el abordaje metodológico: cuantitativo para todas las jurisdicciones federales, a modo contextual; cualitativo para las jurisdicciones que se toman como representativas.

El proyecto se plantea tres grandes objetivos: 1. Indagar y analizar el accionar del Poder Judicial en demandas por acceso a derechos de personas migrantes y refugiadas en las tres jurisdicciones federales no penales referidas; 2. identificar y sistematizar los desafíos y obstáculos que enfrentan las personas migrantes y refugiadas para acceder a la justicia y en particular, a una tutela judicial efectiva; 3. Evaluar específicamente cómo ciertas miradas y prácticas judiciales realizadas de conformidad con los protocolos usuales de acción impactan en las personas migrantes y refugiadas.

En esta ponencia, luego de presentar el contexto general (acciones judiciales a relevar, caracterización del fuero, descripción de la metodología, uso de base de datos, etc.) donde se incluyen algunos datos sobre todas las jurisdicciones federales

para los últimos años, expone algunos de los resultados obtenidos para el primer objetivo, a partir de las dos jurisdicciones correspondientes a la Provincia de Buenos Aires, Bahía Blanca y Mar del Plata.

1.-Presentación y metodología

Esta ponencia se inserta en una indagación más amplia, relacionada con mi proyecto de investigación en el ámbito del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) que se pregunta por la actuación del Poder Judicial en las demandas por acceso a derechos de personas migrantes y solicitantes de asilo.

La pesquisa en torno a esta institución obedece al posicionamiento otorgado por la ley de migraciones que lo incluye como actor para distintas decisiones, incluso de manera obligatoria, sea para tomar una decisión en control migratorio como para revisarla. Esto ocurre por ejemplo para decidir la detención de una persona migrante a los efectos de su expulsión (la “retención”, que solo puede ser ordenada por el Judicial), para revisar la orden de expulsión de una persona residente o para impugnar prácticamente cualesquiera otras decisiones que tome la autoridad de aplicación. En otro nivel, también el acceso a la justicia se consagra como derecho de toda persona migrante, solicitante de asilo y refugiada. Este rol es una novedad en el campo migratorio latinoamericano, donde la participación del judicial ocurre mayormente por vía de excepción; incluso en la experiencia europea de los países que sí prevén judicialización de trámites migratorios, estos se limitan a los pedidos de asilo.

En el fondo, el Judicial tiene en definitiva el mandato de efectuar un balance entre el “derecho a migrar” reconocido por la ley de migraciones y las facultades de exclusión del Estado argentino, que no desaparecieron frente a aquél derecho.¹¹²

Para esta indagación general, entonces, nos concentramos en la sección del Judicial donde se tramitan las demandas del área contra el Estado Nacional (el fuero federal administrativo, ya que el fuero migratorio aún no fue creado) y dentro de ella, en las demandas donde la autoridad competente, la Dirección Nacional de Migraciones (DNM), es demandada o “actora” (demandante). La metodología seguida para el proyecto y esta ponencia replica la hecha para la investigación de doctorado solo que en lugar de estar presente juzgado por juzgado, o en la Cámara de Apelaciones, la búsqueda se hizo por las bases de datos disponibles en línea.

Esto implica un primer gran recorte a todas las demandas por acceso a

¹¹² Sobre el rol del poder judicial en los estudios de migraciones, véase García, 2018, 2019. Una caracterización del Poder Judicial y del fuero federal administrativo en particular: García, 2016.

derechos, al circunscribirnos al núcleo duro de la política migratoria o a la política migratoria en sentido estricto, que es el control migratorio. También acarrea también una delimitación para las personas solicitantes de asilo, ya que al involucrar a la DNM y no al organismo que decide las solicitudes de refugio (la Comisión Nacional para los Refugiados, CONARE) solo resultan subsumidos algunos casos, mayormente aquellos donde CONARE denegó el estatuto de refugiado/a y las personas acudieron a la vía administrativa migratoria.

Entonces, las acciones judiciales a relevar serán todas aquellas en las cuales la DNM sea actora o demandada. La definición de causas por la intervención de DNM es la que más nos acerca a conocer causas que involucren a personas migrantes, ya que no hay otro criterio para conocer de antemano si una causa judicial dada refiere a una persona extranjera o no. Incluso en causas judiciales conocidas en el ámbito migratorio (como “Quisbeth Castro”, del TSJ de la Ciudad de Buenos Aires, que fue un reclamo por el derecho a la vivienda) no se menciona, por ejemplo, que las personas intervinientes eran bolivianas. Sin embargo, esto deja fuera otras autoridades que podrían ser interpeladas por derechos de las personas migrantes y solicitantes de asilo, como la CONARE, la Gendarmería o cualquier fuerza de seguridad.

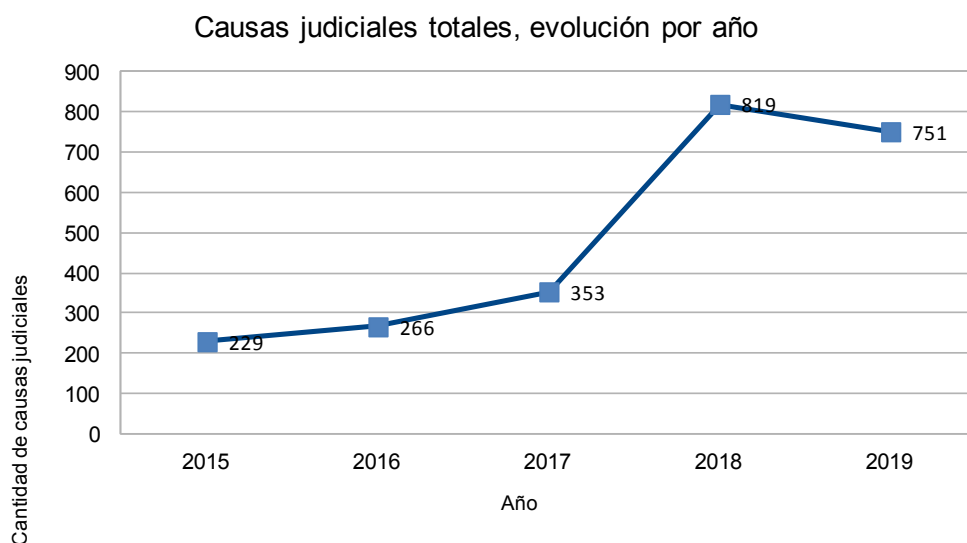
Por otro lado, esta selección por vía de la intervención de la autoridad de aplicación produce que los resultados incluyan todo tipo de causas, incluso no relacionadas con temas migratorios, como por ejemplo demandas laborales contra DNM, o solo relacionadas tangencialmente, como las ejecuciones de multas a empleadores. Es por ello que los primeros listados de causas judiciales sean “limpiados” según criterios que permitan acercarnos a una delimitación de causas que sí sean migratorias: se excluyen los casos que involucren personas jurídicas (por ejemplo, compañías aéreas), aquellos donde el objeto del juicio sea “empleo público” o “ejecución fiscal”. Lo que quiero decir, en definitiva, es que este recorte tiene límites y es posible que algunas cuestiones del campo se pierdan.

2.-Un panorama general

Como parte de la indagación para el proyecto PICT en particular (que solo analiza algunas jurisdicciones), hice un mapeo general de las causas judiciales en las jurisdicciones federales del país (que son un total de 17, aunque la de San Justo en Prov. de Buenos Aires no funciona aún) aunque limitado en tiempo y en metodología: solo 2015-2019 y con un análisis solo cuantitativo. En una publicación previa incluí un mapa y una explicación mayor sobre los fueros federales (García, 2018).

La idea aquí era tener un **mínimo** marco de referencia para las jurisdicciones a abordar (desde el cual sí la mirada puede avanzar hacia algo más cualitativo) y en particular, ver el comportamiento de las causas judiciales a raíz de varios avatares legales y políticos que habían tenido lugar en la arenamigratoria: la llegada al poder de la Alianza Cambiemos, que asume con un discurso caro a los derechos de las personas extranjeras, el intento de creación del primer centro de detención de migrantes en 2016, la emisión del DNU 70/2017 cuya criminalización de las personas migrantes fue enfatizada por varios organismos de derechos humanos, tanto nacionales como internacionales (García y Nejamkis, 2018; Penchaszadeh y García, 2018).

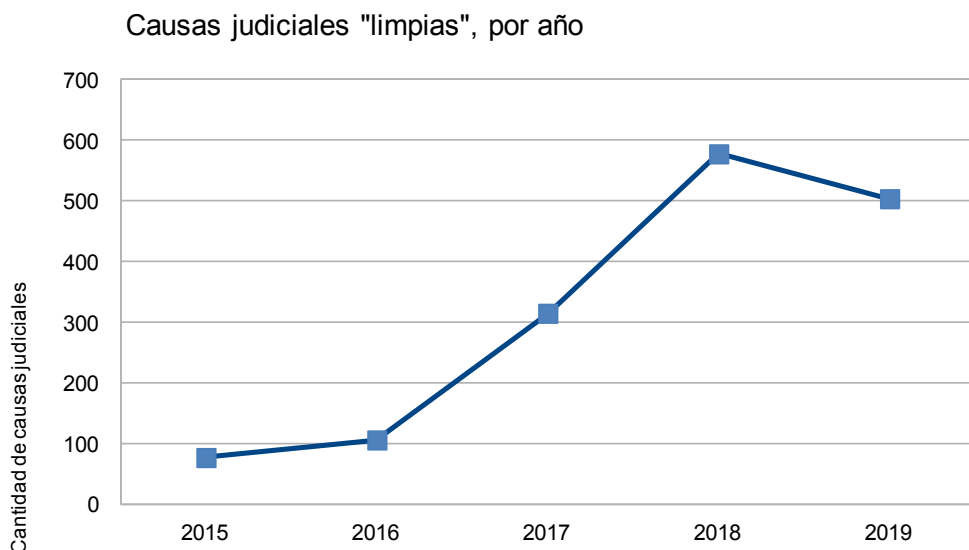
Digo “mínimo” también porque el relevamiento excluyó el fuero que más causas judiciales concentra, que es el de la Capital Federal. Allí, el llamado “fuero nacional contencioso administrativo federal” necesita un abordaje presencial. Por un lado, es el fuero donde hice mi trabajo de campo para el Doctorado, con lo cual no tenía mucha curiosidad. Pero por otro lado, lo cierto es que resultó improcesable por la base de causas judiciales en línea del fuero federal. En el cuadro a continuación revistan, para un período más acotado, el total de causas judiciales iniciadas en el país (fuero federal) por DNM o contra DNM.



Fuente: elaboración propia, sobre los datos de www.pjn.gov.ar

Ahora bien: estas son las causas totales, lo que incluye muchas ejecuciones

fiscales y cobros de suma de dinero. El cuadro a continuación¹¹³ trabaja entonces con causas “limpias” (la realización de esta operación de “limpieza” se explica en García, 2018 por ejemplo); aún sin incluir al fuero contencioso de la Capital Federal, es bastante representativo de lo que ocurre en el resto del país, ya que incluye todas las provincias.



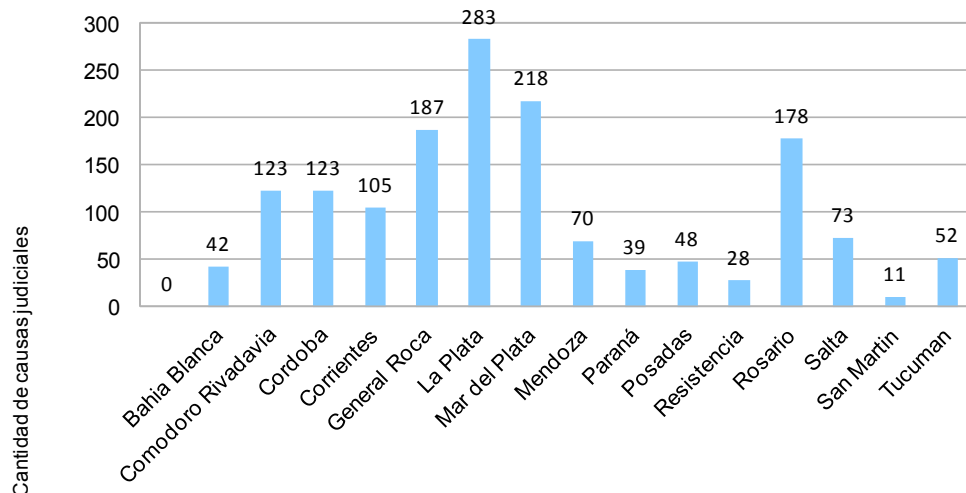
Fuente: elaboración propia sobre la base de www.pjn.gov.ar

Lo que se ve claramente en el gráfico anterior es que las causas se triplican para 2017 y se duplican para 2018, alcanzando así su punto más alto; una de las hipótesis aquí era que el DNU había causado un aumento en la cantidad de impugnaciones frente a las órdenes de expulsión, que se habían multiplicado también para el período (García, 2018). Con todo, resultó que el veloz desplazamiento de la cuestión administrativa a la vía judicial tiene más que ver en ello (García, 2018) que el aumento de expulsiones en sí mismo.

Visto este gráfico por jurisdicción, se ve que algunas colaboraban mucho más en la conformación de estos números que otras. En el cuadro a continuación se pueden ver por orden alfabético.

¹¹³ Este y todos los cuadros a continuación son de elaboración propia y la fuente es www.pjn.gov.ar

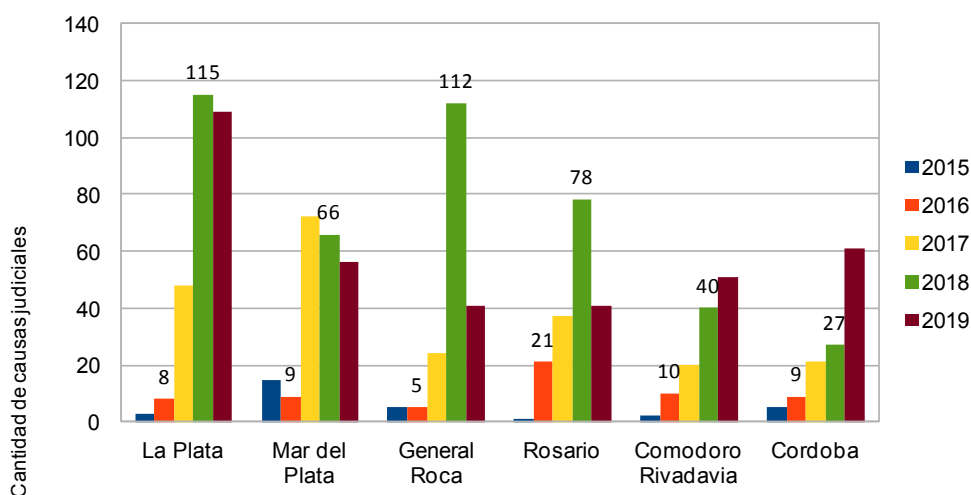
Causas judiciales "limpias", por jurisdicción



Fuente: elaboración propia sobre la base de www.pjn.gov.ar

Como se ve, de todas estas jurisdicciones (quince en total) las que más contribuyen con causas a nivel país son cinco: La Plata, General Roca, Mar del Plata, Córdoba, Rosario y Comodoro Rivadavia. En el cuadro a continuación luce la cantidad de causas judiciales (tanto DNM actora como demandada) por año.

Causas judiciales "limpias", jurisdicciones principales



Veamos entonces los dos fueros seleccionados para representar (quizás muy ambiciosamente) “el interior” del país.

3.-Dos fueros para el interior del país: Mar del Plata y Bahía Blanca

La selección de Mar del Plata y Bahía Blanca como fueros representativos de la provincia de Buenos Aires fue hecha incluso antes de mirar sus resultados en el contexto general, a partir de algunas pistas sobre la composición poblacional extranjera que abarcaba dichas jurisdicciones.

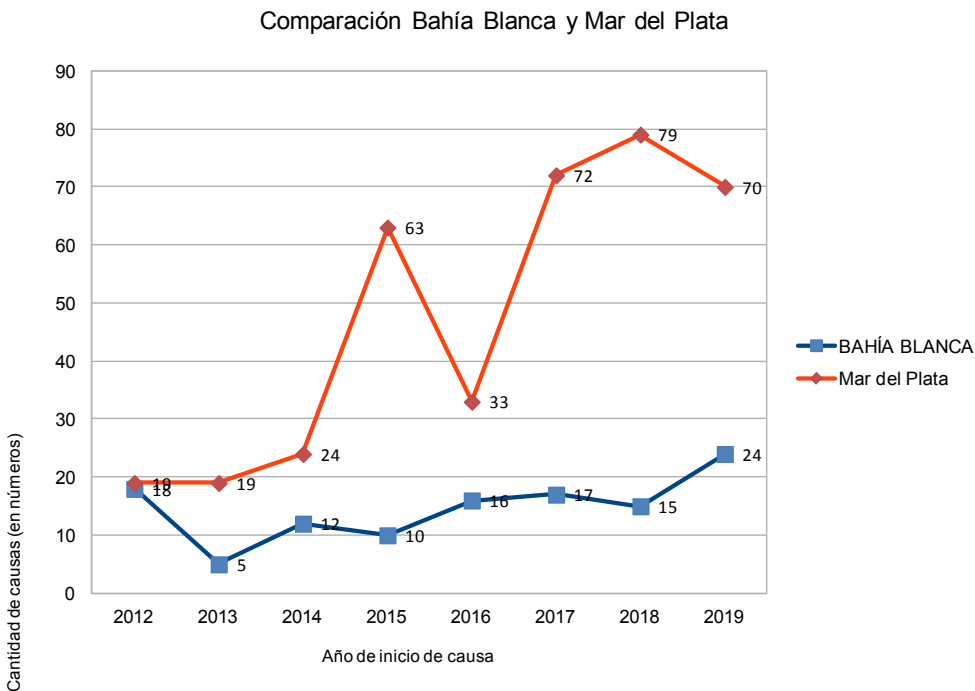
La provincia de Buenos Aires tiene varios fueros federales: además de Bahía Blanca y Mar del Plata, se cuentan La Plata, San Martín; el norte de la provincia, por ejemplo, queda subsumido bajo el fuero de Rosario. El fuero federal de Mar del Plata incluye varios juzgados, no solo en Mar del Plata sino también en Dolores, Necochea y Azul, con lo que cubre buena parte del interior de la provincia. Son cuatro juzgados federales en la ciudad de Mar del Plata (de los cuales solo dos concentran causas administrativas), dos en Azul y uno en cada una de las otras ciudades mencionadas. Por su parte, el fuero federal de Bahía Blanca incluye dos juzgados en esa ciudad y uno en Santa Rosa (La Pampa).

El primer obstáculo para la indagación fue de tipo metodológico. Si bien para el panorama general se tomó desde 2015 solamente (a modo referencial, ya que no es objetivo del proyecto mapear todo el país sino solo puntos mencionados), el objetivo del proyecto era hacer un *racconto* desde 2004 inclusive lo cual no fue posible, al menos mediante el uso de la base de datos en línea del fuero federal. Existen algunos resultados aislados para 2010 y uno para 2007 y de hecho hay más resultados en general pero no es posible identificar su año de inicio. En términos generales, el tipo de carga que el fuero federal hace en el sistema informático antes de 2012 (que coincide con un cambio que registré en la revisión para la tesis de doctorado) no permite identificar el año de inicio.¹¹⁴ Así las cosas, la primera pretensión de mapear mediante el uso de la base de datos del fuero desde el año 2004 terminó allí.

¹¹⁴ Hubo un “sistema” hasta ese año aproximadamente. Cuando en la revisión por juzgados consultaba por expedientes que no tenían movimiento antes de ese año, en la mesa de entradas de los juzgados me respondían invariablemente “no está en sistema”. ¿Qué podía significar, cuando era expedientes que efectivamente existían? Me explicaron que había un nuevo sistema informático y que no habían cargado los expedientes anteriores que no tenían movimiento, pero que era posible buscarlos ingresando al sistema anterior.

Con todo, amplíe el campo hasta diciembre 2019. Cuando formulé el proyecto (pensado hasta 2017) el DNU 70/2017, que tanto impacto tuvo en el campo del control migratorio y en el poder judicial, no se había dictado; dada esta importancia y la imposibilidad de acceder, con los medios disponibles, a resultados y consistentes anteriores a 2012, se vio la conveniencia de incluir 2018 y 2019.

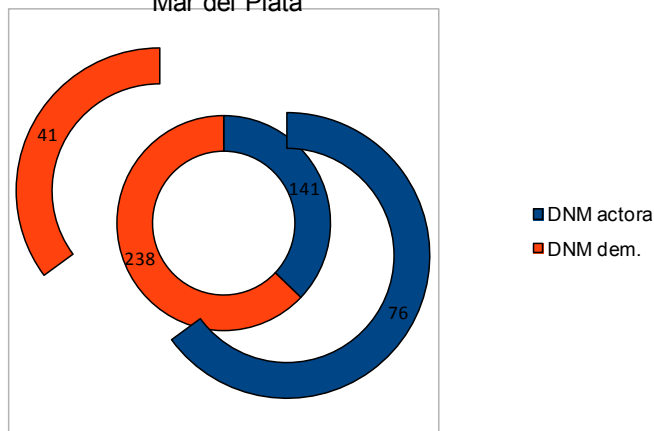
En el cuadro a continuación se relevan causas judiciales “totales” desde 2012 a 2019 inclusive (diciembre 2019).



Fuente: elaboración propia sobre la base de www.pjn.gov.ar

El desglose de causas por DNM actora o demandada luce a continuación. El círculo grande representa las causas judiciales totales en Mar del Plata, distinguidas según sea DNM demandada u actora, mientras que el círculo del centro más pequeño representa las causas en Bahía Blanca. Con el mismo color está pintada la posición de DNM: azul para las causas en ambas jurisdicciones donde sea actora y con naranja, donde es demandada. Mientras que en Mar del Plata la posición de demandada duplica a la de actora, en Bahía Blanca es a la inversa, con muchas más demandas que DNM inicia. Esto, calculado sobre “causas totales”, esto es, todas las que figuran en el listado frente a la búsqueda por la voz “migraciones” en ambas categorías (“actora” y “demandada”).

Causas judiciales totales por parte Bahía Blanca y Mar del Plata



Fuente: elaboración propia sobre la base de www.pjn.gov.ar

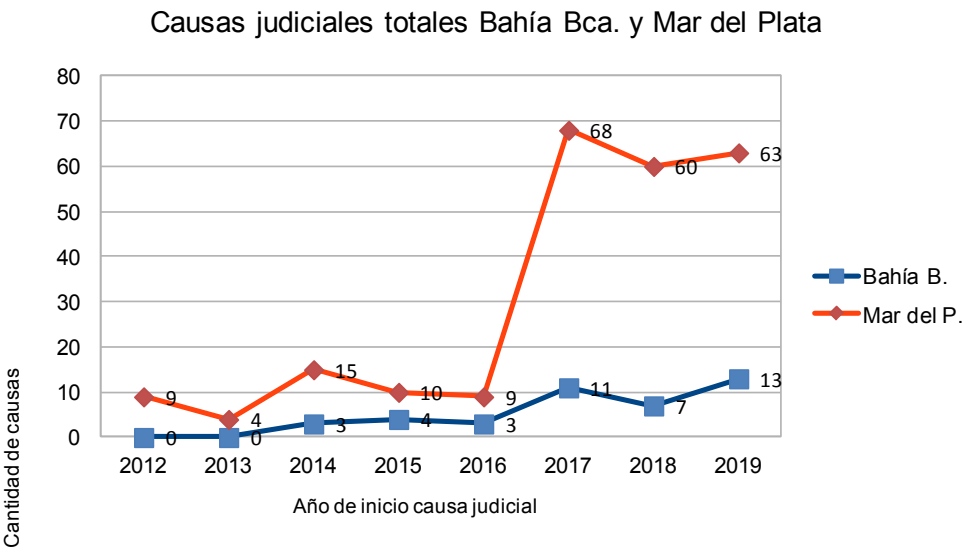
En total, para los años en estudio, se cuentan 117 causas judiciales en total (DNM actora o demandada) en Bahía Blanca y 379 en Mar del Plata. Entre ambas, suman casi 500 causas judiciales (496) para el período 2012-2019 inclusive.

Frente a esto, todavía falta “limpiar” los listados para limitarlo a las causas que pueden realmente referirse al control migratorio en sentido estricto y no a otros temas (empleo público) u efectos colaterales de tipo recaudatorio (ejecución de multas y causas dinerarias en general). Los números cambian sobre todo en la parte en la que DNM es actora, pues la mayoría de las acciones son ejecuciones fiscales o cobro de suma de dinero. Esto es así a tal punto que en Bahía Blanca no hay causas con DNM actora (ninguna) fuera de estos casos y en Mar del Plata solo hay algunas pocas causas fuera de esas. Las que quedan fuera de las ejecuciones y cobros de suma de dinero son “órdenes de retención” y ni siquiera hay acciones de este tipo para todos los años: hasta 2016 inclusive, las acciones que inicia DNM son solo dinerarias. Recién en 2017 aparecerán 3 retenciones seguidas de seis más en 2018 y dos más para 2019. Este es un número realmente muy bajo.

Veamos entonces lo que queda en las demandas contra DNM, que es bastante más representativo que lo que ocurre en las causas con DNM actora: en Bahía Blanca, las demandas contra DNM serán catalogadas (según su objeto del juicio) como “recursos directos” (que refiere a la vía recursiva prevista por la ley de migraciones), “contencioso administrativo varios”, “BLSG”, “nulidad de actos administrativos”,

“impugnación de acto administrativo” y “amparos” (incluye amparos por mora). Estos mismos objetos de juicio se repiten en Mar del Plata y se agregan “acciones meramente declarativas” (dos en total), “apelación de multas” (una) y una “medida cautelar”.

En el cuadro a continuación luce la evolución de las causas donde DNM ha sido demandada, por año y por jurisdicción. Se trata en total de 279 causas judiciales, 41 por Bahía Blanca y 238 por Mar del Plata.



Fuente: elaboración propia sobre la base de www.pjn.gov.ar

Algunas conclusiones de esta primera aproximación y pistas para seguir la investigación.

4.-Conclusiones

Se ve un crecimiento importante de causas judiciales iniciadas desde 2017 y luego hacia 2018 otra vez. Para 2019 el pico alcanzado en 2018 se presenta levemente descendente, aunque hay que tener en cuenta aquí que los resultados se cerraron a principios de noviembre 2019 y todavía quedaba un mes y medio para ingresar causas judiciales. Para mayo de 2020, había muy pocas causas iniciadas (dos o tres en cada una de estas jurisdicciones) pero también hay que tener en cuenta cómo el aislamiento afecta la actividad tanto de DNM como del Poder Judicial.

Causas donde DNM es actora. Luego de la “limpieza” de los listados que arroja el sistema (que son siempre de causas totales), las participaciones de DNM como actora en control migratorio se limita a órdenes de retención, que era algo que ya sabíamos a partir de la tesis doctoral. Lo que quiero decir es que las acciones que DNM debiera iniciar por el artículo 61 de la ley de migraciones siguen ausentes: no hay causas que DNM inicie para la revisión judicial de su decisión de expulsar a una persona extranjera que reside en el país.¹¹⁵

Por otro lado, como las retenciones son muy pocas a nivel país (esto surge de una mirada un poco general de los resultados generales) sería posible hacer un mapeo total de estas acciones sin mucha dificultad y hacer sobre él un abordaje cualitativo (análisis de documentos y etnografía legal en general). Aunque habría que identificar en cada jurisdicción cuáles son concretamente estas causas y luego ingresar con el número de expediente en cada jurisdicción federal, es una empresa más fácilmente delimitable.

Causas donde DNM es demandada. Este es el grueso de las causas judiciales que involucran el control migratorio, sean totales o incluso “limpias”, lo cual ya es todo un dato: hay muchas más impugnaciones al accionar de DNM que lo que esta actúa. Aunque esto pueda parecer obvio, hay que tener en cuenta que por cada orden de expulsión, para efectivizarla DNM debería solicitar la autorización judicial. Entonces, en teoría se podría esperar que por cada orden de expulsión haya un pedido de retención. Esto dista muchísimo de ser así. Ocurre también que no todas las retenciones se tramitan en expedientes administrativos: cuando las personas son “extranjeras judicializadas”, el trámite suele hacerse en el expediente penal. Y por supuesto, hay otros avatares en el ámbito administrativo.

En este universo enorme de causas contra DNM, una vía de entrada a nivel nacional sería analizar solo los amparos ley 16.986. Primero, por supuesto, porque son pocos y es posible individualizarlos en los listados generales. Pero es también interesante porque al existir una vía recursiva específica y de plazos rápidos para temas de control migratorio, un amparo en el área habla de una urgencia mayor.

Por otro lado, en el nivel de las jurisdicciones seleccionadas haré un muestreo. Para esto completo la planilla para cada expediente judicial (que funciona como

¹¹⁵ ARTICULO 61. — Al constatar la irregularidad de la permanencia de un extranjero en el país, y atendiendo a las circunstancias de profesión del extranjero, su parentesco con nacionales argentinos, el plazo de permanencia acreditado y demás condiciones personales y sociales, la Dirección Nacional de Migraciones deberá conminarlo a regularizar su situación en el plazo perentorio que fije para tal efecto, bajo apercibimiento de decretar su expulsión. Vencido el plazo sin que se regularice la situación, la Dirección Nacional de Migraciones decretará su expulsión con efecto suspensivo y dará intervención y actuará como parte ante el Juez o Tribunal con competencia en la materia, a efectos de la revisión de la decisión administrativa de expulsión.

una “encuesta”) con los datos mínimos que surjan para ella (no ya en el listado general sino ingresando en el fuero específico con el número de expediente): autos/ caratula, nacionalidad de la persona involucrada, sexo/género, situación familiar si se menciona, causal de expulsión. Con estos datos generales se puede tomar una muestra de casos que resulte representativa (ej. por nacionalidad) y sobre esto se puede hacer el trabajo más fino de análisis de aspectos legales y del comportamiento judicial.

El formulario para los expedientes (DNM demanda) es el siguiente:

FORMULARIO PARA EXPEDIENTES PROMOVIDOS CONTRA
 DNM

Juzgado:.....Nro.
 Expte.....

Carátula	
Año inicio	
Nacionalidad persona	
Otros datos personales	Fecha nacimiento: Nivel estudios: Ocupación: Antecedentes penales: sí/no Delito/pena/vencimiento de la pena/libertad condicional o asistida Familia: sí/no Parentesco: valorado en sede administrativa/valorado en sede judicial Otras circunstancias:

Información de las Actuaciones administrativas	Año de ingreso Condición de ingreso Residencia regular: sí/no Cancelación de residencia (fecha)/declaración de irregularidad (fecha)/Notificación (fecha) Apelación administrativa: sí/no (fecha)..... Resolución del recurso: fecha..... Recurso judicial: sí/no (fecha).....
Datos del trámite judicial	Planteo de la actora..... -Solicita precaria? -Solicita cautelar? Rta. De DNM..... -pide retención?
Sentencias	PRIMERA INSTANCIA: Rechaza acción/hace lugar Apelación? si/no Decisión de Cámara: rechaza acción/hace lugar
Varios y notas	Abogado/a (particular/DO).....

A la fecha de presentación de la ponencia (mayo 2020) cuento con el relevamiento de más de 30 causas judiciales, volcadas en sus respectivos formularios y con la reconstrucción de quince expedientes (demanda de inicio y principales actuaciones).

Bibliografía

García, L. (2019), “Decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) sobre control migratorio (2004-2018)”, *Périplos: Revista de Estudos sobre Migrações*.

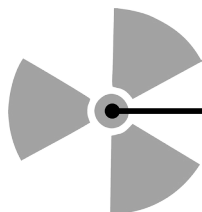
García, L. (2018). “Control migratorio en la Argentina reciente. Efectos de la modificación a la Ley de Migraciones a través de las acciones presentadas ante el Poder Judicial federal”. *Academia y Crítica*. Universidad Academia de Humanismo Cristiano. 2018 vol. n°2, pp. 86 - 113. ISSN 0719-9147. <http://revistas.academia.cl/index.php/academiaycritica/article/view/892>

García, L. (2016) “Práctica y discurso de los operadores judiciales en sus decisiones de control migratorio: el caso de la justicia administrativa federal en la Ciudad de Buenos Aires”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 18 nro. 1, enero-junio 2016. Disponible en: <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/viewFile/4412/3183>

García, Lila; Nejamkis, Lucila (2018) “Regulación migratoria en la Argentina actual: del “modelo” regional al recorte de derechos”. *Autoctonía. Revista de Ciencias Sociales e Historia*. Vol. 2 Nro. 2, pp. 219-241. <http://www.autoctonia.cl/index.php/autoc/article/view/55>

Penchaszadeh, Ana Paula; García, Lila (2018), “Política migratoria y seguridad en Argentina hoy: ¿el paradigma de derechos humanos en jaque?”, *Urvio. Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, Núm. 23 (Diciembre 2018-mayo 2019), pp. 91-109. <http://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/article/view/3554>

La emergencia sanitaria y la urgencia bajo la lupa de la Constitución Nacional: Una mirada desde la organización del poder y desde los derechos.



Elsa María del Carmen Lloret

Pedro Luis Arrouy

Federico Rímoli Antúnez

(UNICEN)

La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley.

Art.4 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789

Resumen

En la presente ponencia se analizará la normativa de emergencia que surgió a partir del dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia (en adelante DNU), del Poder Ejecutivo Nacional (en adelante PEN), 260/2020 del 12 de marzo de 2020, el que amplió la emergencia sanitaria debido a que la Organización Mundial de la Salud declaró al brote de coronavirus como una pandemia. La ampliación de la emergencia sanitaria se debió a que ésta había sido declarada en diciembre de 2019, por la Ley 27541, de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la Emergencia pública.

También se analizará el DNU 297/2020, que estableció el aislamiento social, preventivo y obligatorio (en adelante ASPO). Dicha disposición constituye la medida de mayor importancia, debido a que estableció restricciones a ciertos derechos constitucionales. A partir de sus preceptos, las personas debían permanecer en sus residencias habituales o en el lugar en que se encuentren y abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo. Además, instauró la prohibición de desplazarse

por rutas, vías y espacios públicos, a fin de prevenir la circulación y el contagio del coronavirus. Dicho aislamiento, fue prorrogado hasta el momento a través del DNU 325/2020 del 31/3/2020, el 355/2020 del 11/4/2020, 408/2020 del 26/04/2020 y el 459/2020 del 10/5/2020.

En este contexto, al revisar la normativa de emergencia, a la luz de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos con Jerarquía Constitucional, a priori podemos admitir que es constitucional la medida tomada por el Presidente a través DNU 260/2020, 297/2020 y sus prorrogas. Nadie podría dudar que no haya existido el presupuesto fáctico para dictar tal normativa. Sin embargo, no deja de preocuparnos la continua invocación para el dictado de otros decretos de la misma naturaleza, en tanto importa la normalización del ejercicio de funciones legislativas por parte del PEN.

En un Estado Constitucional de Derecho, todo acto que afecte derechos fundamentales requiere de la sanción de una ley y así lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva (en adelante OC) 5/85 al consagrar que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”, y la OC 6/86 estipula que “las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo”.

1.- Introducción

La particular situación que atraviesa la humanidad a raíz de la proliferación del COVID-19 ha causado conmoción y sorpresa. Las estructuras institucionales de los Estados nacionales, así como las de la comunidad internacional, resultaron manifiestamente superadas por una crisis sanitaria sin precedentes, que las ha dejado impávidas y a su merced. En otras palabras, las instituciones se encuentran en una carrera contra la pandemia, en la que de momento no han logrado tomar la delantera.

En ese sentido, Néstor Losa, entiende que se trata de:

“un hecho universal impensado en todos sus aspectos, una guerra no clásica e inmensa con resultados no esperables en un sentido u otro y que conmueve todo el tejido social, conmueve negativamente la economía interna y externa, dificulta las fuentes de trabajo, muta los sistemas educativos, modifica los plexos jurídicos (...) esta pandemia trastoca toda la normativa jurídica, pues su tratamiento legal y político analítico genera creación de derecho objetivo nuevo, habida cuenta que lo fáctico generador, grave epidemia transformada en pandemia, no encuadra en instituciones o resortes preceptivos existentes en nuestra Constitución Nacional, tampoco en las reglas del derecho común sustantivo y de forma, y debe igualmente resolverse la calamidad que trae aparejada. No es estado de sitio, ni tampoco

intervención federal, es un DNU emergencial que tiene algo de esas figuras, pero sin sus presupuestos jurídicos” (Losa, 2020).

Para atender la situación de emergencia, el PEN dictó el DNU, 260/2020, con fecha 12 de marzo de 2020, que establece en su Artículo 1: *“Ampliase la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley 27.541, en virtud de la Pandemia declarada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (en adelante OMS) en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de UN (1) año a partir de la entrada en vigencia del presente decreto”*. (el resaltado nos pertenece).

Como puede apreciarse, el mencionado artículo hace una remisión a la ley 27541, que había sido sancionada el 23 de diciembre de 2019. En aquel momento, el legislador ponderó un supuesto de hecho muy amplio, ya que hizo referencia a la emergencia pública en múltiples aspectos, tanto económicos, como financieros, administrativos, fiscales tarifarios, previsionales, sanitarios, energéticos y sociales y estableció como plazo para la delegación el 31 de diciembre de 2020.

En torno a la emergencia sanitaria, el art 2 inc. f de la ley 27741, fijó las bases de delegación y para ello estableció el suministro de medicamentos esenciales para pacientes en condiciones de alta vulnerabilidad social, el acceso a medicamentos e insumos esenciales para la prevención y el tratamiento de enfermedades infecciosas y crónicas no transmisibles.

Se advierte, en la norma, que el supuesto de emergencia es reconocible por todos. Existe un peligro colectivo que impacta sobre las relaciones sociales y jurídicas. Para que la emergencia sea legítima debe satisfacer ciertos requisitos de necesidad, proporcionalidad y temporalidad, dirigidos a evitar que medidas como el estado de sitio o emergencia sean utilizadas de manera ilegal, abusiva y desproporcionada, ocasionando violaciones a derechos humanos o afectaciones del sistema democrático de gobierno.

Desde el punto de vista constitucional, se debe diferenciar la emergencia establecida en el art. 76 de la Constitución Nacional (CN) de la urgencia del art.99 inc. 3, que habilita los DNU.

A partir de ello, podemos plantearnos algunos interrogantes:

¿Por qué existiendo una Ley de Emergencia Pública, que establecía las bases de la delegación según el art 76, de la CN, el Presidente no dicta un decreto delegado y en cambio emite varios DNU?

Al ampliar la Emergencia en el art 1 del DNU 260/2020, ¿estaría modificando las bases de la delegación, que son su propio límite institucional?

Para abordar algunas posibles respuestas, reflexionaremos conjuntamente con autores, como Pérez Hualde y Midón, quienes han trabajado durante varias décadas, la temática de la emergencia, diferenciándola de la necesidad y urgencia. Para Midón, *“no en vano somos parte de un país donde casi todo es emergencia (...) con semejante alcance vivimos con naturalidad en un clima donde es frecuente que los poderes públicos apelen a calificativos como de emergencia agropecuaria, previsional, sanitaria, forestal, financiera,*

etc, para mentar el estado de crisis por el que atraviesa alguno de los sectores de la vida nacional” (Midón, 2012).

La historia se ha repetido al declarar la emergencia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, el Congreso sentó las bases de la delegación, y el Presidente Fernández, en el DNU 260/2020, amplió dichas bases; en fin, se confirma lo sostenido por el maestro Bidart Campos, “vivimos enfermos de emergencia”.

2.-Emergencia no es necesidad y urgencia.

Desde el retorno de la democracia en 1983, en nuestro país se han sucedido numerosas leyes de emergencia, decretos delegados y de necesidad y urgencia. La constitución histórica de 1853 ha implementado como situaciones excepcionales a la intervención federal (art. 6, 99 inc. 20 y 75 inc.31), en uno o en todos los poderes de una provincia y el estado de sitio (arts. 23, 99 inc. 16, 75 inc. 29), en caso de conmoción interna o ataque exterior, en parte o en todo el territorio nacional.

A partir de 1994, la Constitución ha habilitado otros institutos de emergencia (art 76 de la CN) y de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3). Tanto la “emergencia”, como la “urgencia”, son establecidas por nuestra Constitución bajo reglas de excepcionalidad. En ambos casos, rige el principio constitucional, según el cual, como regla general, está prohibida la delegación de facultades legislativas en el Ejecutivo (art. 76), mientras que el Poder Ejecutivo, en ningún caso, puede dictar disposiciones de carácter legislativo (art. 99 inc. 3).

Entiende Saravia Frías (2018) que “necesidad y urgencia no es emergencia. Si el constituyente del 94 hubiera querido establecer como presupuesto para la procedencia de un DNU, el más estricto y limitado de la emergencia, lo hubiera hecho de una vez, sin rodeos”.

Además, sostiene:

“lo subitáneo no se puede reglar (...) si sólo hubiera sido querido para supuestos de guerra, desastres naturales o intervenciones en gobiernos provinciales, sin duda no se hubiera incluido el inciso 3 del Art. 99 o se lo hubiese sujetado al artículo 76 de la Constitución. Lo que se quiso hacer es dotar al ejecutivo ante ciertas situaciones, por la sencilla razón de que un poder que no puede dar respuestas es un poder trunco. Una cosa es que no nos guste la reforma del 1994; otra muy distinta pretender que diga lo que nos hubiera gustado que diga, dejando a un órgano desprovisto de una facultad expresamente otorgada por la Constitución Nacional (...) es lo perentorio de un asunto, que exige una respuesta urgente, y que no puede esperar la demora natural del Congreso. Para eso, está el intrincado régimen de control posterior, en el que participan la Comisión Bicameral y las dos cámaras del Congreso, que tienen la plena y absoluta potestad para revocar el DNU. Y en el peor de los casos, hasta derogarlo con una ley posterior” (Saravia Frías, 2018).

2.1. Emergencia. Delegación legislativa

Antes de la reforma de 1994, en nuestra historia constitucional, el Poder Ejecutivo, a través de decretos reglamentarios o de ejecución, ha tendido a modificar aspectos sustanciales de las leyes. Así, nuestra Corte Suprema de Justicia, desde el año 1927, en el caso Delfino¹¹⁶, se expidió sobre la constitucionalidad de un decreto reglamentario, que imponía determinadas sanciones a los buques que arrojaban basura en el río o en la zona del puerto. Allí, el Alto tribunal entendió que *“no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de poder determinado hace pasar el ejercicio de otro poder a otra autoridad o persona descargando sobre ella (...) existe una diferencia sustancial entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta actividad al poder ejecutivo o al cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquella”*.

Es así que la Corte Suprema, antes de 1994, había reconocido al Congreso la facultad de delegar, en el Poder Ejecutivo, ciertos aspectos ligados al contenido sustantivo de la ley. Sin perjuicio de ello, distinguió la delegación propia de la impropia. La delegación propia que, ha sido descalificada y por lo tanto se sostiene que no está habilitada por la Constitución, consiste en renunciar a una facultad exclusiva y propia para otorgarla a otro órgano constituido. En la delegación impropia, por el contrario, el legislador no se desprende de su facultad de legislar, sino que le encomienda al Poder Ejecutivo, la determinación de algunos aspectos relativos a la ley. Es por ello que el legislador deberá sentar cuales son las bases de la delegación; para ello determinará las materias y los criterios de implementación en la ley marco.

En este sentido, y de acuerdo con el tema que nos convoca, la Ley 27541, de Solidaridad Social y Reactivación productiva, sancionada el 23 de diciembre de 2019, produce delegaciones a favor del Poder Ejecutivo, debido a *“la crisis económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social”*. El plazo que se acuerda para la delegación es hasta 31 de diciembre de 2020. El Art 2, acuerda las bases de delegación.

La legitimación de la emergencia es congruente con la noción de aquel Estado en el que impera la voluntad de la Ley y no la del gobernante de turno, y así lo establece la normativa Internacional¹¹⁷, donde el criterio imperante es que *“toda restricción a los derechos debe ser prescrita por ley, necesaria en una sociedad democrática, para proteger la seguridad nacional, la seguridad, el orden, la salud o la moral pública o los derechos o libertades de los demás”* (Pinto, 1997).

Coincidimos con Antonio María Hernández (h), cuando expresa que, desde la Constitución histórica de 1853 hasta nuestros días, el PEN ha utilizado los institutos de emergencia con absoluta discrecionalidad. Después de la Reforma constitucional de 1994, los institutos de emergencia más utilizados fueron los

¹¹⁶ CSJN, “A. M. Delfino y Cia”, 20 de junio de 1927.

¹¹⁷ Así lo establecen el Convenio Europeo, la Convención Americana, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos, entre otros.

decretos delegados y los DNU¹¹⁸.

2.2. Urgencia.

Los DNU, son “*normas de alcance general y abstracto dictadas excepcionalmente por el Presidente en el ámbito de facultades propias del Poder Legislativo y sin su previa autorización y cuya legitimidad constitucional está sujeta a las condiciones de validez que se determinen constitucionalmente*” (Avalos, 2010).

Previo a la reforma de nuestra Carta Magna en 1994, nuestro más alto tribunal en el fallo Peralta¹¹⁹ (1990), justificó el dictado de DNU no obstante carecer de permisión constitucional, en la interpretación “viva y dinámica” de la Constitución y en el hecho que la división de poderes no implica desmembramiento del Estado. Se refiere a la situación de emergencia, de descalabro económico generalizado y a la necesidad de actuar en consecuencia. Sujetó la validez al conocimiento del Congreso y a que éste no se oponga expresamente.

El Constituyente reformador, los incorporó en 1994, con ciertas restricciones que surgen del art 99.inc.3:

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

¹¹⁸ El autor sostiene que hasta 1994 fueron la intervención federal y el estado de sitio los institutos de emergencia más utilizados. La intervención federal que en más del 60 % de los 53 casos que tuvimos desde 1853, actuó por Decreto el Poder Ejecutivo. Ello significó el ejercicio de atribuciones exorbitantes por parte del Presidente, con evidente declinación de las funciones congresionales, a lo que se sumó una notable lesión a los derechos y garantías individuales. Tómese como sólo ejemplo el récord de extensión del estado de sitio decretado por la Presidente Martínez de Perón con fecha 6 de noviembre de 1974, que duró casi 9 años, pues rigió durante el posterior período de facto hasta el 28 de octubre de 1983” (Hernández, 2020). Asimismo, entiende Hernández que si bien, se dictaron alrededor de 20 DNU, desde 1853 hasta 1983 y 10 durante la presidencia de Alfonsín, destacándose el 1096/95 sobre el cambio de moneda del Peso por el Austral. La Presidencia de Menen, se caracterizó por un aumento desproporcionado de la cantidad de estos que se llegó a hablar de “gobierno por decreto”, expresión utilizada por Fernández Rubio y Goretti (1996).

¹¹⁹ CSJN, “Peralta Luis Arcenio c/ Estado Nacional” del 27/12/1990.

Una de las cuestiones, que mayores controversias ha suscitado entre la doctrina administrativa y constitucional, ha sido la referida a la legitimidad de los “decretos de necesidad y urgencia”, por medio de los cuales el Poder Ejecutivo asume facultades legislativas a raíz de situaciones de grave emergencia. La propia Constitución establece límites materiales y formales, entre estos últimos: el control de la Comisión Bicameral Permanente, que comenzó a funcionar, doce años después de la reforma con la sanción de la ley 26.122 en el año 2006.

2.3. Situación actual

En vista de la crisis sanitaria producida por el virus COVID-19, declarada pandemia por la OMS, y para evitar la proliferación del mismo, el Presidente dictó el DNU 260/2020 mediante el cual convirtió la *emergencia* en *urgencia*. Entiende Pérez Hualde que *“el DNU 260/2020 no podía válidamente “ampliar” la emergencia declarada por el Congreso Nacional; porque eso implicaría modificar o -precisamente- “ampliar” las bases de la delegación que son su propio límite institucional. Sí podía invocar la “urgencia” de actuar frente a una situación sanitaria nueva, no incluida en la declaración del Congreso, pues no existía cuando aquél delegó”*.

Días después se dictó el DNU 297/2020, que estableció el aislamiento social, preventivo y obligatorio, y sucesivamente 325/2020 del 31/3/2020, el 355/2020 del 11/4/2020, 408/2020 del 26/04/2020 y el 459/2020 del 10/5/2020.

Admite Midón (2020) que *“es la primera vez, reitero lo de la primigenidad, desde su consagración constitucional en 1994 que el dictado de este tipo de acto se compadece en un todo con los presupuestos que la ley de leyes estatuye para su producción”*. Del art.99. inc. 3 de la CN, se desprende que el Poder Ejecutivo puede hacer uso de los DNU, si concurren dos situaciones fácticas, la existencia de necesidad y urgencia y la imposibilidad de legislar por parte del Congreso.

En nuestra praxis constitucional, los DNU han sido el medio común de legislación, siempre encontrándose motivos fundados para su expedición, entre los que se destacan la falta de quórum, la falta de consensos y la mora del Congreso entre otros.

En el examen de constitucionalidad de las medidas adoptadas a través del DNU 260 y 297/2020, se advierte que es indudable que se vive una extraordinaria situación de necesidad y urgencia que, entre otros remedios, exige legislar y hacerlo con prontitud. Todo, en un escenario en el que el Congreso no ha podido sesionar. Es decir, que el órgano representativo del sistema ha estado impedido, por razones ajenas a su voluntad, de seguir los trámites ordinarios para la formación de la ley como lo exige el art. 99 inc. 3 de la ley mayor de la Nación (...) a veintiséis años de la reforma de 1994, los DNU que se han dictado por estos días satisfacen a pleno las exigencias constitucionales, especialmente el casi olvidado mandato de que para la producción de ese acto necesitado es indispensable que el Congreso estuviera impedido de legislar como creemos lo ha estado. (Midón, 2020)

Finalmente, tanto en la emergencia como en la necesidad y urgencia, la

regla es la imposibilidad de legislar mediante tales disposiciones. En ambos casos, es fundamental la efectiva verificación de la existencia de las circunstancias excepcionales que habilitan el ejercicio de las facultades legislativas por parte del Presidente, prohibidas en general por la misma CN, y luego, también, el respeto a los límites que cada uno de los institutos impone: el plazo y las bases en la delegación legislativa, en el decreto delegado (art. 76, CN); y la veda sobre las materias penal, tributaria, electoral y de partidos políticos, en el DNU (art. 99.3, CN).

3.- Emergencia y organización del poder

Los Estados de derecho tienen, en las normas jurídicas, los mecanismos para establecer la vida en sociedad, tanto en momentos de normalidad como en momentos de crisis económicas, financieras, fiscales, administrativas, previsionales, sociales, sanitarias y naturales, que permiten que el sistema de legalidad ordinaria sea substituido por una legalidad extraordinaria. En el Derecho Constitucional, dicha legalidad extraordinaria, implica que las autoridades deben estar investidas de los poderes adecuados para una eficiente defensa del orden constitucional, aun cuando ello se traduzca en un debilitamiento de las garantías de la libertad individual, que puede admitir la modalidad de restricciones y suspensiones. Dichas limitaciones, están destinadas a preservar el goce de la libertad de los habitantes y la plenitud de sus derechos constitucionales. Para ello, es importante, que los tres poderes deben estar en ejercicio.

Cuando se declaró la ampliación de la emergencia sanitaria, a través del DNU 260/2020, el Congreso no se encontraba sesionando. A posteriori se dictaron, entre el mes de marzo y abril de 2020, una veintena de DNU, por lo que se visualiza un peligro inminente en el ejercicio de la discrecionalidad y la suma del poder que se le ha otorgado al Ejecutivo.

En el ámbito del Poder Judicial Nacional, la Corte Suprema de Justicia, a través de las Acordadas 3 y 4 del 2020 y la acordada 16/2020, establecen y prorrogan la feria judicial de manera extraordinaria. La misma demuestra una respuesta del Poder Judicial acorde a los planteos que el Poder Ejecutivo hace frente a la pandemia.

Aunque la emergencia se prorrogue, ello no debería, bajo ningún concepto, suprimir el concepto de Democracia, ni el de República, en tanto los mismos constituyen los pilares sobre los que se edifica nuestra forma de gobierno. En estos tiempos, la competencia política debe postergarse y mucho más aún, los egos e individualismos. El desafío es la cooperación sincera, creativa y sin obsecuencias, capaz de aportar, pero también de controlar. Lo que está sucediendo actualmente es, sin dudas, un estilo de gobierno no querido por la mayoría”¹²⁰.

¹²⁰ Colegio de Abogados de Mendoza, “Los Decretos de Necesidad y Urgencia como herramientas”, disponible en <http://colabogmza.com.ar/wp/wp-content/uploads/2020/04/DNU-COMO-HERRAMIENTAS-convertido.pdf>

4.- Emergencia y federalismo.

Un Estado federal, como el nuestro¹²¹, se caracteriza por establecer un reparto de competencias entre el Estado federal, los entes autonómicos, los municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Aunque a partir de 1994 el constituyente reformador estatuyó la autonomía municipal, que está sujeta a los alcances y contenidos que cada Provincia establezca, la realidad material dista bastante de lo plasmado en la norma.

Si bien existen en nuestro país algunos municipios autonómicos, lo cierto es que hay provincias, como Buenos Aires, Santa Fe y Mendoza, en las que los municipios son meras descentralizaciones administrativas, circunscriptos a las finalidades que establece el legislador provincial.

Planteada cual es la situación normológica, se puede apreciar que en este contexto emergencial, algunos municipios han tomado medidas mucho más restrictivas que las adoptadas por el gobierno provincial y nacional.

Hernández entiende que en este escenario *“no se han respetado en su plenitud los principios de nuestra Federación, que han establecido un federalismo moderno, de concertación, asentado en maduras relaciones interjurisdiccionales”* (Hernández, 2020). Creemos que dicha dificultad ha sido generada por la falta de funcionamiento del Congreso nacional, ya que, en un país tan extenso como el nuestro, con diversidades tan evidentes, es necesario que las voces de los Estados provinciales sean tenidas en cuenta, y es en el seno de la Cámara de Senadores que las provincias participan de las decisiones del gobierno federal.

En la actual emergencia sanitaria, las competencias corresponden de manera concurrente a los cuatro órdenes de gobierno, Nación, Provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Municipios. Los cuatro órdenes de gobierno tienen poder de policía en materia sanitaria, y el mismo fue reconocido por nuestro Máximo Tribunal, en el año 1887, en el Fallo Saladeristas de Barracas, en el que sostuvo que *ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria*¹²².

Sostiene Marchiari (2020) que *“los municipios pueden fijar restricciones temporales muy fuertes en circulación y actividad comercial y social: pueden bloquear caminos y accesos con la finalidad de concentrar el control en puestos idóneos; pueden disponer el cierre de actividades sociales y comerciales en horarios determinados; pueden desinfectar vehículos y camiones en tránsito así como controlar la salud de sus conductores y cuanta otra medida sea necesaria para paliar la pandemia en su territorio”*. Con respecto, a las decisiones que tomaron algunos municipios, como

¹²¹ Se aclara que el término federalismo debe ser utilizado de manera cuidadosa, ya que no existe un solo tipo de federalismo. Por ello es correcto referirnos a federalismos y no federalismo. Es difícil definir un modelo general, pues cada federalismo tiene modalidades distintivas. Ellas pueden ser de tipo históricas, geográficas, culturales, económicas y políticas, lo que nos obliga a precisarlo como federalismo argentino, norteamericano, suizo, etc.

¹²² CSJN, Saladeristas de Barracas, disponible en <https://falloscsn.blogspot.com/2005/08/saladeristas-de-barracas-1887.html>, consultado mayo de 2021.

de cerrar los ingresos, Piombo admite que pueden darse diferentes situaciones: “(i) son absolutamente inconstitucionales si prohíben el paso de personas ligadas a las actividades o servicios taxativamente enumerados en el decreto de necesidad y urgencia y sus normas complementarias; (ii) son de dudosa constitucionalidad cuando afecten a componentes del comercio interjurisdiccional; y (iii) posiblemente sean razonables cuando se traduzcan en una restricción a las demás personas que, como regla, deberían hallarse cumpliendo con la cuarentena” (Piombo, 2020).

El DNU 260/2020 en sus artículos 2,7, 8. 11, 18 y 19, así como el 297/2020, en sus artículos 3, 4, 5, 6. 10 y 11, remiten a la autoridad provincial y local, para garantizar el control de la pandemia. Por lo tanto, no hay cierre de fronteras, sino puesta en vigencia de la emergencia sanitaria nacional en territorio provincial y local, y los gobernadores e intendentes, como agentes del gobierno federal, pueden disponer las medidas que consideren pertinentes.

5.- Emergencia y derechos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la Resolución 1/ 2020, sostiene que *“aún en los casos más extremos y excepcionales donde pueda ser necesaria la suspensión de determinados derechos, el derecho internacional impone una serie de requisitos, tales como el de legalidad, necesidad, proporcionalidad y temporalidad, dirigidos a evitar que medidas como el estado de excepción o emergencia sean utilizadas de manera ilegal, abusiva y desproporcionada, ocasionando violaciones a derechos humanos o afectaciones del sistema democrático de gobierno”*¹²³.

Sostiene Gil Domínguez, que la emergencia, en sus distintas facetas, ha sido sinónimo de conculcación de derechos, y de la división del poder, como forma de organización del poder. Entiende el autor, que *“el intento de evitar la propagación de la pandemia global COVID-19 es la primera vez en nuestra historia reciente donde los mecanismos de emergencia previstos por la Constitución y los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional son utilizados para garantizar eficaz y útilmente los derechos fundamentales y derechos humanos colectivos y subjetivos”* (Gil Domínguez, 2020).

El DNU 297/2020, prevé una serie de excepciones que podemos dividir entre excepciones propiamente dichas y excepciones relacionadas con actividades y servicios esenciales. Las primeras habilitan a las personas que están en aislamiento a realizar “desplazamientos mínimos e indispensables” para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos. Las segundas eximen del aislamiento y la prohibición de circular a las personas afectadas a las actividades y servicios declarados como esenciales en el marco de la emergencia pública sanitaria.

Además, en el segundo grupo, se habilita la circulación a personas que deben asistir a grupos vulnerables, como discapacitados, familiares, personas mayores, niños, niñas y adolescentes, para la provisión de alimentos, medicamentos y el resguardo de los regímenes de tenencia en los casos de padres separados. De esta manera, se cumplen con las obligaciones constitucionales y convencionales de

¹²³ Res. 1/2020 CIDH Ob. Cit

proteger los derechos de los grupos vulnerables que no pueden ser desconocidos ni siquiera en el marco de la más grave emergencia.

En los tiempos actuales, se han escuchado diferentes versiones, desde el ciudadano común, hasta la opinión política partidaria¹²⁴. En algunos casos pudo verse proclive a que la gravedad de la situación ameritaba la declaración del estado de sitio. A casi 80 días de haberse declarado el ASPO, se siguen prorrogando las medidas tomadas por el PEN a través del DNU 297/2020, por lo tanto, respecto a la situación que atraviesan los derechos constitucionales, frente a la emergencia sanitaria, es plausible preguntarnos:

¿Las restricciones prolongadas en el tiempo, como las que afectan a la libertad de locomoción, el derecho a trabajar, a estudiar, a ejercer toda industria lícita, el cierre de villas o barrios marginales, como Villa Itatí y Villa Azul, pueden pensarse como una suspensión de los derechos y garantías constitucionales?

Si la respuesta a tal interrogante es afirmativa, podríamos cuestionarnos que sociológicamente vivimos en un estado de sitio, aunque tal declaración no se dio formalmente.

¿Es posible que el PEN no haya acudido a tal medida por la connotación negativa que tiene tal instituto jurídico en nuestra historia constitucional?

O quizás ¿es viable que la Constitución reformada, al constitucionalizar los decretos delegados y los DNU, haya implementado dichas herramientas, como medios de enfrentar las situaciones emergenciales actuales, y que el estado de sitio y la intervención federal, sean instrumentos del pasado?

¿Puede pensarse, que el estado de sitio, como la intervención federal, deben utilizarse legítimamente, esto es, como remedio excepcional y extraordinario, para preservar la institucionalidad constitucional? Y que por lo tanto ¿constituye el medio adecuado para preservar tal institucionalidad? Quizás es momento de replantear el uso de la finalidad de tales institutos y adaptarlos a nuestra realidad del Siglo XXI.

En términos constitucionales, en la constitución histórica, la regulación de la emergencia en su relación con el federalismo se consagró a través de la hipótesis del estado de sitio y de la intervención federal.

El estado de sitio tiene como finalidad defender la Constitución y las autoridades creadas por ella, cuando exista perturbación del orden, a partir de conmoción interna o de ataque exterior. Si se trata de conmoción interna, se declara en estado de sitio el territorio donde exista esa perturbación, de allí que el Congreso debe estar presente, a través de la Cámara de Senadores. En caso de ataque exterior, se pone en juego el Estado nacional, el jefe de estado, las relaciones exteriores,

¹²⁴ En el ámbito local, en el Municipio de Tandil, su Jefe Ejecutivo, Dr. Miguel Lunghi, el 23 de marzo de 2020, declaraba **“Hay que decretar el estado de sitio y sacar el ejército a la calle. Difícil la medida que tiene que tomar el presidente, pero lo tiene que hacer”**, Noticia publicada en el Diario El Eco de Tandil. Disponible en <https://www.eleco.com.ar/coronavirus/lunghi-pidio-declarar-el-estado-de-sitio-y-sacar-el-ejercito-a-la-calle-en-todo-el-pais/>

y también para tal declaración es necesario que el Senado preste acuerdo, como garantía del federalismo. El estado de sitio es una situación de extrema gravedad, donde se suspenden las garantías y derechos constitucionales, y ante ello el PEN tiene la facultad de detener personas y disponerlas bajo su órbita, siempre y cuando la persona no eligiese salir del país¹²⁵.

Otra garantía al sistema federal, reconocida por la constitución histórica, es la intervención federal, en los casos que se vulnere o ataque la autonomía provincial establecida en el art. 5 de la CN. La reforma de 1994 aclaró al menos formalmente, que el órgano encargado de tal declaración sea el Congreso Nacional, aunque no excluyó que el Presidente, pueda hacerlo a través de un DNU. Ambos institutos tenían como finalidad la defensa del gobierno federal y de las autonomías de provincias. El estado de sitio como la intervención federal constituyen las respuestas institucionales ante emergencias de carácter político.

Los nuevos institutos de emergencia, tanto los decretos delegados como los DNU, tienen como finalidad atender una situación de emergencia y de necesidad y urgencia que puede darse en el ámbito del territorio provincial y de la CABA, que no es política, sino económica, financiera, fiscal, administrativa, social, sanitaria, ambiental y salarial. En ambos rige el principio constitucional, de prohibir expresamente al Poder Ejecutivo la emisión de disposiciones de carácter legislativo y, las excepciones, deben ser interpretadas con extrema rigurosidad y carácter restrictivo. Dicho principio, fue confirmado jurisprudencialmente en el fallo “Verrocchi”¹²⁶, y reiterado en “Colegio Público de Abogados”¹²⁷.

En el orden federal, la legislación delegada que la Constitución estipula en el art. 76 de la CN, tanto las provincias como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son partícipes ya que están representadas en el Senado y por lo tanto pueden evitar tal delegación. Sin embargo, no intervienen en el dictado del DNU, porque tal competencia presidencial surge de la Constitución. La diferencia sustancial entre decreto delegado y el DNU es que la emergencia la determina el Congreso, mientras que la necesidad y urgencia la determina el presidente en acuerdo general de ministros con el Jefe de Gabinete de Ministros.

¹²⁵ Gelli (2008), nos recuerda, que la primera declaración del Estado de sitio se dio en el año 1854, reiterada prontamente en el año 1865, la tiente de la Constitución nacional no se había secado y ya la excepción nos gobernaba. El siglo XX no fue la excepción o, mejor dicho, fue toda la excepción posible a la vida constitucional que hubiéramos querido. Durante el período comprendido entre 1900 y 1983, el Estado de sitio fue declarado en 20 oportunidades, De esos 83 años, 26 fueron bajo el régimen del estado de sitio y si el cómputo lo comenzamos en el año 1930, inicio del primer gobierno de facto del siglo XX, la suma asciende a 35 años. Para nuestra desgracia institucional, ello no terminó ahí, puesto que durante la incipiente democracia que se consolidó en el año 1983, la aplicación del estado de sitio, aunque intermitentemente, continuó, pero ésta vez y como es debido, con el debido control judicial, y en el marco de la participación recíproca de los poderes del Estado (Gelli, 2008:301).

¹²⁶ Verrocchi, Ezio contra PEN, Fallos: 322: 1726.

¹²⁷ CSJN, Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN-PEN, ley 25414, decreto 1204/01 s/ amparo. 4/11/2008.

El contraste entre los institutos de emergencia consagrados por el constituyente originario y el de 1994, radican en que los primeros estaban destinados a salvar al estado federal y a la integridad provincial y sus causas son políticas, mientras que los nuevos institutos, son instrumentos que los ejecutivos, no solo del Estado Federal sino de las provincias, deben tener a disposición para salvaguardar el funcionamiento de las instituciones, en el ámbito de su autonomía, frente a crisis sociales, económicas, financieras, presupuestarias, fiscales, previsionales, naturales y sanitarias. Además, es importante destacar que los nuevos institutos de emergencia tienen una legitimidad más robusta, en el sentido, que el Poder Legislativo a través de la Comisión Bicameral Permanente y el pleno de ambas Cámaras puede aprobarlos o rechazarlos¹²⁸, además, del debido control de constitucionalidad a cargo del Poder Judicial.

6.-Algunas conclusiones

Lejos de abordar cuál será el desenlace de este momento emergencial histórico, podemos dejar planteadas algunas inquietudes.

El espacio de esta ponencia nos limita a dejar solo planteada la cuestión. La Constitución Nacional nos ha dado varias alternativas para transitar la emergencia, las urgencias y las conmociones. Todas ellas se han sucedido y algunas de ellas nos siguen atravesando.

Creemos que las opciones más valiosas son las que más y mejor hacen intervenir a todos los poderes del Estado. La vigencia de la Constitución, (más aún en tiempos de crisis, anhelaría que sean los legisladores los que reglamenten nuestros derechos, el Poder Ejecutivo con su estructura (sanitaria, policial, educativa, asistencial) el encargado para llevar adelante el manejo de la crisis y el Poder Judicial el contralor de los derechos y garantías de los habitantes de este país.

El Presidente debe someter sus decisiones a consideración de la Comisión Bicameral Permanente y al posterior tratamiento de las Cámaras del Congreso, para que éstas ejerzan el control legislativo, sin excluir el debido control de constitucionalidad en los casos en que tales medidas afecten con arbitrariedad e irrazonabilidad los derechos y garantías constitucionales y convencionales.

Si bien nuestro país ha sido fuertemente hiperpresidencialista, porque el Poder Ejecutivo ha concentrado facultades legislativas, ello no significa que el Poder Legislativo, tanto federal como provincial y municipal, deje de cumplir su rol de aprobación y control de las medidas basadas en los institutos de emergencia. Para ello, ahora más que nunca, los órganos ejecutivos deberán mantener diálogos constantes con los órganos deliberativos. Una apropiada división del poder debe respetar y facilitar el dialogo entre el Ejecutivo y el Legislativo. Ninguno de los tres poderes debe claudicar en la defensa de la Constitución y de las instituciones

¹²⁸ Desde que se creó la Comisión Bicameral Permanente en el año 2006, a través de la Ley 26122, la Comisión no rechazó ningún DNU. En los años de ausencia de ésta, es decir entre 1994 que se constitucionalizaron hasta 2006, que se dictó la ley se aprobaron en bloque todos los DNU dictados por los distintos gobiernos (Menem, De la Rúa, Duhalde y Kirchner).

creadas por ella.

Bibliografía

Avalos, Eduardo, (2011): “Los decretos de necesidad y urgencia en Argentina: Desde 1853 hasta nuestros días”. Disponible en <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/5972/6870>

Bidart Campos, Germán, “*Estamos enfermos de emergencia*”, en ED, 140-154.

Ferreira Rubio, Delia y Goretti, Matteo. (1996) “Cuando el presidente gobierna solo. Menem y los decretos de necesidad y urgencia hasta la reforma constitucional (julio 1989-agosto 1994)”, en *Desarrollo Económico - Revista De Ciencias Sociales IDES*, vol. 36, N° 141, abril-junio. (pp. 443-474).

Gelli, María Angélica (2008), *Constitución de la Nación Argentina; Comentada y Concordada*. 3 edición. Buenos Aires. Editorial: La Ley.

Gil Domínguez, Andrés (2020). “Una emergencia que garantiza derechos” disponible en <https://www.infobae.com/opinion/2020/03/21/una-emergencia-que-garantiza-derechos/>

Hernández, Antonio María (h), (2020). “Emergencias, orden constitucional y COVID-19 en Argentina”. Disponible en <http://aadconst.org.ar/revistadigital/revista/es-1/>

Losa, Néstor, (2020), “Otra realidad universal, otro diseño federal” Disponible en https://dpicuantico.com/area_diario/especial-covid-19-diario-constitucional-y-derechos-humanos-nro-259-30-03-2020/.

Marchiaro, Enrique, (2020). “*Cierres Municipales y Pandemia*”. Disponible en <http://aadconst.org.ar/revistadigital/revista/es-1/> .

Midón, Mario (2012), *Decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional y en los ordenamientos provinciales*, 2° Edición corregida y ampliada. Buenos Aires. Editorial: Hamurabi.

Midón, Mario (2020), “*¿Que la medicina, no mate al paciente! Una pandemia que ha recuperado la constitucionalidad del DNU*”, disponible en <http://aadconst.org.ar/revistadigital/revista/se-2/>

Pérez Hualde, Alejandro (2020), “*La urgencia en el marco de la emergencia*”, disponible en <http://aadconst.org.ar/revistadigital/revista/se-2/>.

Pinto, Mónica (1997), *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires. Editorial: Del Puerto.

Piombo, Horacio J.J. (2020), “*Restricciones municipales al libre movimiento en el contexto de la pandemia COVID-19. El impedimento de acceso a los no residentes*”, en Dial.com

Saravia Frías, Bernardo (2018) “*Los Decretos Necesidad y Urgencia*”, disponible en <https://www.ptn.gob.ar/blog/2018/04/17/los-decretos-necesidad-urgencia/>

Jurisprudencia

CSJN Caso Saladeristas de Barracas. Fallos 51:274.

CSJN Caso Delfino 20 de junio de 1927, disponible <https://jurisprudenciayfallos.wordpress.com/category/fallos-de-la-c-s-j-n/>

CSJN Caso Peralta Arcenio c/ PEN sobre amparo: 27/12/1990. Fallos 313:1513.

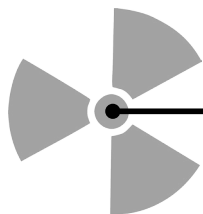
CSJN Caso Verrochi Ezio c/PEN, 1999. Fallos 322.1726.

CSJN Caso “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ Estado Nacional- PEN- ley 25414 decr. 1204/01 s/ amparo”, 4/11/2008.

Corte IDH, Opinión Consultiva 5, sobre “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, del 13/11/1985.

Corte IDH, Opinión Consultiva 6, “La expresión leyes en el art. 30 de la CADH”, del 9/5/86.

Las cárceles en época de pandemia: la repuesta del Estado Argentino a los criterios internacionales fijados



Mariela Viceconte
Viviana A. Sosa
(UNICEN)

Resumen

Los contextos de encierro han sumado nuevos desafíos a la problemática que atraviesan los Estados con motivo de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud en relación al virus COVID 19.

Así, al igual que otros grupos vulnerables, las personas privadas de libertad, ante la emergencia sanitaria decretada por el Estado argentino, requieren de enfoques diferenciados al momento en que se adoptan las medidas necesarias para garantizar los derechos de quienes se encuentran en esta situación de especial vulnerabilidad. La necesidad de atención, tratamiento y contención de la pandemia del COVID-19 ha conllevado a que distintos poderes del Estado adopten medidas e impartan instrucciones cuyos impactos merecen un análisis a la luz del sistema internacional de los Derechos Humanos.

La colisión de tres aristas como la declaración de la pandemia, la protección de bienes jurídicos como la vida y la seguridad, ha generado que el Estado deba brindar una respuesta acorde a la protección de los Derechos Humanos de toda su población, con miras a lograr la plena efectividad y goce de los mismos. En este marco, resulta de interés analizar el impacto de esta situación excepcional en los contextos de encierro, sumándose a dicho propósito el impacto de la resolución emitida por el Excmo. Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires con fecha 8 de abril de 2020.

1.- Introducción

El 11 de marzo de 2020, el virus denominado COVID-19 fue reconocido como una pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y para prevenir la expansión del mismo, los gobiernos han adoptado diferentes tipos de medidas, las cuales en su gran mayoría han implicado límites al ejercicio de derechos humanos.

La libertad de circulación, la libertad personal, el derecho a reunión, el

derecho a la educación, al acceso a la salud, al trabajo, la protección de la unidad familiar, entre otros, se han visto reglamentados por el establecimiento de cuarentenas, confinamientos y aislamiento sociales.

La pandemia produjo un nuevo orden socio-económico-cultural que con efectos disruptivos, convocando a la comunidad internacional a aunar esfuerzos en post de organizar y hacer frente a esta nueva situación sanitaria que la pone en jaque en diferentes aspectos.

En este ámbito, el Secretario General de las Naciones Unidas Antonio Guterres advirtió que *“la pandemia de COVID-19 es una emergencia de salud pública, pero es mucho más. Es una crisis económica. Una crisis social. Y una crisis humana que se está convirtiendo rápidamente en una crisis de derechos humanos”*¹²⁹.

En este particular contexto, la población carcelaria resulta especialmente vulnerable frente al COVID-19, dado que tanto la sobrepoblación que genera el hacinamiento, como los problemas para acceder una rápida atención médica y un acceso adecuado a la salud, las condiciones deplorables de infraestructura, la escasez de comida y elementos de limpieza, propician focos de infección, y la posibilidad de multiplicidad del contagio, aumentando de manera considerable la posibilidad de producir crisis sanitarias en tales ámbitos.

En virtud de ello, distintos organismos, órganos y agencias internacionales han emitido comunicaciones, declaraciones y recomendaciones que comprenden políticas de acción y prevención ante la posible expansión del COVID-19 dentro del ámbito carcelario cuya población se encuentra en especial situación de vulnerabilidad.

Así, a través del presente trabajo se propone efectuar un análisis de los principales criterios que surgen de las directivas antes mencionadas, a la luz de los habeas corpus colectivos y correctivos presentados por la Defensa Pública de la Provincia de Buenos Aires ante la Sala I del Tribunal de Casación Penal, y las resoluciones que emitieron tanto el Tribunal de Casación Penal como la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

2.- Aspectos comunes de las comunicaciones, declaraciones, recomendaciones y propuestas internacionales, para la prevención y el tratamiento del COVID-19 en los ámbitos carcelarios

La Organización Mundial Salud¹³⁰, la Oficina del Alto Comisionado para

¹²⁹ Guterres Antonio, <https://acnudh.org/antonio-guterres-derechos-humanos-deben-estar-al-centro-de-la-respuesta-a-covid-19/>, 23 de abril de 2020.

¹³⁰ Organización Mundial de la Salud, Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19) <http://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>; Preparación, prevención y control de COVID-19 en cárceles y otros lugares de detención – Orientación Provisional del 15 de marzo de 2020 <http://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>; Declaración conjunta de la UNODC, la OMS, el ONUSIDA y la ACNUDH sobre la Covid-19 en prisiones y

los Derechos Humanos de las Naciones Unidas¹³¹, el Comité Internacional de la Cruz Roja¹³², el Subcomité de Naciones Unidas para la prevención de la Tortura¹³³, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹³⁴, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³⁵ han dictado diversos documentos con directivas destinadas a prevenir y tratar la posible expansión del COVID-19 dentro del ámbito carcelario.

Todos ellos presentan como común denominador velar por la salud de las personas privadas de la libertad, en el constante respeto y garantía de los derechos humanos, en adhesión a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. Consideran que todas las medidas deben contar con un necesario enfoque de perspectiva de género, así como también revestir el carácter de urgente en relación a la implementación y aplicación de medidas preventivas para minimizar la presencia de la enfermedad en los ambientes carcelarios y de encierro.

También plantean la necesidad considerar que la prisión preventiva y la privación de libertad se establezcan efectivamente como un último recurso especialmente en las prisiones que se encuentren masificadas, donde la sobrepoblación afecta la higiene, la salud, la seguridad y la dignidad humana, y se transforma en un obstáculo insuperable en la prevención o la respuesta a la COVID-19.

En relación a las prisiones superpobladas se propone evaluar la posibilidad de adoptar medidas no privativas de libertad para los grupos de personas detenidas con mayor riesgo de contraer la COVID-19, como en el caso de los adultos mayores, las personas con enfermedades crónicas o previas y aquellas para quienes el encierro

otros centros de detención. <https://www.who.int/es/news-room/detail/13-05-2020-unodc-who-unais-and-ohchr-joint-statement-on-covid-19-in-prisons-and-other-closed-settings>

131 Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, Comunicado de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de la ONU del 3 de abril de 2020 <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25770&LangID=E>

132 Comité Internacional de la Cruz Roja, Covid-19: Como combatir la infección: la experiencia en las cárceles de Filipinas <https://www.icrc.org/es/document/covid-19-como-combatir-la-infeccion-la-experiencia-en-las-carceles-de-filipinas>; Covid 19: Intercambio de información para ayudar a proteger a las poblaciones carcelarias <https://www.icrc.org/es/document/coronavirus-intercambio-de-informacion-para-ayudar-proteger-las-poblaciones-carcelarias>; Covid 19: Las autoridades deben proteger la salud de los detenidos, del personal y de las comunidades aledañas <https://www.icrc.org/es/document/covid-19-los-lugares-de-detencion-deben-proteger-la-salud-de-los-detenidos-del-personal-y>

133 Subcomité para prevención de la Tortura, Advice of the Subcommittee on Prevention of Torture to States Parties and National Preventive Mechanisms relating to the Coronavirus Pandemic, adoptada el 25 de marzo de 2020, <https://cnpt.gob.ar/wp-content/uploads/2020/03/SPT-ADVICE-COVID-19-1.pdf>

134 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunicado de prensa “La CIDH urge a los Estados a garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de la libertad y sus familias frente a la pandemia del COVID-19” del 31/03/2020 <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp>

135 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales <http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/cp-27-2020.html>

comprometa la salud pública, tal el caso de los individuos condenados por delitos menores y no violentos, y mujeres y los niños.

Evalúan los alcances del acceso a los servicios de salud continuados tomando en cuenta que en la población en prisiones existe una tasa considerable de personas con trastornos por uso de sustancias, VIH, tuberculosis y hepatitis B y C, en comparación con la población general, y podrían tener mayor riesgo de complicaciones derivadas de la COVID-19.

Contemplan la necesidad de garantizar que los tratamientos empezados antes o durante la encarcelación se continúen de forma integrada con los servicios de salud de la comunidad incluyéndose aquí el acceso ininterrumpido a la prevención y el tratamiento, el flujo de productos sanitarios de calidad a las cárceles y a otros centros de detención y el suministro de los equipos de protección personal, y el apoyo necesario para el personal del establecimiento y el personal sanitario.

Propugnan la incorporación a las cárceles y otros centros de detención dentro de los planes nacionales para la COVID-19 con la participación dedicada de los grupos de población afectados, así como también la comunicación de todos los casos de COVID-19 en ambientes cerrados a las autoridades sanitarias públicas responsables, quienes después lo comunicarán a las autoridades nacionales e internacionales.

En relación a los medios de contacto familiar, y para aquellos supuestos en que sea necesario restringirlos, los mismos deben observarse en circunstancias excepcionales, por un período de tiempo estrictamente limitado, sin que pueda prohibirse por completo, y asegurando y reforzando en tal caso que el acceso a las comunicaciones telefónicas y digitales se vea facilitadas cuando se limiten las visitas.

3.- Medidas impulsadas para la prevención y el tratamiento del COVID-19 en la República Argentina

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoció la gravísima situación de las personas privadas de la libertad e instó a los Estados a reducir la superpoblación en los centros de detención, a los efectos de contener la pandemia, evaluando medidas alternativas o reexaminando las prisiones preventivas ya decretadas, dando prioridad a las personas en situación de riesgo¹³⁶.

En la provincia de Buenos Aires, y respondiendo a la recomendación efectuada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, distintos Defensores Generales de los Departamentos Judiciales de la Provincia presentaron acciones de habeas corpus colectivos y correctivos a favor de todas las personas privadas de la libertad en el Servicio Penitenciario, Alcaldías y Comisarías de la Provincia de Buenos Aires. Estas acciones procuraron centralmente el otorgamiento de prisiones domiciliarias a los presos en peligro de contraer coronavirus, con

¹³⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunicado de prensa “La CIDH urge a los Estados a garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de la libertad y sus familias frente a la pandemia del COVID-19” del 31/03/2020. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp>

fundamento en que no era posible llevar a cabo en cárceles, centros de recepción y comisarías las medidas de prevención de aislamiento social, preventivo y obligatorio ya que el confinamiento se desarrollaba en espacios insalubres.

En las acciones mencionadas se denunció la ilegalidad e inconstitucionalidad de las condiciones en las que se cumplían los encierros, tanto las prisiones preventivas como las penas, dadas las condiciones de hacinamiento e inhabilitabilidad de las dependencias penitenciarias y policiales, circunstancias que, sumada la situación de emergencia provocada por la pandemia, producían un agravamiento de las condiciones de detención.

Destacaron y observaron que el hacinamiento impide guardar las distancias mínimas interpersonales necesarias, así como también que las condiciones físicas de los internos en general los colocan en situación de contagio, a lo que debe sumarse que las deficiencias estructurales de los edificios, dificultan los esfuerzos por ponerlos en condiciones mínimas de habitabilidad e higiene, y que los planteles médicos en las dependencias policiales y del Servicio Penitenciario se encuentran “diezmados” y no es previsible que puedan mejorarse en esta emergencia. Señalaron que las medidas de prevención y cuidado adoptadas a nivel mundial en el contexto de pandemia deben implementarse también en el ámbito carcelario, a efectos de impedir picos de contagio abruptos e inmanejables, y como consecuencia de ello, la producción de muertes por enfermedad, motines, intentos de fuga u otras medidas de fuerza.

Respecto a las personas mayores de sesenta y cinco años, mujeres embarazadas o con hijos, y menores de edad y personas con enfermedades preexistentes, se promovió la interrupción temporaria de su permanencia en encierro, hasta tanto cese la situación de riesgo, y de esta formar tornar operativo el resguardo de la salud.

Como medida preventiva, solicitaron también la prohibición de nuevos ingresos de personas que estén comprendidas en las situaciones de riesgo detalladas, al sistema penitenciario.

A los fines antes expuestos, se instó la confección de listados actualizados de las personas que encontrándose dentro de las situaciones de riesgos expuestas permanezcan en contextos de encierro para que pueda decidirse a su respecto, procurando que los mismos se actualicen semanalmente.

También solicitaron a los jueces que no se hayan pronunciado en relación a la nómina de casos a su cargo comprendidos en el alcance de la acción, que se pronuncien aún de oficio al respecto. Peticionaron además que se racionalice el uso de la prisión preventiva y que, con el alcance expresado en la acción, se disponga que los jueces de instancia procedan a revisar las prisiones preventiva otorgadas. Asimismo, se requirió que se inste a los jueces de ejecución a resolver las libertades asistidas y condicionales cuando se cumpla el requisito temporal, aún cuando no se cuente con los informes carcelarios ni se encuentre operativo el Patronato de Liberados.

Respecto a las personas no sometidas a condiciones de riesgo, las acciones

emprendidas solicitaban que se ponderen otras prioridades para disponer el cese temporal del encierro durante la situación de emergencia sanitaria, tales como, la levedad del delito cometido o cuando el encierro sea equivalente a los dos tercios del mínimo de la pena imputada, o cuando las condenas firmes o no firmes impongan penas inferiores a los cinco años de prisión y se haya cumplido la mitad de la misma.

Finalmente, en las acciones se requirió que se exhorte al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo para que evalúen introducir modificaciones en la ley 12256, a efectos de habilitar a los jueces para que, en situaciones de pandemia como la presente, puedan conceder alternativas al encierro carcelario sin que concurran los requisitos temporales o conductuales exigidos por la ley.

4.- ¿Qué respuesta obtuvo la recomendación efectuada por la CIDH?

Con fecha 08 de abril de 2020, la Sala I del Tribunal de Casación Penal bonaerense, compuesta en el caso de manera unipersonal por el Juez Victor Violini, declaró parcialmente procedente la acción, e hizo lugar a la acción planteada¹³⁷.

Dispuso que, durante el período de vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio decretado por el Poder Ejecutivo Nacional, las personas detenidas por la comisión de delitos leves que se encuentren en situación de riesgo por edad o por patologías preexistentes, o se trate de mujeres embarazadas o madres con hijos menores alojados en las Unidades Penitenciarias, accedan al arresto domiciliario, medida ella a implementarse desde el Juzgado o Tribunal que tiene a su cargo a cada prevenido. En tal sentido, aquellas personas que se encuentren en situación de riesgo, pero imputadas o condenadas por la comisión de delitos graves, ordenó que cada situación sea analizada por parte del Juzgado o Tribunal que tiene a su cargo a cada prevenido, evaluando la necesidad u oportunidad de disponer una medida de arresto domiciliario, debiendo en cuyo caso, y cuando corresponda, resguardarse la integridad psicofísica de la víctima, o bien, asegurando el aislamiento sanitario dentro de la Unidad Penitenciaria donde cada uno se encuentra alojado.

Por otra parte, autorizó a los jueces a que revean de oficio las prisiones preventivas cuyo plazo excedan los 2 años y recordó la prohibición absoluta de mantener alojadas en Comisaría a las personas mayores de 65 años de edad. Además, dispuso que, a partir de la resolución dictada y en lo sucesivo, todas las acciones de habeas corpus pendientes o a iniciarse deberán ser resueltas conforme los lineamientos sentados en la presente.

Asimismo encomendó a los Jueces de Garantías, Jueces Correccionales y Tribunales en lo Criminal a proceder a la evaluación de oficio de las prisiones preventivas de los imputados a su disposición, considerando para tal cometido los intereses de las víctimas, particularmente en los procesos por delitos contra la vida,

¹³⁷ Excmo. Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I, Causa nro. 102.555, “Personas privadas de la libertad en el Servicio Penitenciario, Alcaldías y Comisaría de la Provincia de Buenos Aires S/ Habeas Corpus colectivo y correctivo”, y su acollarada N° 102558, caratulada “Detenidos alojados en Unidades Penitenciarias y Comisaría del Departamento Judicial Bahía Blanca / Habeas Corpus colectivo”, 8 de abril de 2020.

la libertad, la integridad sexual y aquellos cometidos en un contexto de violencia de género, en todos aquellos procesos donde se encuentren cumplidos los plazos previstos en el artículo 141 del Código Procesal Penal.

También dispuso que los Jueces de Ejecución evalúen la necesidad de disponer, de manera extraordinaria y por única vez, la detención domiciliaria, hasta alcanzar el término para la obtención de mejores derechos de los condenados sin sentencia firme que se encuentren en el plazo de los seis meses anteriores a alcanzar el extremo objetivo temporal previsto para obtener la libertad asistida o condicional, y que a su vez cumplan las demás exigencias impuestas por ley.

En lo referente a la acción planteada, Tribunal de Casación Provincial se ocupó de destacar específicamente que la situación de pandemia mundial y la necesidad de resguardar la vida de los internos y detenidos, configuran factores excepcionales que habilitan la injerencia de la sede casatoria de modo originario, y señaló que es obligación de los Estados garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de libertad; y que de no considerarlo, ello podría llevar a la generación de responsabilidad internacional para el Estado Argentino además de mencionar que para resolver toma en consideración la Recomendación efectuada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Nº 066/20).

El fundamento de la concesión de los arrestos domiciliarios se basó en que, frente a la situación de pandemia, la necesidad de resguardar los bienes jurídicos vida y seguridad, y el hacinamiento existente en las Unidades Penitenciarias y Comisarías de la Provincia hacen necesario, a los efectos de acatar las Recomendaciones de los Organismos Internacionales, descongestionar los centros de detención, considerando adecuado para ello la utilización de los distintos listados que aportados por los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos y de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, identifique a las personas consideradas como o población de riesgo a fin de incorporarla en el tratamiento preferencial, estableciéndose a partir de ello dos situaciones diferentes a fin de conceder los arrestos domiciliarios.

La sentencia que resuelve la acción también indica pautas razonables para evaluar la gravedad del delito a los fines de la procedencia del arresto domiciliario, para lo que indica tomar en consideración no sólo la escala penal involucrada o la pena impuesta por sentencia condenatoria aunque no se encuentre firme, sino también parámetros como el bien jurídico tutelado (priorizando el relativo a la vida), la modalidad de ejecución, los medios comisivos (especialmente si resultan altamente lesivos), la situación o calidad de la víctima y la posibilidad de fijar domicilio en un lugar diferente al de residencia de ésta, o si ha mediado violencia de género.

5.- ¿Por qué el Ministerio Público Fiscal impugnó esta resolución?

El Ministerio Público Fiscal impugnó la resolución reseñada. En primer lugar, porque advirtió un supuesto de gravedad institucional extrema que atentaba contra la buena marcha de las instituciones, al poner en jaque al sistema jurídico penal y afectar el orden público, en virtud de la incertidumbre que genera el fallo

cuestionado respecto de la implementación de las medidas dispuestas.

En su presentación destaca que la emergencia sanitaria exige la adopción de medidas urgentes e “imprescindibles para resguardar la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad” las que deben ser tomadas sin afectación de la distribución de competencias constitucionales y legales, ni mediante la vulneración de las leyes que ordenan el funcionamiento de la administración de justicia penal.

El impugnante entendió vulnerado el principio de igualdad y no discriminación al distinguir entre imputados y condenados por delitos leves o graves para evaluar la adopción de medidas alternativas o morigeradoras a su respecto. Sostuvo que la sentencia “*rompe con los claustros normativos del juez, lesiona las reglas del debido proceso y no es, naturalmente, una sentencia que deriva razonablemente del derecho vigente*”, por lo que reclamó la inmediata intervención de la Corte, con el fin de obtener un pronunciamiento que restableciera la vigencia del sistema de administración de justicia penal de acuerdo a las normas legales y constitucionales vigentes. Asimismo, en el convencimiento de que es necesario adoptar medidas urgentes y eficaces para paliar la situación de emergencia carcelaria y sanitaria, solicitó que se reencauce el proceso, dejando sin efecto la sentencia dictada por el Tribunal de Casación Penal, y con la celeridad del caso, se remitan los listados elaborados por los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos y de Seguridad de la provincia, a los jueces a cuya disposición se encuentran detenidas las personas allí individualizadas con el fin de evaluar la adopción urgente de medidas adecuadas a cada situación, de conformidad con los estándares de la CIDH, la CSJN y la SCBA.

6.- ¿Qué resolvió la Suprema Corte de Justicia?

El 11 de mayo de 2020 la [Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires](#) dictó sentencia que llegó caratulada como “Altuve, Carlos Arturo -Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal s/ queja en causa N° 102.555 (habeas corpus colectivo y correctivo) y su acumulada N° 102.558 (habeas corpus colectivo y correctivo) del Tribunal de Casación Penal”¹³⁸.

El Supremo Tribunal se encargó de determinar que la acción presentaba algunas características, en relación a las cuales las partes estaban de acuerdo y que por tanto no resultaba materia litigiosa. Tal era el caso del estado de superpoblación y hacinamiento de cárceles y comisarías; la grave contingencia que genera en los detenidos la pandemia del coronavirus declarada por la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS); la existencia dentro de los detenidos de un universo o grupo de riesgo agravado frente al eventual contagio del coronavirus como mujeres embarazadas, personas mayores de 60 años, con las enfermedades preexistentes determinadas por la OMS; los parámetros, recomendaciones y guías de actuación establecidas por la OMS y también por la CIDH los días 3 y 10 de

¹³⁸ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Causa P 133.682-Q, caratulada: “Altuve, Carlos Arturo -Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal s/ queja en causa N° 102.555 (habeas corpus colectivo y correctivo) y su acumulada N° 102.558 (habeas corpus colectivo y correctivo) del Tribunal de Casación Penal”, 11 de mayo de 2020.

abril del corriente año; la necesidad llevar a cabo acciones destinadas a proteger a las personas privadas de libertad durante la pandemia para evitar riesgos graves de enfermedades e, incluso, para prevenir la expansión del contagio extramuros, con afectación al resto de la sociedad y al propio sistema de salud.

Sentado lo anterior, la Corte consideró que no se encontraba configurado un caso colectivo susceptible de ser dirimido. Entendió que, si bien era posible identificar tres características afines al grupo vulnerable como son el contexto de encierro, la pertenencia al universo considerado de riesgo por la OMS, y la prioridad por el riesgo implicado a partir del lugar de alojamiento, la configuración del caso colectivo exige la observancia de otros presupuestos que no se verifican en el caso, por ejemplo, que la pretensión deducida, que para su progreso con arreglo a derecho, no dependa de la consideración puntual de las condiciones individuales de cada uno de los miembros del grupo, advirtiéndose en el caso la presencia de individualidades y diversidades frente a cada procesado o condenado, reveladoras de desigualdades de situaciones subjetivas y distintas peculiaridades que adolecen de la homogeneidad necesaria para el tratamiento colectivo de la acción.

La Corte en consideración a la gravedad de la problemática implicada y los riesgos ciertos para todo el sistema de salud pública, no solamente acoge el recurso, en relación con los aspectos colectivos del asunto susceptibles de ser considerados en la emergencia, sobre los que no media controversia sino que además enuncia una serie de guías o directrices orientadoras para el tratamiento de las actuaciones promovidas en favor de las personas pertenecientes al universo de mayor riesgo sanitario dentro la población alojada en las Comisaría, Alcaldías o Unidades Penales del Servicio Penitenciario provincial.

En tal sentido tuvo en cuenta que:

- la mera remisión a la clasificación de los delitos en leves y graves, que en el fallo se instala como rígido umbral diferenciado carece de base legal a fin de garantizar el dictado de una sentencia fundada con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa.

- la gradación de las escalas penales importa sólo uno de los parámetros objetivos para apreciar la gravedad del hecho, pero no debe erigirse en el único a emplear a modo de regla omnicompreensiva.

- entre otros factores dignos de consideración bajo los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, cobran relevancia los bienes jurídicos afectados, las condiciones personales del procesado o condenado, el grado de intervención asignada al procesado o condenado por el delito, las modalidades de la comisión del delito como la forma en que se afectó el bien jurídico, los medios empleados y las particulares relaciones con las víctimas, el nivel de organización delictual en que ha sido perpetrado, la pena en expectativa o la ya establecida, el examen del nivel de avance del proceso y de los riesgos procesales, la situación de la víctima al momento de la decisión y, entre otros aspectos, su relación con el domicilio constatado del procesado o condenado reclamante, la consideración de la

existencia de lugares especialmente destinados por el sistema carcelario para alojar personas en riesgo sanitario agravado, todo otro factor a sopesar prudencialmente por el órgano judicial competente.

Además, señaló la urgencia que ameritan las resoluciones referidas a excarcelaciones y morigeraciones, el examen circunstanciado a la luz de las pautas antes señaladas debe efectuarse sin descuidar el enfoque sobre la situación de la víctima, en especial, su vulnerabilidad en casos de violencia familiar o de género o agresión sexual, al sólo efecto enunciativo y que en el supuesto de las víctimas de delitos de violencia de género, debe tenerse en cuenta el estándar de protección para su seguridad y la de sus familiares, el principio de indemnidad y la necesidad de prevenir intimidaciones, represalias o riesgos como consecuencia de sus denuncias.

Por otro lado, recomendó asignar prioridad al trámite de las peticiones articuladas en favor de las personas que integran el universo de riesgo, a fin de dirimir las con la mayor celeridad posible y con participación de las partes interesadas, dando intervención en su caso a las víctimas. Consideró que cada órgano judicial competente deberá evaluar las prisiones preventivas de los imputados a su disposición mediante un juicio debidamente motivado que pondere las directrices trazadas precedentemente y considere los derechos de las víctimas. Confirma la prohibición de mantener alojadas en Comisarías personas mayores de sesenta y cinco años de edad, que mantiene vigencia la prohibición de alojamiento en Seccionales Policiales de personas enfermas y de menores de edad, haciéndose extensiva esa interdicción a su vez a las mujeres embarazadas y/o con hijos o hijas menores de 5 años¹³⁹, y que la apreciación de las circunstancias dentro del universo de riesgo delimitado en la causa, ha de tener presente la perspectiva de género en relación con las mujeres privadas de su libertad, y ponderar la situación de personas que a la vez integran los grupos LGBTI¹⁴⁰.

Por último, exhortó a la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires a pronunciarse sobre las adecuaciones a la legislación procesal y de ejecución penal a fin de hacer efectiva la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos n° 27.372 y recordar a las autoridades administrativas de la Provincia de Buenos Aires la importancia de ajustar las medidas y programas a su cargo, de carácter específico para atender la pandemia en el contexto de situaciones de encierro, a las recomendaciones y directivas emanadas de la OMS y del Comité Internacional de la Cruz Roja, entre otras organizaciones dedicadas a la problemática sanitaria referida.

7.- Conclusión

Pese a la ausencia del carácter vinculante de las recomendaciones dictadas

¹³⁹ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Resolución 3342.19, 11 de diciembre de 2019.

¹⁴⁰ Conforme Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires arts. 83 inc. 6; CEDAW 2 inc. C, Convención de Belem do Pará art. 7 incs. “d” y “g”; Recomendación General n° 33 del Comité CEDAW punto D; Recomendación General n° 35 del Comité CEDAW.

por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y demás directrices emitidas en el tema sometido a análisis, los pronunciamientos judiciales desarrollados, demuestran el interés del Estado argentino por dar cumplimiento con la obligación de adoptar medidas, y con todas aquellas obligaciones que emanen de instrumentos internacionales e involucren un urgente accionar frente a situaciones excepcionales como la pandemia vigente.

La gravedad de la situación provocó que diferentes órganos internacionales de Derechos Humanos se pronunciaran respecto a los criterios que debían respetarse, especialmente en los ámbitos de privación de libertad.

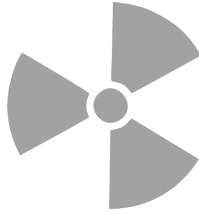
En los entornos cerrados la premisa básica establecida fue el respeto de los derechos humanos fundamentales, por ello las respuestas dadas por el Estado a través de los pronunciamientos judiciales han buscado cumplir con las pautas y las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (las reglas Nelson Mandela)¹⁴¹, entre otras recomendaciones efectuadas.

Las cárceles y otros centros de detención han sido incorporados dentro de los planes nacionales para COVID-19, con la participación dedicada de los grupos de población afectados y con la correspondiente comunicación de todos los casos de COVID-19 en ambientes cerrados a las autoridades sanitarias públicas responsables, quienes después lo comunicarán a las autoridades nacionales e internacionales. Las personas privadas de su libertad con síntomas de la COVID-19 o quienes hayan dado positivo en las pruebas son monitoreadas y tratadas respetando las últimas indicaciones y recomendaciones de la OMS.

Las medidas intentadas para las poblaciones en contexto de encierro no deben implicar restricciones que equivalgan a torturas u otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, y deben respetar cada uno de los espacios de libertad y dignidad personal de los detenidos. En relación al impedimento de contacto familiar –de suma importancia en este contexto, ya que muchas veces son los mismos familiares quienes proveen de alimentos y/o medicamentos a los internos-, este resulta ser por un período de tiempo estrictamente limitado, sin que pueda prohibirse por completo, y en el que debe ser asegurado mediante el acceso a las comunicaciones telefónicas y digitales.

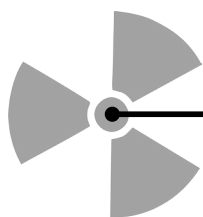
De lo anterior resulta que, frente a esta situación tan difícil y poco común, el Estado argentino se encuentra actualmente arbitrando los medios necesarios para dar una respuesta adecuada a las personas que se encuentran en contextos de encierro, teniendo como base el respeto y la garantía de los derechos humanos, que por el momento resulta ser proporcional a las necesidades detectadas. Avanzado el tiempo podremos efectuar el análisis correspondiente en relación a su efectividad.

¹⁴¹ Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusos (Reglas Nelson Mandela), https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf



DERECHO PROCESAL

La audiencia preliminar en los procesos civiles y comerciales de la provincia de Buenos Aires alcanzados por la oralidad. Anacronismo, crítica y propuestas de mejoramiento para el sistema de justicia



Gabriel Hernán Di Giulio
(UNICEN)

Resumen:

La regla de la oralidad implementada parcialmente en el procedimiento civil y comercial de la provincia de Buenos Aires sigue el modelo Stuttgart. Este esquema supone dos audiencias: preliminar y de vista de causa. La audiencia preliminar se proyecta, en general y en abstracto, con tres finalidades: 1) sanear la fase inicial del procedimiento, estructurada desde la demanda hasta la traba de la litis; 2) explorar, sino procurar, soluciones autocompositivas o la conciliación; 3) depurar los ofrecimientos de pruebas y oposiciones, con posibilidad de fijar los hechos controvertidos y los estipulados por acuerdo de partes y resolver las controversias en torno a los medios probatorios propuestos y su producción.

La audiencia preliminar extraída del modelo Stuttgart es anacrónica. Su aplicación práctica, al cabo de cierto lapso desde la implementación, termina desnaturalizándola hasta constituir la como un estadio obligatorio más, meramente formal, que prolonga el proceso y contraviene los fundamentos y las funciones para la que fue pensada.

La audiencia preliminar se tiene que configurar con correcciones socioculturales atendiendo a las prácticas judiciales latinoamericanas y regionales, con la implementación de tecnologías y con reformas sensibles de los requisitos intrínsecos de los escritos iniciales de las partes (demanda y contestación), que comprende la afirmación de los hechos y la identificación de la “información relevante, conducente y pertinente” que se promueve incorporar u obtener con el ofrecimiento. Para las oposiciones es necesaria la explicitación de los motivos que la sustentan.

1.- Introducción

El sitio del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación contiene información acerca del desarrollo de la oralidad en el proceso civil y comercial en el marco de la denominada Justicia 2020, para todo el país. Titulaba de la siguiente manera: “*Cuando los jueces dirigen las audiencias, la mitad de los juicios se resuelve mediante acuerdos*”. Pocas referencias podrían ser tan significativas y elocuentes: el 50% de los juicios tramitados con audiencias dirigidas por los jueces se autocomponen. Estadísticamente conforma un resultado extraordinario. Sin embargo, el efecto no tarda en degradarse cuando se emprende la lectura del texto.

De éste resulta que la información relevada corresponde al lapso entre el mes de agosto de 2016 y el mes de junio de 2019 e incluye datos relevados en las provincias de Buenos Aires, San Luis, Formosa, Mendoza, Santa Fe, Entre Ríos, Tucumán, Santiago del Estero, Chaco, San Juan, Tierra del Fuego, Córdoba, Chubut y la Justicia Nacional Civil de la Ciudad de Buenos Aires. El informe señala que la “tasa de conciliación” -que surge de conocer cuántos juicios finalizan por acuerdo sobre la cantidad total de los casos finalizados- “alcanzó el 49%” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019).

La comparación, siguiendo la información oficial, tomó como parámetro universal el número de procesos *finalizados* y no de procesos en general. De este modo queda afuera de la consideración estadística el número de procesos pendientes o en trámite. Esa selección es objetable, especialmente si se quiere medir el impacto cuantitativo que posee la autocomposición como medio de disolución de conflictos para atender la litigiosidad y brindar una herramienta eficiente.

De modo que no es correcta la expresión que titula la información. No fueron acordados la mitad de los juicios sino que –y en el mejor de los casos- el número de procesos que finalizó con medios autocompositivos representa su equivalente en el dictado de sentencias heterocompositivas.

Esta información nada indica en torno a: 1) cuál es la incidencia de la autocomposición como mecanismo de solución de conflictos respecto del universo total de procesos; 2) cuál es el porcentual de procesos no terminados respecto de aquellos conciliados o transigidos; 3) cuál ha sido la tasa de crecimiento de la autocomposición a partir de la intervención del juez en la audiencia, respecto del modelo anterior.

Tampoco identifica las cualidades modales y cualitativas de algunas mediaciones provinciales que pueden incluir materia como derecho de familia o solo derecho patrimonial, en una variada gama de incidencia no relacionada con la audiencia intervenida directamente por el juez.

Y, finalmente, no se distingue la conciliación de la transacción que, para la medición de la incidencia de la intervención judicial constituyen mecanismos sensiblemente diferenciables.

La oralidad y, en particular la audiencia oral con inmediatez, fue identificada como “*novedosa herramienta de gestión que permite brindar una mejor respuesta a los ciudadanos*”

que tramitan juicios tales como daños y perjuicios por accidentes de tránsito, demandas por mala praxis, cumplimiento de contratos, desalojos, entre otros conflictos típicos” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2019).

La experiencia en el ejercicio de la abogacía suele señalar una realidad algo diferente a la reflejada por la información que se reseña. Incluso si se considera que los casos susceptibles de autocomposición están sujetos, por regla, a mediación prejudicial obligatoria. En esta fase inicial y previa, orientada a la autocomposición, como expresa Forastieri (2017) *“Las compañías de seguros se presentan a la instancia de mediación, con escaso conocimiento sobre el siniestro, con expresas directivas de cerrar la instancia y atender el asunto una vez judicializada la cuestión”* y añade:

“en la actualización de los montos una vez judicializado el conflicto, los tribunales de la Ciudad de La Plata han decidido aplicar la tasa pasiva para repotenciación de las deudas. Este criterio podría ser diferente de acuerdo a los distintos departamentos judiciales. La apreciación de esta circunstancia parece indicar que ante un conflicto mediable por daños y perjuicios, a las Aseguradoras les resulta económicamente más redituable no acordar en la mediación, cerrando la instancia “sin acuerdo”, y atender el caso una vez que se encuentra judicializado el problema, dejando que por el transcurso de tiempo, avance del proceso, y al aplicar las variaciones inflacionarias les resulte una ecuación económica más favorable a sus intereses. De aquí que se haya señalado que parecería existir cierta vinculación, entre la tasa de interés aplicable y la especulación de las compañías de seguros” (Forastieri, 2017).

En materia de reclamos por daños y perjuicios derivados de accidentes de tránsito y, en general, de pretensiones que vinculan a las compañías de seguro, entidades financieras y empresas prestatarias de servicios, este efecto conforma un patrón cuya inobservancia estadística es muy llamativa.

Este estándar se reproduce en la audiencia preliminar, en la que el apoderado de la firma demandada no tiene instrucciones para transigir sino eventualmente –y en el mejor de los casos- una propuesta cerrada y ostensiblemente alejada de la pretensión del actor y de los antecedentes del caso. No existen estudios que consideren cuántos litigios lograron ser conciliados por la actividad del juez en la audiencia preliminar en términos que excedían las instrucciones de los apoderados de las compañías de seguros. Pero un estudio tal no parecería arrojar buenos guarismos.

Consideremos algunos datos oficiales con más detenimiento.

Destaca la información la conformación de dos audiencias que se estructura estadísticamente como hitos de ponderación.

En el período indicado se informó como “tasa de conciliación”, durante la audiencia preliminar, el 10.84% de casos y en la audiencia de vista de causa el 11.88%, de casos; totalizando, entre ambas, el 22,72%. Conforman la indicación oficial que el porcentual corresponde a casos resueltos y no al total de procesos iniciados. De modo que el número de casos conciliados sobre el número total de casos iniciados será menor. Y probablemente significativamente menor.

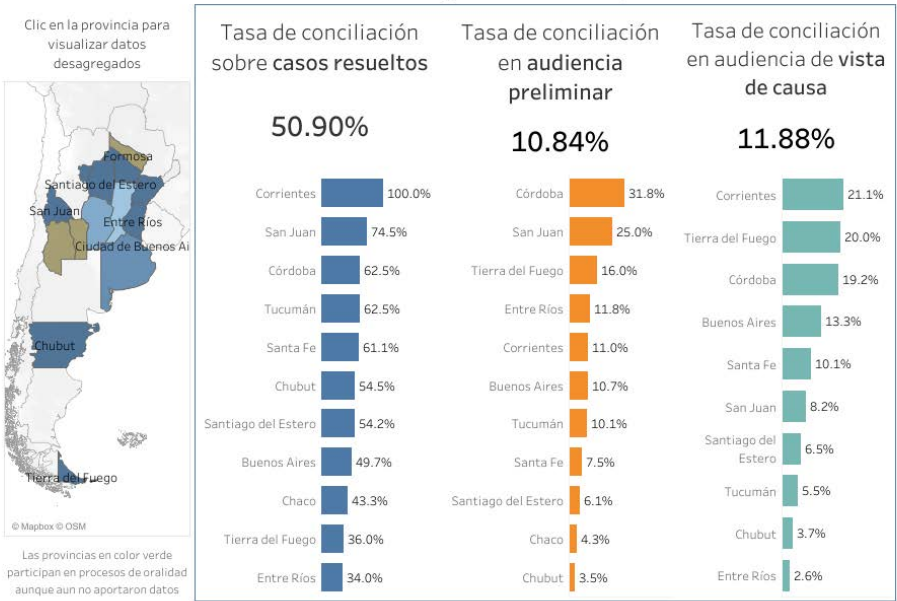
Al computarse los casos conciliados, el informe indica un total que equivale al 50.90% de casos. De esto se debe inferir que el 28,18% que complementa la suma de conciliaciones en audiencias se produce en una fase diferente del proceso. De ser así, hay que interpretar que del número total de conciliaciones, menos del 50% se produce en alguna de las audiencias previstas por el modelo oral con presencia del juez. Y debe añadirse en este caso la expresión “conciliación” es comprensiva, en el empleo oficial, de la transacción, cuyo producto encuentra como fuente directa a las partes, con prescindencia del juez (al menos directa).

Copio el informe que estoy considerando para una mejor ilustración.

Procesos de conocimiento que tramitan oralmente en juzgados civiles y comerciales

TASA DE CELEBRACIÓN DE AUDIENCIAS	TASA DE CONCILIACIÓN	DURACIÓN DE LOS PROCESOS
-----------------------------------	----------------------	--------------------------

Tasa de conciliación en las provincias seleccionadas causas con audiencia desde agosto 2016 a septiembre 2019



Las estadísticas de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires merecen también algunas consideraciones.

En el sitio oficial del máximo Tribunal de justicia provincial se lee un relevador titular acerca de las bondades de la oralidad en los procesos civiles. Bajo la palabra “Claves” se indica:

“...La segunda clave se orienta a utilizar de modo eficaz la audiencia preliminar. La realización de audiencias a cargo del juez tiene un alto impacto tanto en aumentar las

conciliaciones judiciales como en disminuir los tiempos totales del proceso, siempre que se la use con fines conciliatorios, de depuración de la prueba innecesaria, de establecimiento de un plan de trabajo para la producción de la prueba, y de fijación y notificación de la audiencia de vista de causa, en la cual concluirá indefectiblemente el período probatorio, teniéndose por desistida la prueba no producida....” (Suprema Corte, 2019).

Analicemos las estadísticas para descubrir en los números el “alto impacto” que señala la información.

Los datos relevados corresponden al lapso comprendido entre el 01/08/16 y el 30/06/18.

Del mismo modo que en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, la estadística provincial coteja el número de causas resueltas con el número de causas terminadas por autocomposición y no el número de procesos iniciados, quedando entonces excluidas las causas en trámite. El informe señala que en el lapso de evaluación se resolvieron 7.026 procesos de conocimiento de los cuales 43% “ *fueron resueltos a través de la conciliación o transacción*” (Suprema Corte, 2019). La conjunción que soslayada la identidad de sus componentes debe ser objeto de consideración crítica, conforme intento mostrar seguidamente.

Siguiendo los datos oficiales, las conciliaciones durante las audiencias preliminares representan el 7,6% de casos computados (resueltos) y el 9,7% se producen en audiencias de vista de causa sobre procesos terminados.

Gráfico obtenido del informe oficial

:



Surgen diferencias, coincidentemente con lo señalado para la información nacional, entre el guarismo obtenido de las audiencias. De esto se colige que el

25,8% faltante correspondería a las conciliaciones o transacciones no resultantes de las audiencias. En este caso se especifica que del total de autocomposiciones el 31,5% corresponde a transacciones y sólo el 11,7% a conciliaciones.

En nuestra provincia, en consonancia con las reformas en todo el país, se implementó la mediación prejudicial obligatoria por ley 13.951 del año 2012, para reducir la sobrecarga de procesos civiles y comerciales en el ámbito de jurisdiccional. Como expresa su denominación, no es optativa por regla general, de modo que el justiciable que pretende el reconocimiento de un derecho que deba originar un proceso de conocimiento, tratándose de materia transigible, debe transitar previamente por esta fase, asumiendo algunos costos que, aunque limitados, engrosan la cuenta de erogaciones necesarias para litigar, salvo –claro está– que obtengan el beneficio de litigar sin gastos. En este caso, la mayor erogación se expresa en tiempo.

La intervención del mediador –abogado/a de matrícula inscripto en el Ministerio de Justicia de la provincia y debidamente preparado– introduce a la cuenta “negocial” sus propios honorarios que, en caso de composición, tendrán que ser asumidos por alguna de las partes o por ambas.

Planteada la cuestión estadística, corresponde analizar la audiencia preliminar.

2.-La audiencia preliminar.

Existen profusos estudios que abordan el origen de la audiencia preliminar en Latinoamérica, el modelo Austríaco y la receptación de aquélla en Inglaterra, Estados Unidos y Portugal. Para esto podemos consultar los trabajos de Barrios de Angelis (1988), Arazi (1996), Colerio y Rojas (1996), Loutayf Ranea (2004), Etcheverry de Quintabani (1993), entre otros.

El procedimiento judicial popularizado especialmente como modelo Stuttgart, implementado normativamente por la Ordenanza Procesal del Imperio Austro-Húngaro de 1895 de Franz Klein, se reconoce a través de una fase inicial escrita, de postulación y dos audiencias. La primera, de carácter preliminar y la segunda de vista de causa.

El modelo supone la conjugación de las reglas de oralidad, inmediación, concentración, economía procesal y continuidad. De modo que el juez debe dirigir las audiencias sin posibilidad de delegación. Y, como veremos seguidamente, debe resolver incidencias, depurar el ofrecimiento de pruebas, sanear el procedimiento e incluso erigirse como un vehículo conciliador en procura de la autocomposición (indirecta, por cierto) de los litigantes.

En lo referente a la audiencia preliminar, ésta se proyecta con tres finalidades: 1) sanear la fase inicial del procedimiento, estructurada desde la demanda hasta la traba de la litis; 2) explorar, sino procurar, soluciones autocompositivas o la conciliación; 3) depurar los ofrecimientos de pruebas y oposiciones, con posibilidad de fijar los hechos controvertidos y los estipulados por acuerdo de partes y resolver las controversias en torno a los medios probatorios propuestos y su producción.

Para cumplir las funciones preindicadas el juez debe estudiar el expediente, es decir la demanda y prueba documental acompañada, la contestación, defensas y prueba documental acompañada y los respectivos ofrecimientos de los restantes medios que, de ordinario, corresponden a la fase inicial de postulación escrita.

En tal caso se tiene que analizar el tiempo que insume esta tarea, en las condiciones indicadas, la celebración de las audiencias preliminares y el posible compromiso, más allá de la proclamación en contrario de la ley, de la imparcialidad del juez. En especial, a partir de la conformación de ideas (prejuicios) acerca de los hechos o del caso.

El juez podría adoptar, sin embargo, otra actitud. Asumir un rol claramente neutral y pretendidamente aséptico y limitarse a verificar en la audiencia si existe o no posibilidad de autocomponer, consultado a las partes, por ejemplo, si han existido propuestas o intentos de negociación, en qué han consistido y las razones por las cuales no se logró el acuerdo.

Volveré sobre estas alternativas más adelante.

De esto se coligen las siguientes posibles consecuencias de la celebración de la audiencia y de la intervención del juez en la audiencia preliminar:

- 1) Que no se concilie, no se modifiquen los ofrecimientos probatorios de las partes, y se preserve intacta la controversia originada en la fase inicial.
- 2) Que se concilie y finalice el proceso por autocomposición con la audiencia preliminar.
- 3) Que no se concilie, pero se purgue el ofrecimiento probatorio y/o delimiten los hechos controvertidos.

Las estadísticas oficiales no consideran la alternativa 3), de modo que no es posible con esa información conocer cuál es la incidencia real y efectiva de la audiencia.

Respecto de la opción 2), debemos considerar sólo los resultados autocompositivos obtenidos de la audiencia preliminar, es decir excluyendo los que se producen en otras fases.

Para medir efectivamente la incidencia de la intervención del juez en la autocomposición tenemos que considerar las conciliaciones y no las transacciones, aunque impliquen una solución negociada.

Siguiendo los datos oficiales *supra* reseñados, en la provincia de Buenos Aires durante el lapso medido, las conciliaciones producidas durante las audiencias preliminares representan el 7,6% de casos resueltos. Como he advertido con anterioridad, las estadísticas consideran como universo de comparación el total de casos resueltos y no el total de casos. De modo que ese porcentual representa un fracción menor (como veremos significativamente menor) si se pondera en orden a todos los procesos iniciales susceptibles de ser conciliados.

Si componemos los datos de la información relevada podemos representar la siguiente situación. El total de audiencias preliminares celebradas durante el período computado fue de 7.695, de las cuales se catalogan como “suspendidas/

frustradas” un total de 726. Tomando como referencia matemática el guarismo identificado como “tasa de realización” que es de 91,4%, es posible sostener que el total de audiencias preliminares dispuestas judicialmente fue de 8421. En tal caso, 7695 representa *por aproximación* el 91,4%, evidenciando que existen factores que inciden en una aparente inexactitud.

Si los procesos resueltos en el mismo período fueron 7026, como se indica oficialmente, significa que el número de procesos conciliados durante la audiencia preliminar fue de 584 litigios. El informe arroja el número de 581 procesos.

Ahora bien, el informe referido a la “tasa de conciliación” que incluye las transacciones, que queremos diferenciar, indica que entre las dos audiencias, es decir con posterioridad a la preliminar y antes de la vista de causa, se logró la autocomposición en 1991 casos. Esto indica, al menos cuantitativamente, que la conciliación durante las audiencias preliminares es significativamente menor a la que se obtiene –es de inferir por las partes mediante transacción- entre ambas audiencias. Tanto que esta última autocomposición representa 65,7% del total de soluciones negociadas.

3.- Factores inherentes a la funcionalidad de la audiencia preliminar.

Existen algunos factores inherentes a la funcionalidad de la audiencia preliminar que tienen implicancias en las primeras estadísticas.

Estas son: 3.1) la acumulación disruptiva de causas pendientes en el sistema; 3.2.) la relación funcional de un modelo novedoso frente a su posterior desenvolvimiento rutinario (burocratización del modelo); 3.3.) la sustentabilidad del modelo.

3.1.- Acumulación disruptiva de causas pendientes en el sistema.

La medición estadística del modelo durante los primeros años de implementación es indudablemente necesaria para evaluar su puesta en funcionamiento y corregir con cierta prontitud posibles problemas imprevistos.

Ahora bien, para formular conclusiones acerca de su funcionamiento esa medición es incompleta, mejor dicho incorrecta. El transcurso de los años aporta un efecto cuantificable. Un número determinable de procesos que no se resuelven en el año calendario pasan a conformar el grupo de expedientes “pendientes” y engrosan la estadística con los nuevos procesos iniciados durante el año en curso. La sumatoria de procesos pendientes, influida también al incremento de la litigiosidad, al cabo de cierto tiempo conduce a la estructuración de la demora judicial. Si el modelo no impide la acumulación sucesiva de procesos pendientes, si los procesos iniciados superan a los resueltos durante los ciclos computables, la dilación y el llamado “cuello de botella” son irremediables. En ese contexto hay que cuantificar el desenvolvimiento de la audiencia preliminar y no solo durante los primeros años de implementación, que no reconocen débitos por procesos pendientes (desde que los procesos pendientes, inicialmente, integran el trámite escriturario y por ende, no

computable).

Tomando como referencia la información oficial podemos poner de relieve esa relación entre procesos iniciados y resueltos durante el año calendario en toda la provincia. En el año 2017 se iniciaron 246.629 procesos en materia civil y comercial y ese año se resolvieron 97.691 procesos. El saldo negativo es de 148.938. En el año 2018 se iniciaron 251.725 (aproximadamente un 2% más que en el año anterior) y se resolvieron 90.838 procesos. Es decir que el saldo negativo anual fue de 160.887 proceso y bianual -2017/2018- de 309.825 procesos.

La acumulación de causas no resueltas, año tras año, constituye un factor disruptivo de la audiencia preliminar.

3.2.-Relación funcional de un modelo novedoso frente a su posterior desenvolvimiento rutinario (burocratización del modelo).

Otro factor que influye en la medición, especialmente cuando se realiza sólo durante los primeros años, responde al desenvolvimiento del modelo en relación a los operadores. Cuando se introduce como novedad, la eficacia puede magnificarse con el estímulo de los operadores derivado de la nueva labor, de una técnica que promete solucionar problemas estructurales del sistema de justicia. El paso del tiempo, sin embargo, suele aportar -a través de la superestructura de la agencia judicial- la burocratización del modelo. Para la oralidad, esa burocratización es patológica.

Se mecaniza su funcionamiento, en la medida de lo posible se delegan algunas cuestiones inicialmente atendidas por el propio juez (desde la puntualidad en la realización de las audiencias, el conocimiento de las cuestiones que podrían tratarse y la proyección misma del proceso en el que se producen), se procuran sustituciones con presentaciones conjuntas escritas o incluso se delega la misma audiencia en un funcionario o personal calificado del Juzgado. Esto último se prohíbe en el modelo, pero ha sido el efecto medible por ejemplo en la ley de procedimiento contencioso administrativo (Ley 12.008).

Debe evaluarse, en definitiva, el impacto que arroja en el funcionamiento inicial del modelo la novedad de su implementación en comparación con su desenvolvimiento rutinario y burocratizado.

3.3.-Sustentabilidad del modelo.

La sustentabilidad del modelo depende de factores matemáticos, como la capacidad de resolución eficiente de procesos iniciados y de absorción de la tasa de crecimiento, de factores psicológicos y antropológicos, como la motivación y la potencia de aptitudes de los operadores que no parece nutrirse del modelo mismo, sino más bien lo contrario. La capacidad de escucha, de proyección planificada y de control en la dirección de los procesos tiene a estandarizarse en niveles medios fijados por la superestructura. También depende del número de operadores y de la tasa de crecimiento, que suele ser cero.

4.- Implicancias de la audiencia preliminar para el actor.

Es ineludible preguntarse por las implicancias para el actor que arroja la audiencia preliminar. Si bien es importante la ponderación oficial, el éxito o eficiencia de la audiencia se vincula antes con quien reclama y su garantía a la tutela judicial efectiva.

Pero la implicancia no se mide sólo por la eficiencia, o nivel de cumplimiento de las expectativas u objetivos generales, sino también por los efectos adversos, antes que neutros, que puedan derivar de su conformación.

Valga entonces la advertencia acerca de que la audiencia preliminar puede configurarse como un elemento obstaculizador o factor de dilación en el ejercicio del derecho de acción.

Esta situación deviene de su carácter obligatorio. La audiencia es impuesta al actor.

Me detendré en la mirada problematizada a partir de esta perspectiva.

El actor es el sujeto procesal que se encuentra en posición privilegiada para augurar o descartar la posibilidad de autocomposición. Muy probablemente ya lo ha intentado. El actor se ha visto obligado a iniciar y tramitar una instancia previa de mediación prejudicial que fracasó. Quizás realizó intentos de composición privada. La audiencia preliminar con fines compositivos se justifica para el actor sólo si se dispone por su propio requerimiento y no de modo oficioso, generalizado y automático.

Cuando analizamos lo guarismo de audiencias preliminares no conciliadas, advertimos que en el significativo y mayor número de procesos la misma ha significado para el actor la realización de una actividad procesal ineficiente que se antepuso y difirió la heterocomposición del proceso, que es lo que ha demandado.

Así como ocurre con la mediación prejudicial obligatoria, la audiencia preliminar obligatoria interrumpen el curso expedito del proceso para el arribo a la sentencia.

El primer interesado en autocomponer, con criterio de justicia es regularmente el actor. Por el contrario, es muy frecuente que el demandado no desee autocomponer o no lo desee en los términos del actor. Pero también es posible, y muy frecuente en nuestro país, que el demandado especule. Es decir, que la litigación constituya un medio de especulación frente a la posibilidad de autocomponer con prontitud.

Tomando como parámetro inicial el hecho de que la frustración del intento de composición no apareja ninguna consecuencia para el demandado, el factor disvalioso entre quien pierde por sentencia o acuerda antes, es la tasa de interés. Esa tasa de interés, usualmente pasiva, no compensa la demora en el pago y menos para erigirlo en el concepto de reparación integral. Una economía caracterizada por la fuerte devaluación de la moneda determina que resulta más rentable litigar y demorar, con la adicional expectativa de una sentencia favorable, que autocomponer.

En esos términos es improbable que las compañías de seguros, las entidades financieras, las grandes empresas y en general el demandado con acceso al circuito financiero, encuentren estímulo para autocomponer en la audiencia preliminar.

En tales casos, la imposición de la audiencia preliminar conforma una herramienta más para la especulación y no un instrumento eficaz (y lo más importante: eventualmente insípido) para el actor.

Podría afirmarse que, igualmente, la audiencia se torna imperiosa por las otras dos funciones reseñadas inicialmente. No es cierto. El juez puede purgar la prueba ofrecida con el despacho de las medidas o auto de prueba y puede recabar explicaciones aclaratorias por medios escritos. Y, eventualmente, si el caso lo justifica por la complejidad puede disponer una audiencia preliminar, pero en el caso concreto, porque las circunstancias la tornan necesaria o conveniente.

5.- A modo de conclusión

La obligatoriedad de la audiencia preliminar debería acompañarse de mecanismos que estimulen la autocomposición, incorporando al demandado en la necesidad de evaluar las consecuencias de la litigación. De otro modo el peso, el costo de la audiencia trunca, recae sólo sobre el actor y sobre sus derechos.

La medición oficial de los resultados autocompositivos durante la audiencia encuentra varios puntos observables críticamente.

Con independencia de la titulación de los informes, señala que el número más representativo de autocomposición se presenta después de la audiencia preliminar y antes de la audiencia de vista de causa. Es decir, en la fase no oral y sin intervención del juez.

Para mejorar el modelo no se debe apelar al funcionamiento del modelo mismo, sino a la adopción de una serie de respuestas imprescindibles y exógenas a la oralidad, que compromete la superestructura de la agencia judicial, la aplicación de recursos económicos, la creación de cargos judiciales al ritmo de la tasa de crecimiento de causas, el estímulo de los operadores para sostener la oralidad eficiente durante años de actividades rutinarias y el estímulo de las partes, especialmente del demandado, para que la alternativa entre autocomposición o sentencia no depende de la especulación económica favorecida por el paso del tiempo.

Bibliografía:

Alsina, Hugo (1941), *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Compañía Argentina de Editores SRL, Buenos Aires.

Alvarado Velloso, Adolfo (2015), *Lecciones de Derecho Procesal*. Adaptadas a la legislación Procesal Civil y Penal por Gustavo Calvino y Gabriel H. Di Giulio, Astrea, C.A.B.A.

Arazi, Roland, “Mediación, audiencia preliminar y prueba en la ley 24573”, LL 1996-A, 1254.

Barrios de Angelis, Dante, “Audiencia preliminar: sistema y método”, LL, 1988-A, 1067.

Chayer, Héctor M. - Marcet, Juan Pablo (coordinadores) (2016), *Nueva gestión judicial: oralidad en los procesos civiles*, Ediciones SAIJ, C.A.B.A.

Cipriani, Franco, *En el Centenario del Reglamento de Klein*, traducción de Adolfo Alvarado Velloso, Academia de Derecho y de Altos Estudios Judiciales; disponible en: <http://www.der.unicen.edu.ar/uploads/congresoprocesal/2000>, consultado el 13/04/2019.

Ciuro Caldani, Miguel Ángel (1998), *Filosofía de la Jurisdicción*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario.

Colerio, Juan Pedro – Rojas, Jorge A., *La ley de mediación obligatoria y las modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, LL, 1996-A, 1205.

Couture, Eduardo J (1998), *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires.

Eisner, Isidoro (1963), *La intermediación en el proceso*, Depalma, Buenos Aires.

Etcheverry de Quintabani, María Angélica, “La audiencia preliminar y el cambio de mentalidad” J.A. 1993I-775, ap. I.

Falcón, Enrique M (2006), *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

Ferrari, P (2016). *Gestión Judicial: medición y evaluación de desempeño en la Oficina Judicial*, Librería Editora Platense, La Plata.

Fix-Zamudio, Héctor (2007), *Aproximación al Estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal*, publicado en AAVV, Estudios jurídicos en homenaje a Cipriano Gómez Lara, México, Porrúa, pp. 347-426.

Forastieri, María Josefina, *Mediación y daños y perjuicios. Obstáculos y limitaciones para la efectiva composición del conflicto*, trabajo presentado en el XVIII Congreso Nacional y VIII Latinoamericano de Sociología Jurídica (Mendoza, 11 al 13 de octubre de 2017), disponible en: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/83861> , consultado el 03/04/2020.

Goldschmidt, James (1961), *Principios Generales del Proceso*, E.J.E.A., Buenos Aires.

Jung, C. G.(1977), *El hombre y sus símbolos*, Caralt Editor, Barcelona, .

Kessler, Miguel (director) (2017), *Capacitación y herramientas para la litigación oral civil y penal*, edición del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, C.A.B.A.

Krech, David – Crutchfield, Richard S.- Ballachey, Egerton (1978), *Psicología Social*, tercera edición, Biblioteca Nueva, traducción del Dr. Alfonso Alvarez Villar, Madrid.

Loutayf Ranea, Roberto G., *Audiencia Preliminar*, en Morello, Augusto M.; Sosa, Gualberto L. y Berizonce, Roberto O., *Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, La Plata, Librería Editora Platense, 2004.

Martín, Adrián N. (director) (2017) – Guereño, Indiana – Larsen, Pablo (coordinación), *Aprender a litigar en sistemas adversariales*, edición del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, C.A.B.A..

Meroi, Andrea A., “Oralidad y Proceso Civil”, *La Ley*, 20/07/2010, 1.

Montero Aroca, Juan (coordinador) (2016), *Proceso Civil e Ideología*, 3ra. Edición, Astrea, Buenos Aires.

Morello, Augusto M (2005), *El nuevo horizonte del Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

Oteiza, E .(2009), *El fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino*. Disponible en [http://www. Uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip4arg.pdf](http://www.Uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip4arg.pdf)

Palacio, Lino Enrique –Alvarado Velloso, Adolfo (1989), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe.

Villadiego, C.; Pereira, S. & Chayer, H. M. (2009) *Bases generales para una reforma a la Justicia Civil en América Latina y el Caribe*. Disponible en www.cejamericas.org

Información Oficial de disposición online:

Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (SCBA) Estadísticas. Oralidad en los procesos civiles, disponible en: <http://www.scba.gov.ar/oralidad/oralidad.asp#1>, consultado el 12/05/2020.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, disponible en: <http://datos.jus.gob.ar/pages/oralidad>, consultado el 12/05/2020.

Las III Jornadas de Investigación en Ciencia Jurídica se llevaron a cabo en la Facultad de Derecho (UNICEN) durante el 25 y 26 de Junio de 2020, bajo una modalidad virtual.

Las Jornadas constituyen un espacio de presentación e intercambio de los resultados de las investigaciones individuales y grupales generadas en la Facultad y en otras universidades o centros de investigación en ciencia jurídica. Por ello, están dirigidas a investigadores, becarios/as de investigación, docentes, tesistas, estudiantes y graduados/as.

Las Actas contienen las ponencias presentadas y seleccionadas por el Comité Científico para su publicación.

ISBN 978-950-9516-45-8



9 789509 516458